**CONTRATO DE SEGURO - Ocurrencia del riesgo - Declaratoria del siniestro**

También, se hace necesario diferenciar el momento de ocurrencia del riesgo amparado, y de otra parte, el de su declaratoria que se realiza posteriormente y la cual es efectuada por la entidad pública mediante acto administrativo, con el propósito de ver materializada la garantía que ampara el patrimonio público. De esta manera, lo que le interesa a la compañía aseguradora para efectos del reconocimiento de la indemnización, es que el hecho constitutivo del riesgo haya acaecido en periodo de vigencia de la póliza...De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

**CONTRATO DE SEGURO -** **Buena fe contractual**

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva…Si bien, el principio de buena fe debe reinar en todos los actos contractuales reviste una mayor relevancia en lo relacionado con el contrato de seguro, pues esta exigencia de obrar conforme a ella es imperativa para las partes contratantes (aseguradora – tomador), lo cual nos lleva a concluir que no es admisible desde ningún punto de vista aceptar que las compañías aseguradoras para eludir su responsabilidad indemnizatoria recurran a argumentos dilatorios y esquivos, pues de ser así, se estaría incurriendo en actos demostrativos de mala fe contractual, conducta totalmente proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Sustracción todo riesgo - Pago de reclamaciones**

Debe la Sala determinar si efectivamente la entidad accionada incumplió con el contrato de seguro celebrado con el Hospital Centro Oriental II Nivel ESE, al haberse negado a cancelar el siniestro ocurrido, excusado en el hecho de que no se había demostrado la participación de los empleados de la entidad en el hurto y la cuantía del mismo, teniendo en cuenta que la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de las dos pólizas de seguros (manejo y sustracción) celebradas entre el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE y Seguros del Estado S.A, como se indicó el auto del 2 de febrero de 2011. (…) es claro que el siniestro ocurrido a la entidad accionante se enmarca dentro del amparo denominado “sustracción todo riesgo”, debido a que el hurto de que fue objeto el Hospital no se enmarca dentro de las excepciones que estipularon las partes, no teniendo cabida la afirmación de la accionada en el sentido que el siniestro se encuentra excluido de la obligación indemnizatoria a su cargo. (…) la Sala estima que la accionada Seguros del Estado S.A., en virtud de lo antes expuesto, debe pagar la reclamación efectuada por el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE afectando la póliza de sustracción todo riesgo hasta el valor asegurado, pues como bien lo manifiesta la demandada, no es posible afectar la póliza de manejo de empleados públicos, ya que nunca se acreditó que en el hecho acaecido hubiera intervenido un funcionario del asegurado, tal y como lo demostró las resultas del proceso penal Rad.55997 adelantado con ocasión de este incidente, en el que se logró determinar que en la ejecución del delito de hurto no había intervenido ningún funcionario del Hospital.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente:** **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C. veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00067-01(44485)**

**Actor: HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL E.S.E.**

**Demandado: SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

**Proceso: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA)**

**Contenido:** Descriptor: se revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar se declara el incumplimiento de un contrato de seguro / Restrictor: Contrato de Seguro - Ocurrencia del riesgo y Declaratoria de siniestro – El principio de buena fe contractual.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 8 de febrero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B[[1]](#footnote-1), mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

El 15 de febrero de 2010[[2]](#footnote-2), el Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E, a través de apoderado judicial, presentó demanda contra Seguros del Estado S.A., con el propósito de que se declare el incumplimiento del contrato de seguro al no pagar el siniestro, con el fin que se accediera a las siguientes pretensiones:

*“1. Declarar el incumplimiento del contrato suscrito con SEGUROS DEL ESTADO S.A., con el HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL ESE, producto de la póliza de seguros, por negarse a cancelar lo correspondiente al siniestro ocurrido el día 16 de noviembre de 2007, por el Hurto Agravado por la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y TRES PESOS M/L ($892.708.093.00).*

*2. Como consecuencia de lo anterior, condenar a SEGUROS DEL ESTADO S.A. a pagar el valor asegurado y los perjuicios derivados que le fueron ocasionados, de conformidad con lo que resulte probado en el proceso; monto que ha de ser actualizado en su valor, conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A.*

*3. A la sentencia que le ponga fin al proceso se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A”.*

**1. Hechos de la demanda**

El Hospital Centro Oriente II Nivel ESE suscribió con Seguros del Estado S.A., la póliza de manejo No. 33-42-101000020, tenía vigencia hasta el 11 de noviembre de 2007.

El 16 de noviembre de 2007 de las instalaciones de la Tesorería del Hospital sustrajeron mediante fraude electrónico la suma de OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y TRES PESOS ($892.708.093). Como consecuencia de lo anterior, la entidad interpuso la correspondiente denuncia el 20 de noviembre del mismo año ante la Fiscalía General de la Nación.

Es así como, el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE a través del Subgerente Administrativo y Financiero, remitió a la empresa corredora de seguros PROSEGUROS, una comunicación a través de la cual informó de la ocurrencia del siniestro, solicitando la respectiva reclamación ante Seguros del Estado. La aseguradora a través de oficio del 4 de enero de 2008 señaló que no estaba demostrada la ocurrencia del hecho punible y por lo tanto, no había lugar a cancelar el siniestro.

Posteriormente, por medio de escrito del 20 de agosto de 2008 Seguros del Estado le manifiesta al Gerente del Hospital Centro Oriente que *“no es posible acceder favorablemente a la reclamación, por los hechos ocurridos el 16 de noviembre de 2007, por no estar demostrada la participación de empleados del Hospital y porque los hechos corresponden a un delito por uso del sistema electrónico que no son objeto de cobertura de la póliza de manejo global comercial suscrita. Aspecto en el que no se está de acuerdo, por que no figura en el Código Penal Colombiano, como hecho punible”.*

Por último, señala el demandante que presentó solicitud de conciliación extrajudicial con el fin de cumplir lo señalado en el Decreto 1716 de 2009.

**2. El trámite procesal**

El 3 de marzo de 2010[[3]](#footnote-3), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca inadmitió la demanda interpuesta por el Hospital Centro Oriente Nivel II E.S.E. por cuanto la acción de reparación directa invocada era improcedente y le concedió el término de 5 días para que se corrigiera; es así como, mediante escrito del 16 de marzo de 2010[[4]](#footnote-4) la parte accionante corrigió la demanda.

Así las cosas, la demanda fue admitida el 19 de mayo de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; notificado el demandado, este interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda por medio de escrito del 12 de noviembre de 2010[[5]](#footnote-5), al considerar que no se había cumplido con el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en relación con el contrato de seguro de sustracción comercial a que se refiere la póliza 33-42-101000036.

Recurso que fue resuelto a través de auto del 2 de febrero de 2011[[6]](#footnote-6), donde se confirmó el auto del 19 de mayo de 2010 que admitió la demanda.

Así las cosas, se procedió a contestar la demanda la parte accionada mediante escrito de fecha 29 de abril de 2011[[7]](#footnote-7), en donde frente a los hechos señaló que unos no son ciertos y los demás hacen referencia a unos documentos; con relación a las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de ellas por cuanto carecen de fundamento fáctico y jurídico.

Por otra parte, propuso como excepciones frente a la póliza No.33-42-101000020 la de inexistencia del riesgo asegurado y el límite cuantitativo de la responsabilidad de la entidad demandada; y con relación a la póliza No.33-12-101000036 planteó las excepciones de inexistencia de amparo, exclusión de amparos y límite cuantitativo de la responsabilidad de la entidad demandada.

Después de decretar y practicar pruebas[[8]](#footnote-8) se corrió traslado[[9]](#footnote-9) a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes[[10]](#footnote-10).

El Ministerio Público guardó silencio.

**II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

En providencia del 8 de febrero de 2012[[11]](#footnote-11) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección “B”, negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los argumentos que se esbozarán a continuación:

**1. Razones de la mayoría**

Consideró el Tribunal que le asistía razón a la parte demanda, en que se debían negar las pretensiones de la demanda, puesto que al estar aportados los documentos bajo alguna de las circunstancias que prevé el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, forzoso era concluir que la parte actora incumplió el artículo 177 de la norma, pues era su deber probar lo alegado en la demanda.

Por otra parte, se afirmó que el informe preliminar de cuentas del Hospital Centro Oriente ESE allegado por el Banco Davivienda, tiene el carácter de “preliminar” por lo cual se debía continuar con las investigaciones a efectos de que fueran aportadas dentro del proceso penal las evidencias, para así determinar la responsabilidad penal de los empleados de la entidad. Igualmente se indicó que, si bien obra copia de la denuncia penal presentada, lo cierto es que dentro del proceso no obra prueba alguna que determine que en efecto fue uno de los empleados del Hospital el que dio origen al siniestro amparado por la póliza de cumplimiento.

Finalmente, *“en lo relacionado con dicha póliza de seguro de sustracción, se encuentra que en las condiciones generales de la misma se estipuló como exclusión que la póliza no cubría ninguna pérdida o daño causado directa o indirectamente “3.2. CUANDO SEA AUTOR O CÓMPLICE DE LA SUSTRACCIÓN EL CONYUGE O CUALQUIER PARIENTE DEL ASEGURADO DENTRO DEL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD, SEGUNDO DE AFINIDAD O ÚNICO CIVIL, O CUALQUIER EMPLEADO ASEGURADO”, aspecto que tampoco fue demostrado en el presente asunto”.*

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

Contra lo así resuelto y estando dentro del término legal para hacerlo, la parte demandante interpuso recurso de apelación[[12]](#footnote-12), solicitando que se revoque la providencia recurrida, con base en los siguientes argumentos:

Señaló el recurrente que, el Juez de primera instancia hizo una mala interpretación de la norma contenida en el artículo 252 del CPC, pues de allí se deduje claramente que las copias simples allegadas por parte del Hospital se deben considerar como auténticas, salvo que la parte contraria las tachara de falsas.

Por otra parte, señaló que el *A quo* adujó que no se probó en debida forma los hechos de la demanda, aunque le da valor probatorio a la póliza de empleados públicos No.33-42-101000020 por no haber sido tachada de falsa por parte del demandado, *“aun así el tribunal no tiene en cuenta para el respectivo estudio de la demanda ni ahonda en las investigaciones que se encuentran en la fiscalía para saber sí procedía dicha póliza o no”.* Del mismo modo, argumenta que la póliza de sustracción que se allegó en la corrección de la demanda, no fue analizada pese a que se ve claramente que Seguros del Estado S.A. incumplió claramente el contrato suscrito con el Hospital al negarse a cancelar el amparo por la sustracción de que fue víctima la demandante.

Finalmente, solicitó copia auténtica del proceso penal adelantado por el hurto del dinero con el fin de probar quienes sustrajeron el dinero.

**IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público guardó silencio.

Por medio de auto del 7 de septiembre de 2015[[13]](#footnote-13), se decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la parte accionante en la sustentación del recurso de apelación, las cuales fueron allegadas por medio de oficio 17 de agosto de 2016[[14]](#footnote-14).

Así pues, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar las alzadas previas las siguientes:

**V. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo pertinente, la Sala retomando la problemática jurídica propuesta por la parte accionante, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión: 1) Contrato de Seguro; 2) Ocurrencia del riesgo y Declaratoria de siniestro, 3) El principio de buena fe contractual; y 4) El caso en concreto.

**1) Contrato de Seguro**

Para contextualizar el asunto que se va a tratar en esta providencia, estima la Sala referirse al contrato de seguro, reiterando la jurisprudencia de esta Corporación en los siguientes términos:

*“Respecto del contrato de seguro, cabe hacer las siguientes precisiones; el Código de Comercio enseña que dicho contrato es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036, modificado ley 389 1997, art. 1); que su objeto es asegurar un riesgo. Y el riesgo está definido legalmente como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (art. 1.054 ibídem). Como puede verse el contrato de seguro crea obligaciones condicionales, que se caracterizan porque penden de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no. Se destaca entonces que las obligaciones en el contrato de seguro respecto del asegurador se originan, se repite, con la realización del riesgo asegurado, es decir cuando se da la condición del aseguramiento (art. 1.054 ibídem).”[[15]](#footnote-15) (Subrayado fuera de texto)*

**2) Ocurrencia del riesgo y declaratoria del siniestro**

También, se hace necesario diferenciar el momento de ocurrencia del riesgo amparado, y de otra parte, el de su declaratoria que se realiza posteriormente y la cual es efectuada por la entidad pública mediante acto administrativo, con el propósito de ver materializada la garantía que ampara el patrimonio público.

De esta manera, lo que le interesa a la compañía aseguradora para efectos del reconocimiento de la indemnización, es que el hecho constitutivo del riesgo haya acaecido en periodo de vigencia de la póliza.

Así, lo ha resaltado la jurisprudencia de esta Corporación:

*“El riesgo asegurado, se realizó durante la vigencia de la póliza, y lo único que hizo la entidad en el acto administrativo, fue declarar su ocurrencia, como mecanismo idóneo para proceder al cobro de la indemnización de las aseguradoras, puesto que esa era una exigencia contemplada en las mismas condiciones de sus pólizas: la declaratoria del siniestro, para hacer exigible la obligación. Antes de este acto, así se hubiera producido es incumplimiento del contratista – riesgo asegurado- la entidad no podía reclamar.*

*Debe tenerse en cuenta que lo que se exige en el régimen de los contratos de seguros, en cuanto a su vigencia y cobertura, es que el riesgo efectivamente se materialice durante el periodo de vigencia de la póliza, puesto que una cosa es el surgimiento del derecho al tener la indemnización y otra cosa es el derecho a recibir su pago, el que sí se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley (…)”[[16]](#footnote-16)*

De lo expuesto, la Sala puede establecer varias conclusiones a saber: (i) Primero es la ocurrencia del riesgo o siniestro y posteriormente, se produce su declaratoria. (ii) La Administración debe declarar la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo; (ii) El plazo máximo con que cuenta la entidad estatal para esta declaratoria, es a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro; (iii) El riesgo debe acaecer durante la vigencia del seguro; y por último, (iv) No obstante, la declaratoria de ocurrencia del mismo, puede producirse después del vencimiento de la póliza.

**3) El principio de buena fe contractual**

Esta Subsección ha insistido sobre la buena fe contractual, u objetiva, en los siguientes términos:

*“De lo preceptuado en el artículo 871 del Código de Comercio, con redacción parecida al artículo 1603 del Código Civil, se desprende que en todo el iter contractual, esto es antes, durante y después de la celebración del contrato, y aún después de su extinción, se impone a los intervinientes el deber de obrar de conformidad con los postulados de la buena fe.[[17]](#footnote-17)*

*En efecto, aquel precepto prevé que los contratos deben “celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”*

*Pero además, como si no fuera suficiente, el artículo 863 de esa misma codificación ordena que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa[[18]](#footnote-18) en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, precepto este que en la contratación pública ha de tenerse como un desarrollo del principio general de planeación que debe informar a toda la actividad contractual del Estado.[[19]](#footnote-19)*

*Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.*

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”,[[20]](#footnote-20) es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho”[[21]](#footnote-21) o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”[[22]](#footnote-22)*

Si bien, el principio de buena fe debe reinar en todos los actos contractuales reviste una mayor relevancia en lo relacionado con el contrato de seguro, pues esta exigencia de obrar conforme a ella es imperativa para las partes contratantes (aseguradora – tomador), lo cual nos lleva a concluir que no es admisible desde ningún punto de vista aceptar que las compañías aseguradoras para eludir su responsabilidad indemnizatoria recurran a argumentos dilatorios y esquivos, pues de ser así, se estaría incurriendo en actos demostrativos de mala fe contractual, conducta totalmente proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano.

Con base en los anteriores lineamientos, se realizará el análisis del caso concreto.

**4) El caso en concreto**

En el asunto que aquí se estudia, la parte demandante pretende la declaratoria de incumplimiento del contrato de seguro suscrito con Seguros del Estado S.A., referente a las pólizas Nos. 33-42-101000020 y 33-12-101000036[[23]](#footnote-23), por la ocurrencia del siniestro el día 16 de noviembre de 2007, cuando fue perpetrado un hurto a tres cuentas bancarias pertenecientes al Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E. por valor de OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y TRES PESOS ($892.708.093).

Para sustentar su petición, la accionante sostiene que la entidad demandada transgredió el artículo 1602 del C.C. que establece que “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, y los artículos 1036 a 1082 y 1127 del Código de Comercio, referentes al contrato de seguro.

Así pues, la Sala analizará el material probatorio arrimado al expediente para así poder determinar si le asiste razón a la parte accionante, o si por el contrario, no se logró demostrar el incumplimiento alegado por parte del Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E.

Conforme a lo anterior, la Subsección encuentra demostrado que el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE suscribió contrato de seguro amparado con la póliza de seguro de manejo – Empleados Públicos No. 33-42-101000020, con la empresa Seguros del Estado S.A., con vigencia del 11 de noviembre de 2007 al 5 de junio del 2002, por valor de $100.000.000 y cuyo objeto era el siguiente[[24]](#footnote-24):

*“Con sujeción a las condiciones generales de la póliza que se anexan, que forman parte integrante de la misma y que el asegurado y el tomador declaran haber recibido, Seguros del Estado S.A., garantiza:*

*Amparar la apropiación indebida de dinero y otros bienes de la entidad que aconteciere como como consecuencia de los eventos más (ilegible) enumerados en que incurran sus empleados.*

*Amparados delitos contra el patrimonio económico.*

*Delitos contra la administración pública.*

*Alcances fiscales*

*Gastos de reconstrucción de cuentas.*

*Gastos de rendición de cuentas”.*

Igualmente, adquirió la póliza de seguro de sustracción No. 33-12-101000036, otorgada por Seguros del Estado S.A., con vigencia entre el 11 de noviembre de 2007 y el 6 de enero de 2008, por valor de $2.760.346.358,80, de la que se resalta lo siguiente[[25]](#footnote-25):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ***“DESCRIPCION*** | ***AMPAROS*** | | ***SUMA ASEGURADA*** | ***%INVAR*** | ***SUBLIMITE*** |
| ***CONTENIDOS ESPECIALES*** |  | | *$2.506.678.508.00* |  |  |
|  | *BASICO SUSTRACCION CON VIOLENCIA* | | *2.351.514.875.00* | *10.00* |  |
|  | ***SUSTRACCION******TODO RIESGO*** | | ***155.163.633.00*** | *10.00* |  |
| ***DEDUCIBLES*** | *10.00 % EL VALOR DE LA PERDIDA – Mínimo 1.00 SMLMV EN BÁSICO SUSTRACCIÓN CON VIOLENCIA /SUSTRACCION TODO RIESGO* | | | | |
| ***DINERO EN EFECTIVO Y TITULOS VALORES*** | | | *$3.000.000.00* |  |  |
|  | *BÁSICO SUSTRACCION CON VIOLENCIA* | | *3.000.000.00* |  |  |
| ***DEDUCIBLES:*** | *10.00 % EL VALOR DE LA PERDIDA - Mínimo 1.00 SMLMV en BASICO SUSTRACCION CON VIOLENCIA* | | | | |
| ***TEXTO ACLARADO DEL RIESGO:***  ***INTERES ASEGURABLE*** | | | | | |
| ***HERRAMIENTAS, ARMAS DE FUEGO, DINEROS EN EFECTIVO Y DEMAS BIENES DE TODO TIPO Y DESCRIPCION QUE SEAN OBJETO DE SUSTRACCION DE PROPIEDAD DE EL HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL E.S.E. Y/O DE PROPIEDAD DE TERCEROS POR LOS CUALES SEA RESPONSABLE O LOS QUE UTILICE EN DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL.*** | | | | | |
| ***TOTAL SUMA ASEGURADA: $2.760.346.385.80*** | | *PRIMA : $1.266.769.00*  *IVA: $202.683.00*  *TOTAL A PAGAR: $ 1.749.452.00”* | | | |
| ***PLAN DE PAGO: CONTADO*** | |

Así mismo, se encuentra acreditado que el día 16 de noviembre de 2007 se llevó a cabo un hurto a las cuentas que el Hospital Centro Oriente Nivel II E.S.E. como titular, poseía en el Banco Davivienda por valor de $892.708.093, tal y como consta en el formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación de fecha 20 de noviembre de 2007, en donde consta que la señora Ana Patricia González (Tesorera) interpuso una denuncia penal por los siguientes hechos[[26]](#footnote-26):

*“(…) en la mañana de hoy 20 de noviembre de 2007 siendo aproximadamente las 10:00 am recibí una llamada de un señor que se identifico (sic) como Enrique Acevedo, funcionario de DAVIVIENDA preguntándome que tipo de movimientos había realizado el viernes 16 de noviembre de 2007 porque el había recibido una llamada de alguien anónimo para decirle que estaban haciendo movimientos raros de las cuentas del hospital CENTRO ORIENTE que verificara y si observaba algo extraño llamara al 3383838, yo le conteste (sic) que el único movimiento que había hecho el viernes era el pago de nómina contratistas por $155.000.000 pero nada mas pero que igual yo revisaría, ingrese (sic) al portal de Davivienda y consulte (sic) todas las cuentas de ahorro y corriente del Hospital y observe (sic) movimientos de débitos realizados a tres cuentas de ahorros del viernes 16 de noviembre de 2007 después de las 7:00 pm horario que ya no me encontraba laborando en el hospital, inmediatamente procedí a llamar al señor enrique (sic) Acevedo al teléfono que me había indicado pero hay (sic) me dijeron que lo podía ubicar en el 3300000 ext 49670, cuando me contesto (sic) observe (sic) que la voz era muy distinta de quien me había llamado y cuando le comente (sic) que si habían hecho movimientos débitos de tres cuentas del hospital el (sic) me dijo que no lo sabia que le hablara y que el (sic) nunca me había llamado que el si había recibido una llamada de alguien diciendo que quería denunciar que estaban sacando dinero de la cuenta del hospital centro oriente que lo único que había tomado el señor era el teléfono 4484437, pero eso no le competía investigarlo a él que me comunicara con el portal de Davivienda al 56788889 en donde fui atendida por la DOTORA (sic) DIANA MAHECHA quien me oriento (sic) para enviar un mail con la información de todas las transacciones no reconocidas ni giradas por el hospital este se envió con copia a la directora ejecutiva de banca oficial del banco Davivienda doctora GLORIA HELENA MAYA YEPES el valor total de los débitos es de $892.708.093 DE LAS CUENTAS (…) las cuales no se pudieron verificar el fin de semana por no ser horario laboral para el personal administrativo mas sin embargo como tesorera encargada de la entidad verifico diariamente saldos excepto cuando se cae el sistema y es imposible ingresar al sistema de Davivienda. (…)”*

Como consecuencia de lo anterior, el Hospital inició las acciones pertinentes para dar aviso de la ocurrencia del siniestro tendiente a hacer efectiva la póliza de seguro que había adquirido con Seguros del Estado S.A. a través de PROSEGUROS Corredores de Seguros S.A., como se evidencia del oficio del 20 de noviembre de 2007[[27]](#footnote-27), a través del cual se remitió copia del informe presentado por la Tesorera del Hospital, con el fin de que se hiciera la correspondiente reclamación ante la compañía de seguros.

Es así como, mediante escrito del 4 de enero de 2008[[28]](#footnote-28), el Director de Siniestros de Finanzas de Seguros del Estado, manifestó lo siguiente al Gerente de Indemnizaciones de PROSEGUROS Corredores de Seguros S.A., con relación a la reclamación efectuada:

*“Hemos recibido comunicación No. R -2613, por medio de la cual remite una serie de documentos con el fin de iniciar el trámite de reclamación de la póliza indicada en el asunto.*

*Sobre el particular, sea lo primero solicitar la acreditación de su calidad para actuar y obtener la efectividad de la póliza, en caso de continuar con el trámite del “aviso de siniestro” presentado, como intermediario de la póliza MGC No. 0009.*

*De otra parte, se debe indicar que los documentos recibidos, constituye un aviso de siniestro, para SEGUROS DEL ESTADO S.A., toda vez que para formalizar la correspondiente reclamación, es necesario que procedan a acreditar tanto la ocurrencia del siniestro como la cuantía de la pérdida.*

*(…)*

*Como se desprende de lo anterior, los documentos remitidos, no demuestran la ocurrencia del siniestro, la aprobación indebida de dinero o bienes de propiedad del Hospital Centro Oriente II Nivel ESE, como consecuencia de delitos contra el patrimonio económico, delitos contra la administración pública, alcances fiscales, gastos de reconstrucción de cuentas o gastos de redición (sic) de cuentas, en que haya incurrido uno o varios de los empleados determinados o indeterminados de la mencionada entidad o empleados temporales o de firmas especializadas o por empleados de contratistas independientes.*

*Así las cosas, se haría necesaria la ampliación de la denuncia penal presentada, toda vez que del contenido de la misma no se desprende que los hechos presentados hayan sido cometidos por alguno de los empleados determinados o indeterminados de la mencionada entidad o empleados temporales o de firmas especializadas o por empleados de contratistas independientes, circunstancia indispensable para dar lugar al surgimiento de la obligación condicional en cabeza de SEGUROS DEL ESTADO S.A., el cual es, el pago de la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro amparado.*

*Una vez remitidas las pruebas que acrediten en forma inequívoca la ocurrencia del siniestro, se continuará con el estudio y definición del caso”.*

Es así como, una vez presentada la denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y hecha la reclamación de la póliza de seguro ante la compañía Seguros del Estado, se hizo una auditoría por parte del Departamento de Auditoria Operativa del Banco Davivienda el 27 de enero de 2007, en donde se señalaron las transacciones realizadas el 16 de noviembre de 2007 de tres cuentas bancarias pertenecientes al Hospital Centro Oriente Nivel II ESE, y del cual se resalta lo siguiente[[29]](#footnote-29):

*“(…) III. CONCLUSIONES PRELIMINARES*

*Analizadas en conjunto las transferencias realizadas desde las cuentas del Hospital Centro Oriente Nivel II E.S.E., el análisis de los sistemas operativos de Davivienda, se concluye de manera preliminar, lo siguiente:*

*1.- Que de alguna forma, una organización delictiva tuvo acceso a las clave (sic) secreta y token asignados para la fecha y horas de las operaciones que resultaron ilícitas por el Hospital Centro Oriente Nivel II E.S.E., los cuales estaban bajo su exclusiva custodia y seguridad, medios transaccionales necesarios e imprescindibles para llevar a cabo las mencionadas transacciones que resultaron fraudulentas, en perjuicio de dicha entidad.*

*2.- Llama la atención los accesos que se realizaron con el usuario 01-40768099-1850 que correspondía a la señora SOCORRO ARTUNDUAGA ROJAS, máxime si se tiene en cuenta que ya había sido designado (…)*

*3.- El análisis de las operaciones previas al ilícito (intentos de utilizaciones de la clave secreta y token), hacen suponer que la organización delictiva realizó “pruebas” de la información que de alguna manera había obtenido, a fin de establecer su idoneidad y eficacia, situación que se desprende de los siguientes registros (…)*

*4.- Las llamadas realizadas por una persona de sexo masculino, inicialmente al Banco Davivienda y posteriormente al Hospital Centro Oriente Nivel II E.S.E, infiere que obedeció a un elemento “distractor” por parte de la organización delictiva, encaminada a generar “dudas sobre el eventual conocimiento del fraude por parte de Davivienda y direccionar una supuesta responsabilidad del banco y descartar la incidencia del acceso” que tuvo la organización a los medios transaccionales.*

*5.- Finalmente y, conforme a que la organización delictiva empleó para sus fines ilícitos medios transaccionales auténticos (clave secreta del usuario y clave dinámica del token), podría suponerse que eventualmente la clave secreta del usuario pudo haber sido obtenida clandestinamente en algún equipo donde el usuario de la misma la utilizó ordinariamente o a través de la visualización directa por una fuente humana y la clave dinámica del token median acceso visual al mismo, ya sea mediante traslado físico de dicho dispositivo o mediante el reporte de la clave que poseía en el momento de su visualización. (…)”*

Posteriormente, por medio de oficio del 20 de agosto de 2008[[30]](#footnote-30) Seguros del Estado le manifestó al Gerente del Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E, frente a los hechos ocurridos el 16 de noviembre de 2007 y la reclamación efectuada por el Hospital, lo siguiente:

*“(…) 1. El Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E., suscribió la póliza de Seguro de Manejo de Empleados Públicos No. 0009, amparando la apropiación indebida de dinero y otros bienes de la entidad que aconteciere como consecuencia de los enumerados dentro de la póliza en que incurran los empleados.*

*2. De acuerdo a los documentos remitidos para atención de la reclamación, no se ha demostrado ocurrencia y la cuantía del siniestro acorde a lo normado en el artículo 1077 del Código de Comercio.*

*3. Dentro de la investigación adelantada, la Fiscalía General de la Nación, ordeno (sic) al Banco Davivienda el reintegro de algunos valores de las cuentas que habían sido objeto de estas transacciones fraudulentas, lo cual evidencia fallas en seguridad del sistema electrónico de dicha entidad Bancaria.*

*4. Es claro que la participación de empleados del Hospital Centro Oriente II Nivel E.S.E., no ha sido demostrada, y además los hechos corresponden a un delito por uso del sistema electrónico que no son objeto de cobertura de la Póliza de Manejo Global Comercial suscrita.*

*Por lo anterior no es posible atender favorablemente su Aviso de Reclamación, por los hechos ocurridos el día 16 de Noviembre de 2007, por lo cual Seguros del Estado S.A. objeta su reclamación por las razones antes indicadas”.*

Los anteriores medios de prueba le dan certeza a la Sala, que el día 16 de noviembre de 2007 se llevó a cabo un hurto a la entidad demandante por valor de $892.708.093, que como consecuencia de dicha operación fraudulenta, se interpuso una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación y se hizo la respectiva reclamación ante la empresa aseguradora, la cual negó la solicitud efectuada por el Hospital ya que en su criterio la cuantía no había sido demostrada y los hechos correspondieron a un delito por uso del sistema electrónico, que no era objeto de cobertura de la póliza.

Ahora bien, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas y confrontadas con los medios probatorios allegados, la Sala observa que de acuerdo a los señalamientos de la ley para hacer efectiva la póliza, la entidad tomadora debía presentar prueba de la ocurrencia del riesgo o siniestro en vigencia de la misma y demostrar la cuantía, tal y como sucedió en el caso *sub examine* en donde se demostró que el siniestro (16 de noviembre de 2007) ocurrió en vigencia de las pólizas de manejo (No. 33-42-101000020) y sustracción (No. 33-12-101000036) suscritas entre las partes, las cuales tenían una vigencia entre el 11 de noviembre de 2007 y el 5 de junio del 2002, y entre el 11 de noviembre de 2007 y el 6 de enero de 2008, respectivamente. Igualmente, se acreditó la cuantía del siniestro por valor de $892.708.093, conforme a lo señalado en el formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación de fecha 20 de noviembre de 2007 y en el informe de auditoría realizado por parte del Departamento de Auditoria Operativa del Banco Davivienda el 27 de enero de 2007.

Entonces, debe la Sala determinar si efectivamente la entidad accionada incumplió con el contrato de seguro celebrado con el Hospital Centro Oriental II Nivel ESE, al haberse negado a cancelar el siniestro ocurrido, excusado en el hecho de que no se había demostrado la participación de los empleados de la entidad en el hurto y la cuantía del mismo, teniendo en cuenta que la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de las dos pólizas de seguros (manejo y sustracción) celebradas entre el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE y Seguros del Estado S.A, como se indicó el auto del 2 de febrero de 2011[[31]](#footnote-31).

Así las cosas, esta Subsección considera que no le asiste razón a la compañía aseguradora, por cuanto, si bien en el momento en que se hizo la reclamación no existía certeza frente a los perpetradores del hecho delictivo y por tanto no se podía hacer efectiva la póliza seguro de manejo – Empleados Públicos No. 33-42-101000020, lo cierto es, que también el Hospital había tomado la póliza de sustracción No. 33-12-101000036, que cubría dentro sus riesgos un amparo denominado “sustracción todo riesgo” por valor de $155.163.633,00, que incluía claramente el siniestro que había sufrido el Hospital al ser objeto de un hurto el día 16 de noviembre de 2007, como se observa de las condiciones generales de la póliza, en donde se estipuló:

*“(…) 21 TODO RIESGO –*

*Mediante convenio expreso que constará en el cuadro de amparos de la carátula de la póliza, se cubren las pérdidas y daños de pieles, joyas, artículos valiosos, expresamente relacionados,* ***ocasionados en cualquier lugar y por cualquier causa o accidente****, salvo las excepciones indicadas a continuación:*

*21.1 Pérdidas o daños cuando sea autor o cómplice el asegurado, su cónyuge o cualquier pariente del asegurado dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil.*

*21.2 Erupciones volcánicas, terremotos, temblores de tierra, fuego o subterráneo o cualquiera otra convulsión de la naturaleza.*

*21.3 Guerra internacional o civil o actos perpetrados por fuerzas extranjeras, hostilidades u operaciones bélicas (sea o no declarada una guerra), rebelión, sedición, seducción, usurpación y retención ilegal de mando.*

*21.4 Asonada, según su definición en el Código Penal; motín o conmoción civil o popular: huelgas, conflictos colectivos de trabajo o suspensión de hecho de labores, y movimientos subversivos.*

*21.5 Pérdidas o daños durante cualquier proceso de reparación, restauración o renovación en los objetos asegurados.*

*21.6 Deterioro por el uso, vicio propio o defecto inherente, moho o daños causados por ratas, polillas, comején, gorgojo y otras plagas.*

*21.7 Rotura de artículos de naturaleza frágil o quebradiza, a menos que sea ocasionada por incendio o por comisión o tentativa de delito de propiedad. (…)”*

Como se observa, es claro que el siniestro ocurrido a la entidad accionante se enmarca dentro del amparo denominado “sustracción todo riesgo”, debido a que el hurto de que fue objeto el Hospital no se enmarca dentro de las excepciones que estipularon las partes, no teniendo cabida la afirmación de la accionada en el sentido que el siniestro se encuentra excluido de la obligación indemnizatoria a su cargo.

Por lo tanto, la Sala estima que la accionada Seguros del Estado S.A., en virtud de lo antes expuesto, debe pagar la reclamación efectuada por el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE afectando la póliza de sustracción todo riesgo hasta el valor asegurado, pues como bien lo manifiesta la demandada, no es posible afectar la póliza de manejo de empleados públicos, ya que nunca se acreditó que en el hecho acaecido hubiera intervenido un funcionario del asegurado, tal y como lo demostró las resultas del proceso penal Rad.55997[[32]](#footnote-32) adelantado con ocasión de este incidente, en el que se logró determinar que en la ejecución del delito de hurto no había intervenido ningún funcionario del Hospital.

Por lo tanto, la aseguradora Seguros del Estado S.A. estaba en la obligación de cumplir con el contrato de seguro celebrado con el Hospital Centro Oriente II Nivel ESE y al no hacerlo, incurrió en un incumplimiento del contrato. En consecuencia, deberá la Sala declarar el incumplimiento del contrato de seguro bajo la póliza de sustracción No. 33-12-101000036, en el amparo de sustracción todo riesgo hasta el monto asegurado, es decir, $155.163.633.

Finalmente, la Subsección revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar accederá a las súplicas, por las razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección B el 8 de febrero de 2012, y en su lugar **DISPONER:**

**PRIMERO: DECLARAR** el incumplimiento contractual de la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.,** respecto de la póliza de sustracción No. 33-12-101000036, amparo de sustracción por todo riesgo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** a cancelar al **HOSPITAL CENTRO ORIENTE II NIVEL ESE** el siniestro ocurrido el 16 de noviembre de 2007, hasta el valor asegurado en la póliza de sustracción No. 33-12-101000036, es decir, **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($155.163.633).**

**TERCERO: DESE** cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

**CUARTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez se encuentre ejecutoriada la providencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Magistrado Ponente**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

1. Fls.100 a 107 del C.Ppal. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fls.8 a 11 del C. 1. la cual fue corregida a través de escrito del 16 de marzo del mismo año (Fls.16 y 17 C.1) [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls.14 y 15 C.1 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls.16 y 17 C.1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls.58 a 61 C.1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fls.65 a 68 C.1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls.69 a 74 C.1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Fls.76 y 77 C.1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Fl.83 C.1 [↑](#footnote-ref-9)
10. Fls.84 a 98 C.1 [↑](#footnote-ref-10)
11. Fls.100 a 107 C.Ppal [↑](#footnote-ref-11)
12. Fls.113 y 115 C.Ppal [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls.159 a 161 C.Ppal [↑](#footnote-ref-13)
14. Fls.237 a 239 C.Ppal. [↑](#footnote-ref-14)
15. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 11 de diciembre de 2002. Exp. 22.511 [↑](#footnote-ref-15)
16. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de julio de 2005. Exp. 12.394 [↑](#footnote-ref-16)
17. Aunque el artículo 1603 sólo expresa que *“deberán ejecutarse”*, el entendimiento es que el deber de buena fe objetiva comprende todo el *iter* contractual. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-17)
18. Sobre el desacierto en que incurrió el legislador colombiano al introducir en esta norma la expresión *“exenta de culpa”* vid.: M. L. NEME VILLARREAL. *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos.* En: Revista de Derecho Privado No. 17, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; M. L. NEME VILLARREAL. *La presunción de buena fe en el sistema jurídico colombiano: una regla cuya aplicación tergiversada desnaturaliza el principio.* En: Revista de Derecho Privado No. 18, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-18)
19. Sobre el principio de planeación ésta subsección expresó: *“Dentro de esos parámetros, como se acaba de expresar, se encuentran los estudios previos que, entre otros fines, persiguen cumplir con la obligación de establecer los precios reales del mercado de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista.”* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente 22471. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-20)
21. Ibídem. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-21)
22. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. (La cita es del texto citado). [↑](#footnote-ref-22)
23. Teniendo en cuenta la demanda y la adición a la misma (Fls.8 a 11 y 16 y 17 C.1) [↑](#footnote-ref-23)
24. Fl.1 a 3 C.2 [↑](#footnote-ref-24)
25. Fl.18 a 25 C.1 [↑](#footnote-ref-25)
26. Fls.4 y 5 C.2 [↑](#footnote-ref-26)
27. Fl.7 C.2 [↑](#footnote-ref-27)
28. Fls.11 y 12 C.2 [↑](#footnote-ref-28)
29. Fls.41 a 71 C.2 [↑](#footnote-ref-29)
30. Fls.13 y 14 C.2 [↑](#footnote-ref-30)
31. Que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante contra el auto admisorio de la demanda, al considerar que no se había agotado el requisito de procedibilidad de celebrar audiencia de conciliación frente a la póliza de sustracción No. 33-12-101000036. (Fls.65 a 68 C.1) [↑](#footnote-ref-31)
32. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Decisión Penal No.2. [↑](#footnote-ref-32)