

CONTRATO ESTATAL- Contrato de seguro – Objeto –Regulación – Evolución normativa

A partir del año 1990 se incorporó en la legislación colombiana la posibilidad de que la compañía aseguradora asuma el riesgo de los daños causados por conductas dolosas y también de los realizados con culpa grave, bajo las reglas especiales del seguro de responsabilidad, particularmente por lo previsto en el artículo 1127 del Código de Comercio, como también se introdujeron en la industria aseguradora nacional, a partir de esa disposición, las cláusulas propuestas en el mercado reasegurador para este tipo de seguros, como es el caso de la póliza denominada «Crime Guard» –que es materia de reclamación en el caso sub lite- en las cuales la compañía aseguradora asume el riesgo por los daños ocasionados a la propia entidad asegurada frente a la «infidelidad y actos deshonestos» de los empleados. Se observa que la posibilidad de asegurar los riesgos inherentes a la actuación de representantes y dependientes encuentra fundamento en tanto que a la persona jurídica se le impone el deber general de responder por los daños causados por sus representantes, en tanto que actúa precisamente a través de los mismos y, por otra parte, en el caso de los empleados, se le atribuye a la entidad asegurada –en calidad de empleador- la responsabilidad por los daños causados por los dependientes bajo su control, en los términos del artículo 2349 del Código Civil, por manera que se entiende que en la figura del seguro de responsabilidad tiene cabida el aseguramiento de los daños causados por dolo y culpa grave de los representantes y dependientes de la persona jurídica, bien sea en favor de los terceros afectados o de la propia persona jurídica que resulte lesionada en su patrimonio.

CONTRATO DE SEGURO DE INFIDELIDAD Y RIESGOS PROFESIONALES – Prueba de elementos – configuración del siniestro

La carga de la prueba del siniestro recae en el asegurado, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio. En este orden de ideas, la prueba del acto doloso del empleado para exigir la indemnización del contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales corresponde al asegurado. En relación con la prueba del siniestro, requerida para hacer efectiva la obligación de la aseguradora en el caso del seguro de infidelidad por actos dolosos de los empleados, cabe señalar acerca de los aspectos que deben ser demostrados, lo siguiente: i) La conducta dolosa. En este ítem se desagregan las pruebas de: la conducta cometida; la condición o calidad de empleado predicable de quienes actúan como autores o partícipes de dicha conducta; la cobertura espacio-temporal de la póliza en relación con la conducta desplegada, esto es los límites geográficos y las condiciones de vigencia del amparo respectivo y, especialmente, el ánimo de dañar o animus nocendi que hubiere acompañado la conducta del empleado y que configuró el dolo. ii) El daño causado. La pérdida ocasionada al patrimonio asegurado, teniendo como definición o concepto acerca de lo que se entiende por pérdida y por patrimonio asegurado lo que hubiere establecido al respecto la correspondiente póliza de seguro. iii) La causalidad entre los actos del empleado y el daño causado. En este punto resulta pertinente destacar que por virtud del contrato de seguro se traslada un riesgo del asegurado a la compañía aseguradora, por lo cual la ley comercial exige la mención, obviamente explícita, del riesgo en el contenido de la póliza de seguro y permite la delimitación contractual de los riesgos que decida asumir la compañía aseguradora, de acuerdo con los artículos 1047, numeral 9º y artículo 1056 del Código de Comercio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01431-01(29850)

Actor: IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

Demandado: BBVA SEGUROS GANADERO COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Referencia: RECURSO DE APELACIÓN – ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Conoce la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRA[N]SE no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN CONDENA en costas.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 12 de julio de 2002, en ejercicio de la acción contractual consagrada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, la Imprenta Nacional de Colombia¹ solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERA: Que se declare que, entre la Imprenta Nacional de Colombia y B.B.V.A. Seguros Ganadero - Compañía de Seguros S.A., antes denominado, la Ganadera Compañía de Seguros S.A., se celebró el contrato de seguros de Infidelidad y Riesgos Financieros contenido en la Póliza de Seguros No. 0914 con vigencia del primero de noviembre de 1998 hasta el 31 de enero de 2000 prorrogada hasta el día 12 de agosto del mismo año 2000, siendo las partes de este contrato, Tomador o Asegurado: Imprenta Nacional de Colombia, Asegurador: B.B.V.A. Seguros Ganadero Compañía de Seguros.

SEGUNDA: Que se declare que dentro de la vigencia del contrato de seguros contenido en la Póliza No. 0914 de 1998, B.B.V.A. Seguros Ganadero – Compañía de Seguros S.A., con un valor asegurado de quinientos millones de pesos asumió los riesgos de la demandante, de “infidelidad y riesgos financieros” cuyo objeto es amparar las pérdidas patrimoniales, daños y gastos que sufra la asegurada como consecuencia de uno o más actos dolosos cometidos por cualquier empleado, como autor o partícipe de los mencionados actos, bajo la cobertura de la Sección No. 1 de la Póliza de Seguros o bajo cualquier otra cobertura que contenga la citada póliza.

TERCERA: Que se declare que, bajo la vigencia del contrato de seguros, la demandante sufrió pérdidas patrimoniales, en cuantía superior a quinientos

¹ Empresa Industrial y Comercial del Estado de acuerdo con lo establecido por la Ley 109 de 1994.

millones de pesos o la que se demuestre en este proceso, como consecuencia de uno o más actos dolosos cometidos por empleados de la Imprenta Nacional de Colombia en calidad de autores o partícipes de tales actos y, que dichas pérdidas se encuentran amparadas, hasta el límite del valor asegurado, por las coberturas del contrato de seguros, especialmente por la cobertura de la Sección 1, numeral 2, de las condiciones generales de la Póliza 0914 de 1998.

CUARTA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se declare que la sociedad demandada BBVA Seguros Ganadero – Compañía de Seguros S.A., está obligada a indemnizar a la demandante dentro de las coberturas del contrato de seguros incluidas en las condiciones de la Póliza, conforme a los hechos que se demuestran en este proceso, el total de las pérdidas patrimoniales, de que tratan las pretensiones anteriores, hasta el monto del valor asegurado.

QUINTA: Que se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero que está obligada a indemnizar a favor de la demandante, en los términos de las declaraciones anteriores, sumas que deberá pagar con los intereses de ley y actualizadas frente a la desvalorización monetaria, al poder adquisitivo de la fecha de pago efectivo.”

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Entre la Imprenta Nacional de Colombia y la compañía de seguros BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A., se celebró el contrato de seguros para amparar los eventos de infidelidad y riesgos financieros de acuerdo con el contenido de la Póliza No. 0914 de 1998, expedida en Bogotá, el día 4 de diciembre de 1998, bajo las condiciones que se señalaron en el respectivo contrato.

2.2. La vigencia de la póliza de seguro cubrió inicialmente el período entre 1º de noviembre de 1998 y 31 de enero de 2000 y fue prorrogada hasta el 12 de agosto de 2000.

2.3. En la Sección I de la Póliza de Seguro No. 0914 se pactó la cobertura de infidelidad y actos fraudulentos o deshonestos de los empleados, para amparar las pérdidas que sufriera el asegurado como consecuencia de uno o más actos dolosos cometidos por cualquier empleado, como autor o partícipe de los mencionados actos, siempre y cuando:

“1. Tales actos fraudulentos o deshonestos:

a. Sean cometidos durante la vigencia del seguro identificada en la carátula y

b. Sean cometidos por empleados contratados para el servicio normal del asegurado dentro de los límites geográficos especificados en la carátula, y

c. Sean descubiertos de conformidad con la condición general 6 de (período de descubrimiento) de esta póliza, y

2. Tales actos fraudulentos o deshonestos, tal y como están asegurados bajo esta sección, sean simplemente actos fraudulentos o deshonestos cometidos por un empleado con la intención manifiesta de:

a. *Hacer que el asegurado sufra esa pérdidas y*

b. *Obtener beneficio financiero para el empleado o para alguna otra persona u organización que el empleado quiera que reciba tal beneficio, diferente de salarios, comisiones, honorarios, bonos, promociones, premios, utilidades, pensiones o cualquier otro beneficio laboral devengado en el curso normal de su trabajo.”*

2.4. Durante la vigencia de la póliza de seguro el Gerente encargado, señor Efraín Francisco Mendoza Córdoba y los demás funcionarios de la Imprenta Nacional de Colombia que resulten responsables, celebraron entre los días 9 y 10 de mayo de 2000 operaciones de compra y venta de títulos TES, por fuera de las condiciones de mercado, sin tener en cuenta las necesidades de liquidez de la Imprenta Nacional de Colombia y sin registrar las transacciones en la Bolsa de Valores, con las cuales se generó una pérdida superior a los \$500'000.000.

2.5. El día 6 de junio del año 2000 tomó posesión la nueva Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, quien enterada de la situación dio aviso a la Junta Directiva, el día 14 de julio de 2000.

2.6. La Imprenta Nacional de Colombia procedió a dar aviso a la compañía aseguradora, por intermedio de su corredor de seguros Delima Marsh S.A.

2.7. Igualmente se presentó denuncia penal para la investigación correspondiente el día 28 de julio de 2000, la cual se abrió el 8 de noviembre de 2001 por la Fiscalía 74 de la Unidad de Delitos contra el Orden Económico y Social.

3. Actuación procesal.

3.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto de 6 de septiembre de 2002 (folio 12, cuaderno 1).

3.2. Mediante auto de 16 de diciembre de 2002 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. Las pruebas documentales solicitadas a la Imprenta Nacional de Colombia en relación con las operaciones realizadas tuvieron que serle requeridas dos veces, mediante autos de 29 de enero de 2004 y 20 de mayo de 2004, a solicitud de la parte demandada, toda vez que no fueron allegadas completamente en respuesta al primer oficio librado para el efecto.

3.3. Contestación de la demanda.

BBVA Seguros Ganadero Compañía de Seguros S.A., contestó la demanda el 20 de noviembre de 2002 y afirmó que la póliza de infidelidad y riesgos profesionales se supeditó al amparo de pérdidas ocasionadas por actos deshonestos o fraudulentos de un funcionario de la Imprenta Nacional de Colombia que hubiere *“obtenido beneficio financiero para sí o para alguna otra persona de la organización que el empleado quiera que reciba el beneficio”* y en este caso advirtió que el supuesto acto fraudulento del Gerente encargado no reportó beneficios para el funcionario ni para un tercero que deliberadamente se hubiera beneficiado.

Por otra parte, la compañía demandada formuló las siguientes excepciones, respecto de las cuales se advierte desde ahora que algunas de ellas corresponden a argumentos propios de la defensa de fondo:

i) La demandada pretende reclamar la indemnización de una pérdida inexistente a la luz de la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 0914 y si se hubiera sufrido alguna pérdida en las negociaciones de los títulos TES, no correspondería a pérdidas amparadas en esta póliza;

ii) Incumplimiento de las garantías pactadas en la póliza, por la ausencia de las auditorías a cargo de la Imprenta Nacional de Colombia que fueron comprometidas en el momento de tomar la póliza de seguro, lo cual da lugar a la aplicación del artículo 1061 del Código de Comercio;

nista de Bolsa;

iv) Prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio, la cual hizo consistir en que la demanda se presentó habiendo transcurrido más de dos años desde la fecha en que se tuvo conocimiento de las operaciones sobre los TES;

v) Caducidad de la acción contractual, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la cual estimó que tuvo lugar por haber presentado la demanda por fuera del término de dos años establecido por la ley para impetrar la acción contractual;

vi) La póliza de seguro de infidelidad y riesgos financieros no cubre las pérdidas que se causaron en operaciones de venta posteriores a las denunciadas, por cuanto se trataría de pérdidas consecuenciales;

vii) En todo caso, si se ordena la obligación de indemnizar, se debe aplicar el límite de responsabilidad de la aseguradora por el deducible del contrato de seguro establecido en la suma de \$20'000.000 por toda y cada pérdida y tener en cuenta que resulta improcedente el ajuste de las sumas demandadas por concepto de la inflación.

Por otra parte, en su contestación a la demanda, la compañía aseguradora solicitó la suspensión del proceso por prejudicialidad en los términos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, a su juicio, el fallo del presente caso depende necesariamente de la definición del proceso penal iniciado por los mismos hechos, en ese momento en etapa de investigación ante la Fiscalía 74 de la Unidad de Delitos contra el Orden Económico y Social.

3.6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En la primera instancia, ambas partes presentaron sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio.

La entidad pública **demandante** alegó lo siguiente:

- i) En el procedimiento de licitación pública que precedió al contrato de seguro contenido en la póliza No. 0914, no hubo compromiso ni mención de auditorías por parte de la Imprenta Nacional de Colombia;
- ii) La prescripción de la acción, de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, *“empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento”*, el cual no podía tenerse como ocurrido el mismo 11 de mayo de 2000 cuando apenas se hicieron las operaciones por el Gerente encargado y además en este caso no quedó demostrada una fecha de

conocimiento de las pérdidas, ni siquiera el 12 de julio de 2000 fecha en la que se tuvo que vender el título para atender compromisos de la Imprenta Nacional de Colombia.

- iii) Tampoco operó la caducidad de la acción prevista en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que el contrato de seguro tenía vigencia hasta el 12 de agosto de 2000 y la demanda se presentó el 12 de julio de 2002, dentro del término de dos años previsto en la norma citada;
- iv) No se pretendió en la demanda reclamar por la responsabilidad de la firma comisionista de valores, sino por la originada en la actuación de los empleados de la Imprenta Nacional de Colombia y se probó en el proceso la existencia de un perjuicio patrimonial para la Imprenta Nacional de Colombia por valor superior al monto asegurado, de acuerdo con el informe presentado en la Junta Directiva de la entidad el 14 de julio de 2000.
- v) Los actos deshonestos y fraudulentos de los funcionarios de la Imprenta Nacional de Colombia fueron probados y de acuerdo con la Póliza de Seguro No. 0914 tales actos no requieren de su tipificación como hecho punible, además de que no existe en el Código Penal la *“tipificación específica del delito de actos deshonestos o fraudulentos ni el delito de infidelidad.”* En este punto, sobre las maniobras fraudulentas, la entidad demandante advirtió que la firma SANUT AC ASOCIACION CIVIL ORGANISMO NO GUBERNAMENTAL – MEXICO COLOMBIA, a favor de la cual se giró la suma de \$524'955.000, mediante cheques del Banco Popular ordenados por el Gerente encargado, resultó ser la beneficiaria de la maniobra financiera, cuando no era comisionista de bolsa, sus datos de dirección y teléfono correspondieron a los de una portería de un edificio y los pagos fueron ordenados en forma exclusiva por el Gerente encargado, sin intervención de los funcionarios a quienes correspondería tramitarlos internamente en la Imprenta Nacional de Colombia y se violaron las disposiciones tributarias, por haber realizado los pagos sin factura, ni concepto de pago, además de que el Gerente encargado se retiró sin haber convocado la Junta Directiva para informar sobre los hechos.

Finalmente, la parte demandante solicitó la aplicación de artículo 63 del Código Civil acerca de la equivalencia entre la culpa grave y el dolo.

La parte **demandada** reiteró la ausencia de prueba acerca de la intencionalidad o la mala fe de los funcionarios de la Imprenta Nacional de Colombia para favorecer a los terceros que se pudieron beneficiar y advirtió que las conductas dolosas no pueden suponerse por el mero hecho del detrimento patrimonial, que de existir, consistió en el vaivén mismo del mercado de valores.

Observó que de acuerdo con el testimonio del Gerente encargado, la pérdida tuvo lugar por la indebida administración de las operaciones “SWAP” por parte de la nueva administración de la Imprenta Nacional de Colombia, toda vez que la misma se apresuró a vender uno de los títulos TES en el mes de julio de 2000 y originó una pérdida cuando la venta del mismo título habría presentado una utilidad si se hubiera realizado posteriormente, *“hasta el 12 de septiembre o 13 de noviembre de 2001”*, según las declaraciones del Gerente encargado, ya que las tasas de mercado favorecieron posteriormente la valoración del portafolio.

La demandada acudió a la descripción de las operaciones SWAP que hizo la Superintendencia de Valores en la Resolución No. 889 de 1998 y al Boletín Jurídico de 2001 de la citada Superintendencia, en relación con la participación de

los intermediarios de compra y venta de los títulos para realizar las citadas operaciones, respecto de los cuales destacó que los intermediarios participan en una posición conocida en la jerga bursátil como “*la licuadora*”, en orden a liquidar una utilidad en la operación por la diferencia de tasas, acerca de lo cual afirmó que los nuevos funcionarios de la Imprenta Nacional de Colombia no comprendieron la estructuración original de la negociación y en ningún caso se llegó a demostrar mala fe de su parte.

Agregó que tampoco se demostró el perjuicio económico, toda vez que la pérdida fue calificada *a priori* y sin raciocinio técnico ni jurídico.

Reiteró que las operaciones no fueron en ningún momento objeto de auditoría por parte de la Imprenta Nacional de Colombia, la cual tenía la obligación de realizarlas de acuerdo con lo informado en el documento “*Proposal Form*”, diligenciado al momento de tomar la póliza y por ello incumplió la garantía pactada en los términos del artículo 1061 del Código de Comercio.

Finalmente, la parte demandada insistió en la ocurrencia de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio y recordó que en caso de establecer la obligación de indemnizar se debe tener en cuenta el valor del deducible y la improcedencia de acumular las reclamaciones por concepto de los intereses moratorios previstos en el artículo 884 del Código de Comercio, con la suma por concepto de indexación sobre el mismo capital.

3.7. La sentencia impugnada.

El Tribunal *a quo* profirió sentencia el 4 de noviembre de 2004, en la cual desechó las excepciones y denegó las pretensiones de la demanda, según se lee en la parte resolutive de su decisión, la cual se citó al inicio de esta providencia.

El Tribunal *a quo* desestimó las excepciones propuestas con base en las siguientes consideraciones:

- i) No hay lugar a la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio por lo siguiente:

“La Corporación analizando la documentación existente encuentra que a pesar de que los hechos ocurrieron entre los días 10 -11-12 de mayo de 2000, fueron conocidos por la Junta Directiva el día 14 de julio del año 2000, como consta en el acta No. 002 de la Junta Directiva, momento en el cual se enteran de esas inconsistencias (...)”

- ii) El término de caducidad para las acciones contractuales es el establecido en el artículo 136 del Código de Comercio, el cual empezó a contar a partir del 12 de agosto de 2000, fecha en la cual venció el contrato de seguro, por lo cual no operó la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 12 de julio de 2002.

En cuanto al fondo de la decisión, el Tribunal *a quo* se apoyó en las siguientes consideraciones:

“Para analizar el caso concreto se tiene demostrado:

1. *Que realmente la Imprenta Nacional, sufrió una gran pérdida económica con la compra de los TES, por ello se tendría el primer requisito para hacer efectiva la*

póliza No. 0914.

(...)

Con estas actuaciones se configuran los siguientes requisitos para la exigibilidad de la Póliza No. 0914 de 1998, como son: a) Los hechos fueron cometidos durante la vigencia del seguro especificado en la carátula, b) Fueron cometidos por empleados contratados para el servicio normal del Asegurado dentro de los límites geográficos especificados en la carátula, c²) (sic) Fueron descubiertos de conformidad con la condición general 6 (período descubrimiento de ésta póliza).

(...)

Pero la duda surge a partir del numeral 2 que establece (...)

Al referirse la Póliza a que estos actos deben ser fraudulentos o deshonestos, se encuentra que no existe en el proceso prueba que lleve a esta Corporación a concluir que los funcionarios actuaron de manera deshonesto o fraudulenta, pues las pruebas demuestran que las actuaciones con la venta y compra de los TES ocasionaron pérdidas a todos los que en el momento estaban negociando con los TES, o sea que se trató de un “mal” negocio, pero el hecho de negociar es incierto, a su vez tampoco se demostró que los funcionarios tenían la intención de que la entidad perdiera esa cantidad de dinero, o que se hubiese obtenido para ellos o para otra persona beneficio económico, que estos hubiesen querido que se recibiera, como tampoco se aportan pruebas de las tasas de mercado o variaciones entre los días 10, 11 y 12 de mayo de 2000, pues las tasas que se aportan en los certificados no presentan variaciones y la duda que le queda a la Corporación es si el precio se mantuvo estable en el momento de la negociación de los TES, qué variaciones se presentaron, o si por el contrario lo que sucedió es que por la premura de sacar utilidades de estas ventas de TES, apostaron a unas tasas altas, que no eran acordes con la realidad, afectando así a la Imprenta Nacional de este modo por las inclemencias del mercado, donde unas veces se gana y otras se pierde.”

3.8. El recurso de apelación.

3.8.1. La parte **demandante** impugnó la sentencia de primera instancia mediante escrito presentado el 10 de diciembre de 2004 (folio 184, cuaderno 3) y sustentó su recurso dentro del término procesal previsto para el efecto, con los siguientes argumentos:

i) El Tribunal *a quo* apreció erróneamente la Resolución No. 09 del 31 de agosto de 2001, proferida por la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá en la investigación realizada a la sociedad Comisionista de Bolsa, puesto que en el citado documento se señaló expresamente la existencia de “*un elevado costo financiero de \$558 millones para quienes diseñaron y ejecutaron las operaciones (...)*”.

ii) (...) No hubo correcta apreciación de las pruebas cuando, conociéndose la existencia de procedimientos legales y reglamentarios para los pagos, el Gerente encargado, sin la participación de ningún otro funcionario de la Imprenta Nacional de Colombia, el mismo día de las operaciones fraudulentas, ordenó de manera

² Corresponde a la letra c).

pura y simple que por una entidad bancaria se transfirieran millonarios recursos a la firma SANUT, como quedó probado en el expediente.

- iii) En este caso se debe aplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado que permite inferir una “probabilidad determinante³” en la relación de causalidad entre los sucesos -los actos adelantados por Gerente encargado- y el daño causado.

3.8.2. La parte demandada no presentó recurso de apelación e intervino en la alzada al momento de descorrer el traslado para alegar, mediante escrito en el cual observó que debe confirmarse la sentencia de primera instancia puesto que *“es imposible fundar en suposiciones, un fallo en el que se declare que un funcionario actuó con intención manifiesta de causar una pérdida a la entidad de la cual era representante”*, así como destacó que no existió prueba alguna en el expediente tendiente a verificar en qué consistió la participación de las firmas Soluciones Financieras y SANUT.

En relación con otros argumentos para solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia, observó lo siguiente:

- i) Acerca de la necesidad de realizar la operación de venta para obtener liquidez, - por parte de la nueva Administración de la Imprenta Nacional de Colombia- advirtió que está claro que la necesidad sí existía y que en el mes de julio de 2000 se tuvo que acudir a la venta de un TES para atender la orden del CONPES, generándose una pérdida para contar con recursos líquidos requeridos.
- ii) Formuló que NO existió pérdida a la luz de la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 0914, por cuanto no hubo participación de los empleados de la Imprenta Nacional de Colombia en las operaciones realizadas por la Comisionista de Bolsa y por lo tanto no se cumplieron los requisitos de la Sección I de la Póliza de Seguro No. 0914, en cuanto no se identificaron actos fraudulentos o deshonestos de los empleados que hubieren ocasionado la pérdida, en beneficio de ellos mismos o de un tercero *“que el empleado quiera que reciba tal beneficio”*, como se exigió en la referida póliza.
- iii) Reiteró que si hubo algún detrimento patrimonial se debió al vaivén del mercado de valores por esencia especulativo y a la conducta de la nueva administración por el hecho de no redimir los títulos en la forma en que se había concebido originariamente en la operación SWAP.
- iv) Argumentó que el análisis de la operación no era tan simple como lo planteó la parte demandante y que ha debido probar, con intervención de peritos, la causa de la pérdida financiera si ella existió y el monto de la misma, por manera que no se demostró que la cobertura de la póliza realmente sí se hubiere afectado.
- v) Insistió en que el contrato de seguro se perfeccionó sobre la base de que se realizaban auditorías permanentes al interior de la Imprenta Nacional de Colombia, por lo cual señaló que se incumplió con la garantía respecto del riesgo, lo cual daría a lugar a anulabilidad del contrato de seguro y a su terminación desde el momento mismo del incumplimiento;
- vi) En relación con la excepción de prescripción advirtió que el conocimiento del asegurado no necesariamente tiene que producirse por intermedio de la Junta Directiva y que cualquier funcionario que tenga conocimiento de hecho que da

³ Citó la sentencia de 3 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos.

lugar a la acción permite la tipificación del factor subjetivo que se consagra en el artículo 1081 del Código de Comercio para la prescripción de las acciones ordinarias que se derivan del contrato de seguro y afirmó que en este caso el conocimiento de la Gerente General y el Subgerente Financiero y Administrativo de la Imprenta Nacional de Colombia se debe tener como establecido una vez se recibió el oficio del CONPES en el cual se requirió la transferencia de recursos, esto es el 5 de julio de 2000 y dado que la demanda sólo se presentó el 12 de julio de 2002, tuvo lugar, a su juicio, la prescripción de la acción ordinaria.

3.8.3. El Ministerio Público guardó silencio en su oportunidad.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** la competencia del Consejo de Estado para conocer del asunto; **2)** la caducidad de la acción contractual en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales celebrado con una entidad estatal; **3)** prescripción del derecho a reclamar la indemnización originada en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales; **4)** el aseguramiento de los daños causados por actos dolosos; **5)** la prueba del siniestro en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales; **6)** improcedencia de la asimilación de la culpa grave y el dolo en el contrato de seguro otorgado para amparar daños por actos dolosos de los empleados; **7)** régimen de inversiones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado; **8)** concepto de las operaciones SWAP; **9)** las pruebas aportadas; **10)** el caso concreto y **11)** costas.

1. Competencia del Consejo de Estado.

- 1.1. La controversia que se ventila en el *sub lite* es de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de naturaleza contractual, por razón de la entidad estatal que obró como tomadora y asegurada en el contrato de seguro contenido en la Póliza No. 0914, esto es la Imprenta Nacional de Colombia, Empresa Industrial y Comercial del Estado de acuerdo con lo establecido por la Ley 109 de 1994, asunto en el que aplica el artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁴ el cual prescribe expresamente que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es esta Jurisdicción especializada.

En el mismo sentido, el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado inicialmente por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998⁵, vigente para el momento en que se presentó la demanda, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas, con independencia del régimen legal de contratación aplicable, por lo cual se tiene que a partir de la norma en cita se consagró un criterio orgánico en la definición de la jurisdicción aplicable, toda vez que el concepto base para fijar la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se definió en atención a las

⁴ Artículo 75, Ley 80 de 1993. “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.”

⁵ Y posteriormente por la Ley 1107 de 2006.

actuaciones de la “entidad pública” o en su caso, de “las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado”⁶.

Cabe agregar que las controversias contractuales de las entidades públicas se encuentran igualmente sometidas a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con lo definido en la Ley 1107 de 2006⁷ cuyo contenido no distingue acerca de la normativa legal aplicable a los contratos que hubiere celebrado la respectiva entidad estatal.

- 1.2. Ahora bien, la acción impetrada reviste la naturaleza de una acción contractual, lo cual se establece con apoyo en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo⁸, teniendo en cuenta que la controversia surge en el seno de un contrato de seguro tomado para amparar los riesgos de infidelidad y financieros, distinguido con el No. 0914, celebrado entre la entidad estatal y la compañía aseguradora, a lo cual debe añadirse que el mencionado artículo 87 estableció la acción contractual para cualquiera de las partes de un contrato estatal, cuando con el ejercicio de la misma se persigue que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, “que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”
- 1.3. También se debe tener presente que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto General de la Contratación Pública, se definió el contrato estatal como aquel celebrado por las entidades determinadas en el citado estatuto y que en la definición de entidades estatales contenida en el artículo 2º de la misma Ley 80 se encuentran relacionadas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como es el caso de la entidad demandante en este proceso.
- 1.4. Finalmente se verifica en esta instancia que la **cuantía** de la pretensión principal se estimó en el monto de \$500'.000.000, suma que resulta superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 2002 tuviera vocación de doble instancia, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

2. La caducidad de la acción contractual en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales celebrado con una entidad estatal.

La Sala observa que la demanda se presentó el 12 de julio de 2002 dentro del plazo de dos (2) años, oportunidad que establece el numeral 10 del artículo 136

⁶ La Ley 1107 de 2006 incluyó en el texto del artículo 82, modificado por la Ley 446 de 1998, a “las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50%”

⁷ “La ley 1107 de 2006, redefinió los sujetos públicos que pueden ser parte en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo en estos términos: “las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.” Modificó el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo y todas las normas de la segunda parte en las que se utiliza la expresión entidades públicas, como por ejemplo los artículos 149, 150 y 151. Advierte la Sala que la expresión “entidad estatal” de la ley 80 de 1993 no es sinónimo de la expresión “entidad pública” que define la ley 1107 de 2006” Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo y Luis Fernando Álvarez Jaramillo, 19 de Junio de 2008, radicación número: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887), actor: Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

⁸ “ARTICULO 87. DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”

del Código Contencioso Administrativo, en relación con la caducidad de la acción contractual, según se establece a continuación:

Preliminarmente vale la pena precisar que el fallo de primera instancia no fue apelado por la compañía aseguradora demandada, no obstante lo cual la Sala debe estudiar el punto de la caducidad de la acción toda vez que constituye un presupuesto de su competencia para entrar a conocer del presente recurso.

Se advierte que el cómputo del término para la caducidad de la acción debe tener en cuenta el plazo previsto para la liquidación del contrato, puesto que el que ampara los riesgos de infidelidad y financieros, es de tracto sucesivo, en tanto su objeto está encaminado a cubrir uno o más eventos de riesgo que puedan ocurrir dentro de una vigencia contractualmente establecida, por manera que se trata de un contrato que genera, de una parte, la obligación de pago de la prima y, de otra, la obligación de indemnizar los daños en el evento en que se materialice el riesgo asumido, prestaciones que se van cumpliendo en un determinado período y no se agotan con un solo evento, de lo cual se concluye que el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales debe ser objeto de liquidación en los términos del artículo 60 de la Ley 80 de 1993 por el procedimiento allí previsto, bien sea mediante mutuo acuerdo de las partes contratantes o por el acto administrativo de liquidación unilateral, en el plazo contractualmente establecido o, a más tardar *“antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes.”*

Igualmente se recuerda que para efectos de la caducidad de la acción contractual, al plazo para liquidar el contrato estatal por mutuo acuerdo se debe adicionar en el término de (2) meses previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, para que la Administración lo liquide unilateralmente.

En este caso concreto se tiene que la vigencia del seguro de infidelidad y riesgos profesionales contenido en la póliza No. 0914 expiró el 12 de agosto de 2000 y toda vez que en el contrato de seguro no se fijó un plazo para la liquidación, resulta claro entonces que el término de caducidad de la acción empezó a correr a partir del 12 de febrero de 2001 –seis meses después del vencimiento del plazo contractual- de acuerdo con lo cual la caducidad de la acción contractual habría tenido lugar el 12 de febrero de 2003.

Así las cosas, dado que la demanda se presentó el 12 de julio de 2002, la Sala observa que no operó la caducidad de la acción contractual.

Por otra parte, aunque no resulta aplicable al proceso *sub lite*, por cuanto en esta litis no se discute la responsabilidad en el caso particular de las pólizas de seguro que se hacen efectivas contra la compañía aseguradora llamada como garante en procesos de responsabilidad fiscal, la Sala considera importante mencionar que los términos de caducidad y prescripción en tratándose de la acción fiscal contra la compañía aseguradora, se modificaron por las disposiciones contenidas en la Ley 1474 de 2011 mediante la cual se establecieron mecanismos de prevención contra los actos de corrupción y de efectividad del control de la gestión fiscal y se dispuso la aplicación de la Ley 610 de 2010 para efectos de fijar la caducidad y prescripción.⁹

⁹ *Ley 1474 de 2011 ARTÍCULO 120. PÓLIZAS.* “Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, prescribirán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000.”

Ley 610 de 2000 ARTICULO 9o. CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso

3. Prescripción del derecho a reclamar la indemnización originada en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales.

En relación con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, debe mencionarse que el Código de Comercio consagró dentro de los principios comunes a los contratos de seguros terrestres un régimen especial para la prescripción de las acciones civiles, contenido en el artículo 1081 del citado Código, en el cual señaló el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo del derecho y el momento a partir del cual ese período debe empezar a contarse, así:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

Como se observa, tratándose de la prescripción ordinaria, el plazo de la misma comienza a contarse desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da lugar a la acción, al paso que en la prescripción extraordinaria, la misma se cuenta desde el momento de la ocurrencia del siniestro, en el entendido de que a partir de ese momento surge el derecho del asegurado a la respectiva indemnización¹⁰.

Según se colige del texto del artículo 1081 del Código de Comercio, la diferencia entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria en el caso de la acción derivada del contrato de seguro consiste básicamente en el conocimiento real o presunto del siniestro, pues en la primera se exige la presencia de este elemento subjetivo de descubrimiento del siniestro al paso que en la segunda se parte de la fecha en que ocurre el siniestro, sin importar si ha sido conocido o descubierto¹¹.

de responsabilidad fiscal. Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto.

La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare.

El vencimiento de los términos establecidos en el presente artículo no impedirá que cuando se trate de hechos punibles, se pueda obtener la reparación de la totalidad del detrimento y demás perjuicios que haya sufrido la administración, a través de la acción civil en el proceso penal, que podrá ser ejercida por la contraloría correspondiente o por la respectiva entidad pública.”

¹⁰ Por su parte el artículo 1131 en relación con la prescripción del seguro de responsabilidad consagró que: *“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ocurrirá desde cuando la víctima formula la petición judicial o extrajudicial”.* (La subraya no es del texto).

¹¹ Superintendencia Bancaria, Seguros, Términos de Prescripción de las Acciones de Reclamación y su Interrupción, Concepto 2006051752-001 del 22 de diciembre de 2006. Debe tenerse presente lo previsto en el artículo 1131 del

Ahora bien, la diferencia entre la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio y la caducidad de la acción contractual establecida en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se puede concretar con base en la sentencia de la Corte Constitucional, C 574 de 14 de octubre de 1998, según se lee en los siguientes extractos:

“CADUCIDAD-Alcance

La caducidad está unida al concepto de plazo extintivo, es decir, al término prefijado para intentar la acción judicial, de manera que una vez transcurrido éste se produce fatalmente el resultado de extinguir dicha acción. Por ello, la caducidad debe ser objeto de pronunciamiento judicial oficioso cuando aparezca establecida dentro de la actuación procesal, aun cuando no se descarta la posibilidad de que pueda ser declarada a solicitud de parte.

CADUCIDAD DE ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS-Límite para reclamar determinado derecho

La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos". Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado".

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD-Diferencia

La prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite. La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad.”¹²

Ahora bien, en torno al contrato de seguro se puede indicar que la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a la extinción del derecho, al paso que la caducidad de la acción contractual establecida en el Código Contencioso Administrativo implica la improcedencia de la acción, por manera que la prescripción constituye una defensa de carácter renunciable, al paso que la caducidad se debe tener como un presupuesto de la competencia del Juez para entrar a conocer el caso y, por lo tanto, de carácter irrenunciable.

Desde otro ángulo, la defensa con fundamento en la prescripción constituye un derecho de la parte a quien favorece, mientras que la caducidad de la acción impone una carga para la parte demandante cual es la de impetrar la acción en determinado plazo como presupuesto para poder acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Código de Comercio, acerca del cómputo del término de prescripción de las acciones del seguro de responsabilidad civil, frente a los daños son causados a un tercero ajeno al contrato de seguro, de acuerdo con la norma ya citada.”

¹² Mediante Sentencia C-574 de 14 de octubre de 1998, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del inciso del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el Decreto 2304 de 1989, en el cual se estableció el término de caducidad de las acciones contractuales en dos (2) años, norma que fue atacada por violación al principio de igualdad en relación con la regulación de la prescripción de las acciones civiles, cargo que no prosperó por razón de las diferencias existentes y aquí establecidas entre la prescripción y la caducidad.

Pese a las diferencias que se han comentado entre caducidad y prescripción, debe tenerse presente el caso especial que se registra en relación con el seguro de cumplimiento del contrato estatal, en el cual el siniestro ocurre por la declaratoria del incumplimiento por parte de la respectiva Entidad Estatal contratante la cual cuenta con la facultad de declararlo mediante su propio acto administrativo, aspecto que la Sección Tercera del Consejo de Estado evaluó al examinar las características especiales que informan este contrato a propósito de lo cual se precisó que el término de caducidad de la acción en este tipo de contratos de seguro se rige por las normas especiales del Código Contencioso Administrativo, opera con respecto a los términos de caducidad de las acciones sobre contrato estatal amparado y no se amplía por aplicación de las normas del Código Civil y del Código de Comercio que establecen las reglas generales de la prescripción de las acciones y las especiales de prescripción de la acción del contrato de seguro.¹³

No obstante, en el caso concreto que ahora se examina y como ya se puntualizó con anterioridad, se advierte que la Sala no entrará a estudiar la prescripción de la acción del contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales No. 0914.

Lo anterior por cuanto en la sentencia de primera instancia el Tribunal *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por la compañía aseguradora demandada, entre ellas la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio en cuanto determinó como fecha de conocimiento del siniestro el día de la reunión de la Junta Directiva en la cual fue reportada la situación financiera del portafolio, esto es el 14 de julio de 2000, según se acreditó con el Acta No. 02 de la Junta Directiva de la Imprenta Nacional de Colombia, al paso que la demanda se presentó el 12 de julio de 2002, por lo cual se desestimó la excepción de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Pues bien, la Imprenta Nacional de Colombia, en su condición de parte demandante, formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en cuanto denegó las pretensiones de la demanda y atacó las consideraciones en que se fundó el Tribunal *a quo*, más no argumentó contra la decisión acerca de las excepciones, cuestión que por supuesto la favorecía, al paso que Compañía Aseguradora demandada no interpuso recurso contra la sentencia de primera instancia, por manera que la parte demandante obra como apelante único en el *sub lite*.

Así las cosas, ha de tenerse en cuenta que la excepción de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro no prosperó en primera instancia y no fue materia de recurso del apelante único, por manera que en la segunda instancia no tiene cabida el examen de esta excepción por virtud del principio de la *no reformatio in pejus*, establecido en el artículo 31 de la Constitución Política.

Acerca de este punto el Consejo de Estado se ha pronunciado en reiteradas oportunidades para efectos de resaltar que la garantía de la *no reformatio in pejus* constituye un límite a la competencia del Juez de segunda instancia, así:

“Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de Febrero de 2009, radicación número: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609), actor: Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, demandado: Compañía de Seguros Cóndor S.A., referencia: ejecutivo contractual - apelación sentencia.

cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia la constituye la garantía de la non reformatio in pejus, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política.”¹⁴

Por lo anterior se concluye que en respeto del principio de la *no reformatio in pejus*, en el presente caso la Sala no puede estudiar la invocación que la demandada realizó respecto de la prescripción de la acción del tomador en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 0194, ni emitirá pronunciamiento acerca de la fecha en que se debió entender como conocido el siniestro para los efectos del artículo 1081 del Código de Comercio y, en consecuencia, la Sala pasará a estudiar los asuntos de fondo de las pretensiones de la demanda que fueron objeto del recurso de apelación.

4. El aseguramiento de los daños causados por actos dolosos.

La regla general del artículo 1055 del Código de Comercio dispone que en el contrato de seguro no son asegurables el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, lo cual se funda en que en el contrato de seguro, como regla general, el riesgo asegurado es un áleas que en consecuencia mal podría depender del propio asegurado y especialmente de su conducta malintencionada¹⁵.

No obstante, a partir del año 1990 se incorporó en la legislación colombiana la posibilidad de que la compañía aseguradora asuma el riesgo de los daños causados por conductas dolosas y también de los realizados con culpa grave, bajo las reglas especiales del seguro de responsabilidad, particularmente por lo

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 13 de febrero de 2013, radicación número: 50001-23-31-000-1999-00165-01(25310), actor: Ana Tilde Ortiz de Bernal, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, referencia: apelación sentencia, acción de reparación directa. En el mismo sentido véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia de 30 de enero de 2013, radicación número: 18001-23-31-000-1999-00278-01(22060), actor: José Antonio Cárdenas Rojas, demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, referencia: apelación sentencia - acción de reparación directa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sanchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá - Secretaría de Obras Públicas, referencia: acción contractual.

¹⁵ **“ARTÍCULO 1054. DEFINICIÓN DE RIESGO.** Denominase riesgo 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 riesgos 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.

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

ARTÍCULO 1056. ASUNCIÓN DE RIESGOS. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”

previsto en el artículo 1127 del Código de Comercio¹⁶, como también se introdujeron en la industria aseguradora nacional, a partir de esa disposición, las cláusulas propuestas en el mercado reasegurador para este tipo de seguros, como es el caso de la póliza denominada “*Crime Guard*” –que es materia de reclamación en el caso *sub lite*- en las cuales la compañía aseguradora asume el riesgo por los daños ocasionados a la propia entidad asegurada frente a la “*infidelidad y actos deshonestos*” de los empleados.

Se observa que la posibilidad de asegurar los riesgos inherentes a la actuación de representantes y dependientes encuentra fundamento en tanto que a la persona jurídica se le impone el deber general de responder por los daños causados por sus representantes, en tanto que actúa precisamente a través de los mismos y, por otra parte, en el caso de los empleados, se le atribuye a la entidad asegurada –en calidad de empleador- la responsabilidad por los daños causados por los dependientes bajo su control, en los términos del artículo 2349 del Código Civil¹⁷, por manera que se entiende que en la figura del seguro de responsabilidad tiene cabida el aseguramiento de los daños causados por dolo y culpa grave de los representantes y dependientes de la persona jurídica, bien sea en favor de los terceros afectados o de la propia persona jurídica que resulte lesionada en su patrimonio,

La doctrina ha advertido que la culpa grave y en particular el dolo de los dependientes son asegurables en la legislación colombiana, aún bajo la égida del artículo 1055 del Código de Comercio, con el siguiente fundamento:

“(...) esta afirmación es válida no solo para el seguro de responsabilidad, sino para todos los seguros en general, ya que el artículo 1055 del Código de Comercio únicamente reprocha como riesgo asegurable el dolo del tomador, asegurado o beneficiario y no el de terceros (y para estos efectos los dependientes son terceros). En tal virtud el dolo del asegurado no podrá ser materia de cobertura. Sobre el particular resulta ilustrativa la descripción de Viney acerca de la situación francesa: “Existe un primer punto sobre el cual la jurisprudencia no ha variado jamás es que esta falta intencional debe ser cometida personalmente por el asegurado responsable. La falta intencional de los dependientes y de toda persona respecto del cual el asegurado responda civilmente permanece asegurable¹⁸ (...)”.

¹⁶ **ARTÍCULO 1127. DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD.** “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.”

¹⁷ **“ARTICULO 2349. DAÑOS CAUSADOS POR LOS TRABAJADORES.”** Los empleadores responderán del daño causado por sus <trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores se han comportado de un modo impropio, que los <empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores” (Mediante la sentencia C 1235 de 2004 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, declaró inexecutable los términos originales de la norma en cuanto se referían a amos, criados y sirvientes).

¹⁸ Díaz-Granados Ortíz, Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, Colección Textos Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, Primera Edición, Bogotá, enero de 2006, pg. 149, texto en el cual cita a: Viney, Genieève *Traité de Droit, La responsabilité, effets*, LGDJ, Paris 1988, p. 471.

En relación con el seguro de responsabilidad, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias de 5 de julio de 2012¹⁹ y 9 de agosto de 2010²⁰, consideró que la culpa grave es asegurable para el caso del citado seguro de responsabilidad, por expresa disposición del artículo 1127 del Código de Comercio, modificado por la reforma financiera contenida en la Ley 45 de 1990²¹, de acuerdo con el cual el daño ocasionado por la culpa grave del propio asegurado es susceptible de ser amparado a favor de la víctima afectada o del asegurado con motivo de determinada responsabilidad en la que incurra de acuerdo con la ley, bien sea en materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Igualmente se observa que en la regulación de los seguros de daños, contenida en el Capítulo II del Título V del Código de Comercio, en el artículo 1099 se hace referencia a la responsabilidad proveniente *del dolo o la culpa grave* en los seguros de manejo, para regular las restricciones del derecho a la subrogación por parte de la compañía aseguradora, bajo la advertencia de que no está permitida la subrogación en los derechos del asegurado cuando el daño proviene del dolo o de la culpa grave, de lo cual se desprende que la compañía aseguradora sí puede tomar el riesgo de los eventos de dolo o culpa grave, aunque no esté facultada para la aludida subrogación.²²

Hasta aquí se concluye entonces, con la doctrina y la jurisprudencia citadas, que en el derecho colombiano es viable el aseguramiento de los daños causados por el dolo y la culpa grave de los directores, representantes y empleados de la entidad, pública o privada, que actúa como tomador y/o asegurada.

5. La prueba del dolo en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales.

La carga de la prueba del siniestro recae en el asegurado, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio, el cual dispone:

“ARTÍCULO 1077. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

¹⁹ Expediente 0500131030082005 – 0425 – 01 Sentencia de 5 de julio de 2012, proceso de Cooperativa Financiera de Antioquia C.F.A. contra Multivalores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Obligatoria y Aseguradora Colseguros S.A., Magistrado Ponente Dr. Fernando Giraldo Gutierrez.

²⁰ Sentencia de 9 de agosto de 2010 expediente C 1100131030432004- 00524-01

²¹ **ARTÍCULO 1127. DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD.** *“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.”

²² **ARTÍCULO 1099. PROHIBICIÓN DE SUBROGACIÓN.** *“El asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado.*

Pero esta norma no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso la subrogación estará limitada en su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato.”

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.”

En este orden de ideas, la prueba del acto doloso del empleado para exigir la indemnización del contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales corresponde al asegurado.

En relación con la prueba del siniestro, requerida para hacer efectiva la obligación de la aseguradora en el caso del seguro de infidelidad por actos dolosos de los empleados, cabe señalar acerca de los aspectos que deben ser demostrados, lo siguiente:

i) La conducta dolosa.

En este ítem se desagregan las pruebas de: la conducta cometida; la condición o calidad de empleado predicable de quienes actúan como autores o partícipes de dicha conducta; la cobertura espacio-temporal de la póliza en relación con la conducta desplegada, esto es los límites geográficos y las condiciones de vigencia del amparo respectivo y, especialmente, el ánimo de dañar o *animus nocendi* que hubiere acompañado la conducta del empleado y que configuró el dolo.

ii) El daño causado.

La pérdida ocasionada al patrimonio asegurado, teniendo como definición o concepto acerca de lo que se entiende por pérdida y por patrimonio asegurado lo que hubiere establecido al respecto la correspondiente póliza de seguro.

iii) La causalidad entre los actos del empleado y el daño causado.

En este punto resulta pertinente destacar que por virtud del contrato de seguro se traslada un riesgo del asegurado a la compañía aseguradora, por lo cual la ley comercial exige la mención, obviamente explícita, del riesgo en el contenido de la póliza de seguro y permite la delimitación contractual de los riesgos que decida asumir la compañía aseguradora, de acuerdo con los artículos 1047, numeral 9º y artículo 1056 del Código de Comercio.

Sobre el particular se advierte, para este caso, que el acto doloso referido en la cobertura de la póliza de seguro de infidelidad no es necesariamente sinónimo de delito ni de daño fiscal, pues ha de tenerse en cuenta, por ejemplo, que en la estructura del ilícito penal, algunos de los delitos –especialmente los que se tipifican contra el patrimonio del Estado- no exigen el dolo para su configuración y cosa similar sucede con el daño fiscal establecido en la ley 610 de 2000, el cual contempla modalidades de responsabilidad tanto en caso de dolo como de culpa grave.

Ahora bien ello no excluye que pueda tenerse en cuenta como un referente de valoración del dolo, lo previsto en materia de la acción de repetición regulada en la Ley 678 de 2001, así como lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011, en las cuales el legislador calificó explícitamente unas conductas que constituyen base de las presunciones de dolo y de culpa grave.

Se advierte que estas normas no se encontraban vigentes para la época de los hechos que ahora se examinan y que además se refieren a acciones distintas de

las que son objeto de este proceso, pero la Sala considera que se pueden citar aquí a título puramente ilustrativo como parámetros de valoración de la conducta, en cuanto se entienden construidas bajo la regla de la experiencia, esto es que surgen de *lo que suele suceder* en la práctica, como lo ha observado la Sección Tercera del Consejo de Estado²³, por manera que estas reglas bien pueden contribuir en el análisis de la conducta del funcionario público en orden a determinar el dolo o la culpa grave, aunque para el caso del contrato de seguro no operen la presunciones de ley fijadas en las normas antes citadas, ni por ello se releve al asegurado de la carga de la prueba²⁴.

²³ “Para el entendimiento de las anteriores disposiciones, conviene advertir que la presunción se funda en lo que regular y ordinariamente sucede: “*praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*”. (...) El recto sentido de este figura, según enseña el profesor Rocha, es el que da su etimología: “*prae* y *sumere*, o el infinitivo del verbo *praesumere*, presentir, tomar de antemano, porque por la presunción se toma una cosa como verdadera (*sumitur pro vero*) antes de que conste de otro modo, (...) de lo que comúnmente sucede, dada la constancia de las leyes naturales, físicas, químicas, económicas, sociales, *ex eo quod plerumque fit* (de aquello que sucede generalmente) (...) unas mismas consecuencias de unos mismos hechos, proceder o actitudes semejantes de iguales situaciones.” La presunción, entonces, es un juicio que la ley o el juez se forma sobre la verdad de algo, por la lógica relación que muestra con otro hecho diferente y conocido como cierto. En este contexto, el artículo 66 del Código Civil, establece la siguiente noción: (...) Y, a su turno, el Código de Procedimiento Civil (Capítulo de Pruebas), preceptúa: (...) La doctrina que se extrae de las anteriores disposiciones, puede concretarse así: (...) Así las cosas, la Ley 678 de 2001, al desarrollar el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, en especial, para efectos de determinar si los servidores, exservidores o particulares que desempeñen funciones administrativas actuaron con dolo o culpa grave, estableció un listado de hechos en los que se dice presumir, según las reglas de la experiencia, que han obrado bajo esas modalidades de conducta. Con ello, el legislador buscó que en el caso de que se demostraran las conductas descritas en los artículos 5 y 6 de la citada ley, el juez tuviera por cierto que el comportamiento del agente público fue con dolo o culpa grave. De todos modos, estima la Sala necesario precisar que las denominadas presunciones son sólo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público, pues pueden presentarse muchos más casos que, pese a que no se encuentran consagrados en las citadas causales de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, originan que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de febrero de 2011, radicación Número: 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816), actor: Nación-Departamento Administrativo de Seguridad-Das-, demandado: Jorge Aurelio Noguera Cotes, referencia: Acción de repetición.

²⁴ LEY 678 DE 2001.

ARTÍCULO 5. *“Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*

1. *Obrar con desviación de poder.*
2. *Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
3. *Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
4. *Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
5. *Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.”*

ARTÍCULO 6. *“La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. *Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
2. *Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
3. *Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error - inexcusable.*
4. *Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”*

6. La improcedencia de la asimilación de la culpa grave y el dolo en el contrato de seguro otorgado para amparar daños por actos dolosos de los empleados.

Como ya se ha mencionado, en el contrato de seguro el riesgo asegurable constituye un elemento esencial, en los términos del artículo 1045 y debe estar expresamente delimitado, siguiendo los dictados de los artículos 1047, numeral 9º, y 1056 del Código de Comercio, acerca de lo cual cabe anotar que la compañía aseguradora es la llamada a predeterminedar los riesgos que está en capacidad de asumir a la vez que el contrato tiene por objeto el pago de la indemnización convenida en caso de siniestro, situación que permite observar la presencia de dos aristas de interpretación del contrato de seguro, a saber:

i) la interpretación de cláusulas definidas por la compañía aseguradora que resulten ambiguas, debe ser realizada en favor del asegurado, en los términos del artículo 1624 del Código Civil²⁵ y, por otra parte, ii) el alcance del riesgo asegurado –su definición y las exclusiones previstas en la póliza de seguro- debe ser aplicado de acuerdo con lo que conste en el contrato, en los términos de los mencionados artículos 1047 del Código de Comercio y 1056 del Código de Comercio, con prelación respecto de cualquier forma de analogía que se pudiere intentar con el fin de extender la cobertura a un riesgo no establecido en la póliza de seguro.

En materia del amparo otorgado sobre los daños causados por actos dolosos de los empleados, a falta de definiciones contractuales, se debe acudir al artículo 63 del Código Civil que contiene dos conceptos: la culpa, en tres modalidades que corresponden a la división tripartita de la culpa adoptada en nuestra legislación

LEY 1474 DE 2011.

ARTÍCULO 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

“El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.”

²⁵ *“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretan contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*

civil y el dolo, separados ellos por el elemento de la intencionalidad de causar daño o *animus nocendi* que caracteriza a este último, así:

“ARTICULO 63. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

La Sala se detiene ahora en la equivalencia de la culpa grave y el dolo en materia civil, enunciada por el artículo 63 del Código Civil e invocada en este caso por la parte demandante, con el fin de advertir que se trata de una disposición legislativa que asimila los efectos de la culpa grave y el dolo en materia civil, más ello no quiere decir que en la legislación nacional se trate del mismo concepto, pues habiéndose adoptado un elemento subjetivo dentro del concepto de dolo, se debe tener como regla que la torpeza no es lo mismo que la intención positiva de inferir injuria o dañar²⁶ y²⁷.

Evidentemente en el caso del contrato de seguro una cosa es amparar el daño causado por el acto malintencionado y otra muy distinta, para la compañía aseguradora, es la de asumir los riesgos originados en la culpa grave o culpa *lata*, esto es los causados por la falta cometida con torpeza o impericia extrema o con ignorancia inexcusable, pues bien se entiende que la culpa grave en este caso constituye un evento de riesgo distinto al dolo y podría presentarse en diversas formas ajenas por completo a la conducta con ánimo de causar daño.

Ahora bien, se tiene presente que para el operador judicial, frente al caso que ocupa la atención de la Sala, resulta una regla importante esta equivalencia del artículo 63 del Código Civil, toda vez que la intencionalidad de la conducta dolosa

²⁶ Banfi Del Río, Cristian, *La Asimilación de la Culpa Grave al Dolo en la Responsabilidad Contractual*, Revista Chilena de Derecho, Volumen. 27. No. 2., Sección Estudios, pg. 291 a 330, Santiago de Chile, 2000.

²⁷ *La diferencia entre el dolo y la culpa grave era advertida por el profesor Antonio Rocha Alvira en sus lecciones, con respecto al artículo 63 del Código Civil, así: “Este artículo define también la culpa grave y dice que en materia civil equivale al dolo. **Claro que no consiste en lo mismo; no siempre que hay culpa grave hay dolo, no es igual el modo de probarlo tampoco, sino en sus efectos jurídicos.**”* (La negrilla no es del texto). Lecciones sobre Derecho Civil Obligaciones de Antonio Rocha Alvira, revisado actualizado y completado por Betty Mercedes Martínez Cárdenas, Colección Memoria Viva, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pg.60.

del empleado constituye un elemento difícil de probar por cuanto usualmente la intención de dañar es negada por el imputado -quien comúnmente se sostiene en su buena fe y su conciencia tranquila- y por otra parte aparece afirmada por el reclamante –quien sostiene que el dolo se deduce precisamente de la conducta- y es en estos casos cuando le corresponde al operador judicial determinar si de las pruebas se puede inferir la configuración del dolo por cuanto la conducta puede ser torpe al extremo, brutalmente negligente y descuidada o abiertamente grosera frente a todo control establecido y ante tal prueba, resulta prácticamente imposible aceptar que el imputado no tuvo una conciencia acerca del efecto lesivo de su acción o su omisión.

Sin embargo, este expediente legal para calificar la conducta dolosa, no quiere decir, en manera alguna que exista base para efectuar una analogía en el contrato de seguro, al punto que se entienda que allí donde la póliza de seguro estableció el dolo como riesgo asegurado se encuentre también como amparado el daño originado en la culpa grave, como si fueran sinónimos o como si se tratara del mismo riesgo, cuando bien se ha dicho -y se reitera- que corresponden a supuestos diferentes y por lo tanto a niveles de riesgo distintos, por lo cual se concluye que si la compañía aseguradora se comprometió a indemnizar el daño causado por el dolo del empleado, ello impide que se la pueda tener como obligada a indemnizar el daño causado por la culpa grave de ese mismo empleado.

La Sala tendrá en cuenta las bases legales antes expuestas para evaluar el riesgo amparado en el caso sub lite.

7. Régimen de Inversiones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Los Títulos de Tesorería TES fueron introducidos como mecanismo de financiación interna del Gobierno Nacional mediante la Ley 51 de 1990, habiéndose regulado varias modalidades de los mismos, los cuales pueden estar conformados por el principal y cupones de intereses que pueden ser negociados de forma independiente.

El Decreto 111 de 1996, mediante el cual se compilaron la Leyes 38 de 1989 y 179 de 1994, contentivo del denominado Estatuto Orgánico de Presupuesto, dispuso la inversión de los excedentes de liquidez de los establecimientos públicos en títulos emitidos por la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda en las condiciones del mercado, o en inversiones autorizadas por ésta.

En lo que importa para este caso, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter no financiero fueron sometidas al deber de ofrecer sus recursos excedentes a la Dirección del Tesoro Nacional y se les permitió la venta de los títulos que no fueran adquiridos por el Tesoro Nacional, *“a través de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Valores, o de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.”*

A continuación se destaca el régimen de Inversión de excedentes de liquidez vigente para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, para la época de los hechos:

DECRETO No. 1013 DE 1995

(...)

“Artículo 11. Las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial, en ambos casos distintas de entidades financieras, al constituir activos financieros, con sus propios recursos, en moneda nacional, deberán ofrecer dichos recursos, en primer lugar a la Dirección del Tesoro Nacional, la cual procederá a determinar si las condiciones son de su interés, y a realizar la negociación respectiva.

Para los anteriores efectos, la oferta deberá presentarse por escrito por la entidad, con indicación expresa de las condiciones financieras de la operación tales como monto, plazo, fecha de constitución y tasa de referencia para la negociación.

DECRETO NUMERO 798 DE 1997

(...)

“Artículo 2º. Incorpórese al artículo 11 del Decreto 1013 de 1995 el siguiente inciso:

*“Los recursos que en desarrollo del presente artículo no acepte la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y que permanezcan en entidades financieras, deberán ser depositados exclusivamente en entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. **En caso de que con tales recursos se realicen inversiones, las mismas deberán efectuarse a través de entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Valores, o de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.**” (La negrilla no es del texto).*

DECRETO NUMERO 811 DE 1998

(...)

Artículo 3º. Adiciónese el siguiente inciso al artículo 11 del Decreto 1013 de 1995:

“Si la Dirección del Tesoro Nacional no está interesada en tomar los recursos ofrecidos, deberá notificar su decisión por escrito a la entidad dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha del ofrecimiento. Si esta notificación no se presenta dentro del término indicado se entenderá que la Dirección del Tesoro Nacional no está interesada en la negociación”.

Con el fin de destacar la diferencia en el tratamiento regulatorio en materia de manejo de los excedentes de liquidez de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de manera ilustrativa se puede hacer una referencia a la regulación posterior contenida en el Decreto No. 1525 de 2008, toda vez que en este Decreto las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, fueron sometidas a un régimen de inversión más libre que el de los establecimientos públicos del orden nacional, por lo cual dejaron de estar obligadas a ofrecer sus excedentes a la Dirección del Tesoro, según las voces del Capítulo II²⁸, en el cual se enunciaron

²⁸ CAPITULO II

Artículo 13

(...)

los criterios de inversión que deben seguir y en especial se estableció que *podían* ofrecer sus excedentes al Tesoro Nacional, caso en el cual el Decreto determinó que la entidades debían negociar a precios de mercado y prohibió realizar transacciones que registren *“pérdidas que afecten el capital”*.

8. El concepto de las operaciones SWAP.

De conformidad con la Resolución No. 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores, mediante la cual se unificaron las normas del Mercado Público de Valores en Colombia²⁹, modificada por la Resolución 707 de 1997, las sociedades comisionistas de bolsa fueron autorizadas para la administración de portafolios de sus clientes y la realización de operaciones SWAP, bajo contrato específico con el respectivo cliente³⁰.

Por su parte, la Resolución 0560 de 1995 de la Sala General de la entonces Superintendencia de Valores definió las operaciones SWAP, dentro del régimen de las sociedades comisionistas de valores, como un conjunto de operaciones de compraventa de títulos realizadas para un cliente denominado “originador”, con el fin de obtener liquidez o rentabilidad, así:

“En el mercado bursátil colombiano se denomina 'SWAP' al conjunto de operaciones de compra y venta de títulos realizadas para un cliente identificado como el 'originador', con la finalidad de obtener o bien una mayor rentabilidad de su portafolio, o bien una determinada liquidez, mediante la venta de títulos que necesariamente se encuentran registrados en su portafolio a una tasa inferior de la

En todos los casos, las inversiones financieras deberán efectuarse bajo los criterios de transparencia, rentabilidad, solidez y seguridad, y en condiciones de mercado.

(...)

Artículo 41. El riesgo de mercado se entiende como la contingencia de pérdida o ganancia, por la variación del valor de mercado frente al valor registrado de la inversión, producto del cambio en las condiciones de mercado, incluida la variación en las tasas de interés o de cambio.

(...)

Artículo 57. Las entidades estatales a que se refiere el presente decreto que requieran liquidez podrán ofrecer los títulos, en primera opción, a la DGCPN del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, salvo las entidades estatales a que hace referencia el Capítulo I del presente decreto las cuales están obligadas a realizar tal ofrecimiento. Para tales efectos, la DGCPN del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en condiciones de mercado y con sujeción a su flujo de caja, deberá comunicar a la entidad dentro de los dos días siguientes al ofrecimiento, si se encuentra interesada en la compra, con indicación de las condiciones ofrecidas; en caso contrario, la DGCPN deberá manifestar por escrito su autorización para que la entidad acuda al mercado secundario para la negociación de los respectivos títulos.

(...)

Cuando las entidades estatales a que se refiere el presente decreto requieran vender la respectiva inversión en valores, no podrán registrar pérdidas por concepto de capital y las negociaciones deberán efectuarse en condiciones de mercado. No obstante, los recursos manejados a través de carteras colectivas, se sujetarán a las disposiciones propias de este tipo de instrumentos.

²⁹ Sustituída por el Decreto 2555 de 2010.

³⁰ Art. 2.2.8.4.- Adicionado. Res. 707 de 1997, art. 1°. Facultades de la sociedad comisionista. *“De acuerdo con lo autorizado expresamente por su cliente, y a más de las facultades previstas en el artículo 2.2.72 de la presente resolución, en desarrollo de la actividad de administración de portafolios de valores la sociedad comisionista de bolsa podrá comprometerse a realizar operaciones de compra y venta de títulos, operaciones a plazo, swaps, carruseles, repos o cualquiera otra operación que le esté autorizada, así como a tomar decisiones sobre el manejo de los excedentes de liquidez transitorios.*

Para la realización de las anteriores actividades es necesario que la sociedad comisionista de bolsa haya sido autorizada expresamente por su cliente y así conste en el respectivo contrato de administración.”

existente en el mercado al momento de celebrarse la operación, sin causar una pérdida contable.”

Posteriormente, mediante Resolución No. 0889 del 20 de diciembre de 1999, la Superintendencia de Valores actualizó la definición de "operaciones SWAP", en la cual se advirtió la relación o condicionamiento de las operaciones de venta a las operaciones de compra –de donde se evidenció el concepto de permuta financiera- y mencionó como finalidades posibles de la operación, además de la rentabilidad y la liquidez, el cambio de plazos del portafolio o de riesgos del emisor, al paso que excluyó de la definición la limitación referida a que la operación no arrojará pérdida contable:

“(…) en el mercado bursátil colombiano se denomina swap al conjunto de operaciones realizadas para un cliente, identificado como el originador, en las cuales se condiciona la venta de uno o más títulos a la compra de otro o varios títulos, con el propósito de obtener liquidez para ese cliente, mejorar la rentabilidad promedio de su portafolio, modificar el plazo de ese portafolio o el riesgo por emisores, o la combinación de algunos o de todos estos factores.”

Por su parte, la Superintendencia Bancaria mediante la Circular 014 de 1998 incorporada al Capítulo XVIII de la Circular 100 -Básica Financiera y Contable- definió las operaciones SWAP o “*permutas financieras*”³¹ dentro del capítulo de operaciones con *derivados financieros*, las cuales se encuentran constituidas por aquellas que se refieren a un activo subyacente cuyo movimiento determina el precio, norma en la cual se identificó que estas operaciones se establecen con cumplimiento futuro – a plazo de más de tres días según la regulación de operaciones de contado de la misma circular- y advirtió acerca de los riesgos implícitos de estas operaciones, siendo uno de ellos el riesgo de mercado originado en la variación o volatilidad de la tasa de interés o la tasa de cambio, circular que resulta bastante ilustrativa para comprender el contexto normativo que tenían las operaciones SWAP, para la época de los hechos³².

³¹ De acuerdo con la regulación del sector financiero y bursátil, hoy unificada, la operación con derivados financieros está exclusivamente permitida a los intermediarios del mercado de valores, y ha avanzado considerablemente al amparo de la Ley de Mercado de Valores, 964 de 2005, la reforma financiera contenida en Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010 con sus reformas.

³² “2.1. Operaciones con derivados.

Se definen como operaciones con derivados aquellas operaciones financieras que pueden ejercerse para comprar o vender activos en un futuro, como divisas o títulos valores, o futuros financieros sobre tasas de cambio, tasas de interés o índices bursátiles. Los ejemplos más comunes de derivados son los contratos a término o “forwards”, las opciones, los futuros y los swaps o permutas financieras. Todos ellos son operaciones con cumplimiento en un futuro.

(…)

2.2. Riesgos existentes cuando se hacen operaciones con derivados.

(…)Es importante tener en cuenta que la utilización de derivados sin los debidos controles administrativos es altamente riesgoso y puede conducir rápidamente a grandes pérdidas para una entidad.

(…)

Desde el punto de vista del usuario, los productos derivados generan principalmente riesgos de mercado, de contraparte, de operación y jurídicos. A continuación se describe cada uno de esos riesgos.

2.2.1. Riesgos de mercado.

Los riesgos de mercado dependen del comportamiento del subyacente. En este aspecto, los productos derivados son semejantes a cualquier otro producto financiero como los bonos o las

Para concluir este punto se observa que las operaciones SWAP se diferencian de la simple compra venta de títulos, en lo siguiente:

- i) Constituyen una permuta de derechos de contenido financiero, esto es que se estructura por parte del intermediario con base en compromisos cruzados;
- ii) Los derechos de la permuta se determinan con base en un subyacente de contenido variable, en este caso la tasa de interés del mercado para los respectivos títulos. Vale la pena aclarar que la tasa de interés de las operaciones en el mercado de valores no corresponde a la tasa facial o sea la que aparece en el título, con base en la cual el emisor del título paga los réditos en los plazos pactados, sino que hace referencia al valor de mercado del título, el cual en realidad depende del precio que marcan las transacciones registradas -en la época que se examina, ante la Bolsa de Valores- sobre títulos similares clasificados bajo el mismo código.
 - iii) El cumplimiento de las operaciones se compromete a futuro, es decir no sucede en el mismo día de la operación (t- 0) sino al vencimiento del plazo acordado³³.

9. Las pruebas aportadas al proceso.

9.1. Pruebas documentales.

Las pruebas documentales obrantes en este expediente fueron aportadas por las partes en original o en copias autorizadas por un funcionario de la Imprenta Nacional de Colombia, por lo cual se tendrán como pruebas válidamente aportadas en los términos de los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil y serán valoradas para los efectos de esta decisión:

A continuación se presenta la relación de las mencionadas pruebas documentales y su contenido:

9.1.1. Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 0914 con las siguientes condiciones:

TOMADOR	IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
ASEGURADO	IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
BENEFICIARIO	IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
VIGENCIA	DESDE EL 1 DE NOVIEMBRE A LAS 0:00 HORAS DE 1998 HASTA EL 31 DE ENERO DE 2000 A LAS 24:00 H.

cuentas por cobrar denominadas en otras divisas cuyo valor depende de las tasas de interés y de cambio. No obstante, las relaciones que determinan el valor de los derivados son en general más complejas y menos conocidas que las de productos financieros más tradicionales.” (Las negrillas no son del texto,)

³³ Con base en el artículo 2.8.1.1 del Título Octavo de la Parte Segunda de la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores, se definió como una operación de contado aquella que se registra con un plazo para su compensación igual a la fecha de registro de la operación, es decir de hoy para hoy (t+0), o hasta tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente al registro de la operación (t+3). (Circular 100 Superintendencia Bancaria)

BIENES ASEGURADOS	VALOR ASEGURADO	Prima	DEDUCIBLE
LIMITE ASEGURADO			ÚNICO 20'000.000 TODA Y CADA PÉRDIDA
<i>infidelidad</i>	500'000.000		
<i>Predios</i>	500'000.000		
<i>Valores en tránsito</i>	500'000.000		
<i>Falsificación</i>	500'000.000		
SUBTOTAL		25'354.110	
IVA 16%		4'056.657	
Total		29'410.767	

9.1.2. Factura de venta expedida el 12 de diciembre de 1999, con la firma de La Ganadera Compañía de Seguros S.A., y la firma del tomador, Imprenta Nacional de Colombia, por valor asegurado total de \$500'000.000, en la cual consta la prórroga de la Póliza No. 0914 en los siguientes términos y condiciones:

“En un todo de acuerdo a lo autorizado por el asegurado, se prorroga a partir de febrero 1 de 2000 hasta agosto 12 de 2000, según los términos y condiciones del siguiente cuadro anexo³⁴:
”

DESCRIPCION	(..-)	CLAUSULAS ADICIONALES
<p>“Amparar las pérdidas, daños y gastos que sufra LA IMPRENTA en que tenga que incurrir como consecuencia de uno de los ramos amparados.</p> <p>COBERTURAS BÁSICAS <i>Infidelidad</i> <i>Actos Fraudulentos o deshonestos de los empleados.</i> Pérdidas que sufra el asegurado como consecuencia de uno o más actos dolosos cometidos por cualquier empleado como autor o coparticipe de los mencionados actos. (la negrilla no es del texto)</p> <p><i>Pérdida dentro de los predios.</i> (..) <i>Pérdida por falsificación de documentos</i> (...) <i>Pérdida por dinero falsificado.</i></p>		<p>“Limitación de descubrimiento o fecha de retroactividad. <i>Control de siniestros con plazo de 30 días para avisar cualquier pérdida,</i> <i>Avisar cualquier pérdida.</i> <i>Plazo de pago de primas 60 días.</i> <i>Pérdidas de derecho de suscripción.</i> <i>Falsificación extendida.</i> <i>Daños Físicos de bienes y predios.</i> <i>Protección de Depósitos Bancarios.</i> <i>Restablecimiento del Valor asegurado por valor automático hasta una vez por vigencia.</i> <i>Garantía de pago 60 días.</i> <i>Empleados no identificados.</i> <i>Amparo automático de nuevos predios y empleados.</i> <i>Costos legales y honorarios profesionales.</i> <i>Extensión para directores – según</i></p>

³⁴ Folio 10, cuaderno 2.

<p>(...) Cobertura para Directores. (...) Empleados no identificados.</p> <p>COBERTURAS ADICIONALES (...)"</p>		<p>HANC70. Errores u omisiones no intencionales. Extensión a las propiedades. Bono por no reclamación del 10% Extorsión a las personas. Pérdidas de derecho de suscripción. Daños a oficinas y contenidos. (...) Cláusula de renovación tácita-</p> <p>CLÁUSULA DE DEFINICION DE PÉRDIDA</p> <p>DONDE QUIERA QUE EL TÉRMINO PERDIDA SEA USADO EN LA POLIZA SE ENTIENDE QUE SIGNIFICA CUALQUIER PÉRDIDA O SERIE DE PÉRDIDAS ORIGINADAS EN EL MISMO EVENTO. UNA PÉRDIDA, PERDIDAS, O SERIE DE PÉRDIDAS CAUSADAS POR ACTOS U OMISIONES DE, O INVOLUCRADO CUALQUIER PERSONA DE LOS EMPLEADOS O NO, O ACTOS U OMISIONES EN LOS CUALES CUALQUIER PERSONA ESTÁ ENTERADA O IMPLICADA DEBERA SER TOMADO COMO UN MISMO EVENTO.</p> <p>CLAUSULADO CRIME GUARD Cláusula de Exclusión absoluta del cambio de milenio." (La negrilla no es del texto)</p>

9.1.3. Anexo contentivo de la *POLIZA CRIME GUARD* obrante en los folios 14 a 31 del cuaderno 2, el cual en lo pertinente contiene el siguiente texto:

"POLIZA CRIME GUARD

Considerando que el Asegurado nombrado en la carátula ha hecho una solicitud escrita la cual conviene será la base de este seguro y ha pagado o prometido pagar la prima indicada en la Carátula.

SECCION 1 – DESHONESTIDAD DEL EMPLEADO

*Esta sección indemniza al Asegurado después de una pérdida de Dinero, Títulos Valores u Otros Bienes que el Asegurado esté en capacidad de demostrar, hasta por un valor que no exceda el valor especificado en la carátula aplicable a esta sección, **como resultado directo de uno o más actos fraudulentos o***

deshonestos cometidos, por un empleado, actuando solo o en complicidad con otras personas, SIEMPRE Y CUANDO:

“1. Tales actos fraudulentos o deshonestos:

a. sean cometidos durante la vigencia del seguro identificada en la carátula y

b. sean cometidos por empleados contratados para el servicio normal del Asegurado dentro de los límites geográficos especificados en la carátula y

c. sean descubiertos de conformidad con la condición general 6 de (período de descubrimiento) de esta póliza y

2. Tales actos fraudulentos o deshonestos, tal y como están asegurados bajo esta sección, sean simplemente actos fraudulentos o deshonestos cometidos por un empleado con la intención manifiesta de:

a. Hacer que el asegurado sufra esa pérdidas y

b. Obtener beneficio financiero para el empleado o para alguna otra persona u organización que el empleado quiera que reciba que reciba tal beneficio, diferente de salarios, comisiones, honorarios, bonos, promociones, premios, utilidades, pensiones o cualquier otro beneficio laboral devengado en el curso normal de su trabajo.”

Pérdida causada por empleados no identificados

Si una pérdida pretende haber sido causada por fraude o deshonestidad de uno o más empleados y el asegurado no está en capacidad de identificar el o los empleados que causaron la pérdida, el Asegurado obtendrá de todas maneras el beneficio de esta sección, con sujeción a las disposiciones de esta póliza, siempre y cuando las pruebas presentadas comprueben, más allá de la duda razonable que la pérdida se debió a fraude o deshonestidad de uno o más empleados y además a condición de que la responsabilidad total de la compañía no exceda el límite de responsabilidad aplicable a esta Sección.” (La negrilla no es del texto).

9.1.4. Extracto del Acta 002 de la Junta Directiva de la Imprenta Nacional de Colombia, celebrada el 14 de julio de 2000 (folios 32 a 39 cuaderno 2), en la cual la Gerente General presentó un informe en el punto titulado *SITUACION FINANCIERA DE LA EMPRESA*, en los siguientes términos:

“Es necesario valorar el portafolio de inversiones de manera que refleje su verdadero valor de mercado de acuerdo con las normas expedidas por la Contaduría General de la Nación (Circular externa 019 de 1997 y Procedimiento 005 /97). Esta operación afectará de manera negativa los estados financieros en una cifra cercana a \$1.500 millones.

Esta pérdida tan importante no se explica solamente por la diferencia entre la tasa DTF y la tasa móvil de TES, sino que tiene su principal origen en la operación de compra en el mercado secundario realizada en mayo 10 del presente año a tasas significativamente inferiores a las [tasas] del mercado vigentes para el día de la operación, lo cual se demuestra como sigue:

Valor Nominal	10.347'900.000	5.000'000.000	1.700'000.
---------------	----------------	---------------	------------

			000
<i>Fecha de Vencimiento</i>	<i>Febrero 4/2005</i>	<i>Octubre 25/2002</i>	<i>Febrero 4/2005</i>
<i>Tasa de Compra</i>	<i>15% e.a.</i>	<i>15% e.a.</i>	<i>15.3% e.a.</i>
<i>Tasa de Mercado</i>	<i>19.4% e.a.</i>	<i>18.4%e.a.</i>	<i>19.4% e.a.</i>
<i>Valor de Compra</i>	<i>11.077'392.000</i>	<i>5.764'300.000</i>	<i>1.748'416.000</i>
<i>Valor de Mercado</i>	<i>9.395'077.837</i>	<i>5.433'543.484</i>	<i>1.544'950.729</i>
<i>Diferencia</i>	<i>(1.682'384.163)</i>	<i>(380'756.516)</i>	<i>(203'469.767)</i>

En esa misma fecha se vendieron, también en el mercado secundario, títulos por valor de \$21.150'380.221 y se adquirieron los arriba descritos en \$18.590'108.000 para generar liquidez de \$2.560'272.221. Estas operaciones se conocen como SWAPS y generalmente implican una extensión de plazo a cambio de obtener liquidez. En este caso además se redujeron las tasas de interés, razón por la cual es necesario ahora, registrar una pérdida muy significativa.

Para atender el giro que determinó el CONPES de \$5.123,4 millones, suma que debe entregarse en dos contados, cada uno de \$2.561,4 millones a pagarse en la primera quincena de julio y agosto, fue necesario vender en el mercado secundario el TES de valor nominal de \$5.000 millones, operación que produjo una pérdida de \$189 millones, de los cuales \$153 millones corresponden a capital, en razón a que como se mencionó anteriormente, este título se adquirió en mayo sin tener en cuenta las necesidades de liquidez de la Imprenta, en particular el compromiso de girar al Tesoro Nacional que a dicha fecha ya se conocía, si bien no la cuantía exacta si la necesidad de tener disponibilidad de un monto que era perfectamente predecible.”

9.1.5 Comunicación de julio 28 de 2000 suscrita por la Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, dirigida al señor Procurador General de la Nación, mediante la cual aportó a esa entidad los documentos relacionados con las operaciones de compra y venta de TES, efectuadas entre los días 10 a 13 de mayo de 2000 (folios 49 y 50, cuaderno 2).

9.1.6. Comunicación de julio 28 de 2000 suscrita por la Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, dirigida al señor Fiscal General de la Nación, mediante la cual aportó a esa entidad los documentos relacionados con las operaciones de compra y venta de TES, efectuadas entre los días 10 a 13 de mayo de 2000 (folios 51 y 52, cuaderno 2).

9.1.7. Comunicación de julio 28 de 2000 suscrita por la Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, dirigida al señor Contralor General de la República, mediante la cual aportó a esa entidad los documentos relacionados con las operaciones de compra y venta de TES, efectuadas entre los días 10 a 13 de mayo de 2000 (folios 55 a 57, cuaderno 2).

9.1.8. Oficio No. 9.020 de la Fiscalía 74 de la Unidad de Delitos contra el Orden Económico y Social, mediante el cual informó a la Gerente de la Imprenta Nacional que se abrió investigación penal en contra los señores Efraín Francisco Mendoza Córdoba y Carlos Fernando Aguilar Ávila (folio 38, cuaderno 2).

9.1.9. Oficio No. 238 de mayo 8 de 2003 mediante el cual la Fiscalía 72 Unidad de Delitos contra el Orden Económico y Social informó al Tribunal Administrativo de

Cundinamarca que le fue reasignado el sumario No. 504777, y resolvió la situación jurídica de los imputados mediante providencia de diciembre 26 de 2002, cuya copia se adjuntó, así:

“ABSTENERSE de imponer medida de aseguramiento en contra de CARLOS FERNANDO AGUILAR ÁVILA, EFRAÍN FRANCISCO MENDOZA CORDOBA, MARTHA INÉS NAVARRO CORREDOR Y RAFAEL CUELLAR MOLANO, por no cumplirse los requisitos exigidos en el artículo 356 del C.P.P.” (Folio 235, cuaderno 2).

En el citado oficio se advirtió que la mencionada providencia se encontraba en trámite del recurso de apelación.

9.1.10. Carta 1700 00069/2000 de 8 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia, en la cual solicitó a la Directora General del Tesoro Nacional, en cumplimiento del Decreto 811 de 1998, la rotación y reinversión de cinco títulos identificados en la referida comunicación (folio 294, cuaderno 2).

9.1.11. Comunicación No. 1043 de mayo 9 de 2000 en la cual la Directora General de Tesoro Nacional informó al Gerente General de la Imprenta Nacional de Colombia que por restricciones del flujo de caja no estaba interesada en comprar los títulos ofrecidos (folio 285, cuaderno 2).

9.1.12. Venta de TES por valor nominal de \$12.732'300.000, soportada así:

9.1.12.1. Carta No. 1700 00072/2000 de 10 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular trasladar los TES por valor nominal de \$12.732'300.000 con vencimiento octubre 25 de 2002, a Gabriel Ferrero y Cia S.A. (DCV 203 001).

9.1.12.2. Carta 1700 00075/2000 de 10 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia dirigida a Soluciones Financieras Inmediatas, en la cual confirma que:

“(..) vendí a Ustedes TES por Valor Nominal de \$12.732'300.000,oo con fecha de vencimiento en octubre 25 de 2002, por un valor de \$15.077'273.275”.

9.1.12.3. Carta 1700 00076/2000 de 10 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular recibir la suma de \$10.072'988.221, para ser abonado a la cuenta corriente No. 060-00005 -6 de la Imprenta Nacional de Colombia (folio 287. cuaderno 2).

9.1.12.4. Nota crédito de 10 de mayo de 2000 expedida por el Banco Popular a la cuenta de la Imprenta Nacional de Colombia, en la cual consta el abono por traslado SEBRA por la suma de \$10.072'988.221.

9.1.13. Compra de TES por valor nominal de \$1.700'000,000 soportada así:

9.1.13.1. Carta 1700- 00081 – 2000 de 12 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia, dirigida al Banco Popular en la cual solicitó debitar la cuenta corriente No. 060-00005-6 por la suma de \$1.557'761.000,00 y trasladar Vía Sebra al DCV código 203 00 1 de Gabriel Ferrero & Cia S.A.

9.1.13.2. Carta 1700 00082/2000 de 12 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó recibir los TES por valor nominal de \$1.700'000.000 con vencimiento febrero 4 de 2005, de Gabriel Ferrero y Cía S.A., (DCV 203 00 1) y abonarlos al contrato DCV No. 002 00 2 1349 -1.

9.1.13.3. Comunicación 060 1482 del Banco Popular mediante la cual envió a la Imprenta Nacional de Colombia los soportes contables de las transferencias realizadas el 12 de mayo de 2000 por el sistema SEBRA, por valor de \$1.557'761.000 y \$3'115.522, por concepto del traslado ordenado con carta 081 del 12 de mayo de 2000 y la contribución del dos por mil de la transacción, respectivamente (folios 266 a 268, cuaderno 2).

9.1.14. Compra de TES por valor nominal de \$5.000'000.000

9.1.14.1. Carta de mayo 11 de 2000 suscrita por la Directora Administrativa y Financiera de SANUT Asociación Civil, NIT 830.047.138-1, dirigida a la Imprenta Nacional de Colombia en la cual confirmó la operación de venta de TES por valor nominal de \$5.000'000.000 con tasa de cupón de 18% año vencido y vencimiento el 25 de octubre de 2002, por un valor total de \$5.764'300.000,oo los cuales solicitó girar así: \$5.430'000.000 para abonar a BANESTADO y la suma de \$334.300'000 "*en cheque de gerencia con cruce sencillo a favor de SANUT A.C.*".

9.1.14.2. Carta 1700 00079/2000 de 11 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular debitar la Cuenta Corriente 060-00005 -6 por la suma de \$334'300.000 y expedir cheque de gerencia con cruce sencillo a SANUT A.C. Nit 830.047.138-1 (folio 302, cuaderno 2).

9.1.14.3. Carta 060-1464 de mayo 12 de 2000 dirigida por el Gerente del Banco Popular al Gerente General de la Imprenta Nacional, en la cual adjuntó copia del cargo a la cuenta corriente No. 060.005- 6 según la autorización 1700-0079/ 2000.

9.1.14.4. Carta 1700 00077/2000 de 11 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular debitar la suma de \$5.430'000.000 y trasladar esa suma, vía SEBRA, al DCV código 020 00 (BANESTADO)

9.1.14.5. Carta 1700 00078/2000 de 11 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular recibir los TES por valor nominal de \$5.000'000.000 con vencimiento octubre 25 de 2002, de BANESTADO (DCV 020 00) y abonarlos al contrato DCV No. 002 00 2 1349 -1.

9.1.14.6. Carta 060-1465 de mayo 12 de 2000 dirigida por el Gerente del Banco Popular al Gerente General (E) de la Imprenta Nacional de Colombia con la cual adjuntó copias de las notas debito por la suma de \$5.430'000.000 por concepto de la transacción ordenada con oficio del 11 de mayo de 2000 y por valor de \$10'860.000 por concepto de contribución del dos por mil de la respectiva transacción.

9.1.15. Compra de TES por valor nominal de \$1.700'000.000 soportada así:

9.1.15.1. Carta de mayo 12 de 2000 suscrita por la Directora Administrativa y Financiera de SANUT Asociación Civil, NIT 830.047.138-1, dirigida a la Imprenta Nacional de Colombia en la cual confirmó la operación de venta de TES por valor NOMINAL DE \$1.700'000.000 con tasa de cupón de 15% año vencido y vencimiento el 4 de febrero de 2005, por un valor total de \$1.748'416.000 los cuales solicita girar así: \$1.557'761.000 para abonar a Gabriel Ferrero & Cia. S.A., y la suma de \$190'655.000 *“en cheque de gerencia con cruce sencillo a favor de SANUT A.C.”*

9.1.15.2. Carta 1700 00080/2000 de 12 de mayo de 2000, suscrita por el Gerente (E) de la Imprenta Nacional de Colombia en la cual solicitó al Banco Popular debitar la Cuenta Corriente 060-00005 -6 por la suma de \$190'655.000,00 y expedir cheque de gerencia con cruce sencillo a SANUT A.C., Nit 830.047.138-1 (folio 298, cuaderno 2).

9.1.15.3. Comunicación 060 de mayo 15 de 2000 en la cual el Banco Popular envió copia de la nota débito por valor de \$190'655.000 correspondiente al cheque de gerencia girado a SANUT A.C., solicitado con oficio No. 170000090/2000 de mayo 12 de 2000.

9.1.16. Extracto del Depósito Central de Valores del Banco de la República (DCV) acerca de la cuenta del Banco Popular –Imprenta Nacional de Colombia, de fecha 3 de agosto de 2000.

9.1.17. Inventario de Inversiones de la Imprenta Nacional de Colombia con fecha de corte 28 de abril de 2000.

9.1.18. Circular DTN SF 02 de 11 de mayo de 2000, expedida por la Directora General del Tesoro Nacional con destino a las Entidades Públicas suscriptoras de TES, con sello de recibido el 12 de mayo de 2000 en la Imprenta Nacional, mediante la cual se informa la unificación en el sistema SEN del Banco de la República de los diferentes títulos de tesorería TES que se realizaría a partir del 22 de mayo de 2000 y se les solicitó a las entidades *“abstenerse en la medida de lo posible, de negociar TES de inversión obligatoria o convenida antes de la fecha citada.”*

9.1.19. Resolución No. 09 de agosto 31 de 2001 expedida por la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá (folios 328 a 355, cuaderno 2) por la cual se decidió la investigación abierta a raíz de la queja presentada por la Imprenta Nacional de Colombia respecto de las operaciones realizadas entre los días 10 y 13 de mayo de 2000, en las que habría participado la firma comisionista Gabriel Ferrero y Cía., S.A., para realizar operaciones por cuenta de su cliente Soluciones Financieras, en la cual se concluyó lo siguiente:

“De conformidad con las anteriores pruebas en opinión de la Sala no se encuentra probado que Soluciones Financieras no estuviera actuando en nombre y por cuenta propia en las operaciones glosadas por la Administración de la Bolsa, actividad que, por lo demás y como bien lo exponen los investigados pueden desarrollar las mesas de dinero”

Por lo anterior no se configura el cargo predicado³⁵ por la Administración de la Bolsa contra la sociedad comisionista Gabriel Ferrero y Cía. S.A. y la doctora

³⁵ Cargo presentado en relación con el presunto desconocimiento de la prohibición de celebrar negocios con corredores de valores cuando éstos actúan en nombre o por cuenta ajena, consagrada en la Circular Externa 05 de 1991 expedida por la Superintendencia de Valores.

Bonilla Uribe, consistente en haber infringido el numeral 5 de 1991 de la Superintendencia de Valores.

(...)

En mérito de lo expuesto la Cámara de la Bolsa,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- *Abstenerse de sancionar a la sociedad Gabriel Ferrero y Cía. S.A., y a la doctora Adriana Bonilla Uribe, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.”*

9.1.20. Comunicación de diciembre 1 de 2000 suscrita por el representante legal de BBVA Seguros Ganadero S.A., mediante la cual informó a la Imprenta Nacional de Colombia sus conclusiones acerca del análisis de la documentación aportada en relación con el Siniestro No. 1*01*26122 – Compra de TES, en referencia con la Póliza de Manejo No. 0914 y manifestó lo siguiente:

“Por todo lo anterior y en virtud de los argumentos y fundamentos anotados, BBVA SEGUROS GANADERO S.A., se ve precisado a “OBJETAR INTEGRAL Y FORMALMENTE la reclamación presentada, reservándose el derecho de ampliar los argumentos que fundamentan esta objeción en defensa de sus intereses.”

9.1.21. Comunicación 1700-00237/2000 suscrita por la Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, dirigida a Delima Marsh, con radicación de fecha septiembre 28 de 2000, mediante la cual presentó reclamación formal por el siniestro ocurrido en la empresa en el mes de mayo de 2000, el cual, según la carta, se derivó de la compra de TES a unas tasas muy inferiores a las del mercado, razón por la cual la Imprenta sufrió considerables pérdidas.

9.1.22. Comunicación de julio 6 de 2001, suscrita por la Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia dirigida al representante legal de BBVA Seguros Ganadero S.A., en la cual dio respuesta a la comunicación de 10 de diciembre de 2001, relacionada con el siniestro de la póliza No. 0914 (folios 43 a 69 cuaderno 2).

9.1.23. Comunicación 032686 de 10 de enero de 2002, suscrita por la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, dirigida a la Gerente de la Imprenta Nacional, en la cual dio traslado del aviso de apertura de investigación disciplinaria contra los doctores Efraín Francisco Mendoza Córdoba y Oscar Mariño Hernández, en su condición de Gerente General (E) y Subgerente Administrativo de la Imprenta Nacional de Colombia, de acuerdo con el oficio remitido por la Procuraduría Segunda Delegada para la Moralidad Pública (folio 36, cuaderno 2).

9.1.24. Oficio de la Imprenta Nacional de Colombia radicado el 18 de junio de 2004 (folio 122 cuaderno 1), en respuesta al requerimiento de aportar pruebas, emitido por el Tribunal *a quo*, con el cual la Imprenta Nacional de Colombia entregó los siguientes documentos:

9.1.24.1. Soportes bancarios emitidos por el Banco Popular en relación con el traslado de títulos en la cuenta del Depósito Centralizado de Valores DCV y los pagos realizados por la Imprenta Nacional de Colombia a la firma SANUT AC por la suma \$524' 955.000.

9.1.24.2. Oficio suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional de Colombia en el cual manifestó que de conformidad con el artículo 22 del Decreto 2649 de 2000 *“la Contraloría General de la República es la entidad encargada de adelantar auditorías integrales y control fiscal a esta entidad.”*

9.1.24.3. Relación de las reuniones de Junta Directiva de la Imprenta Nacional de Colombia celebradas en el año 2000.

9.2. Interrogatorio de parte

En la diligencia de interrogatorio de parte practicado en cabeza de la representante legal de la Imprenta Nacional de Colombia, manifestó que se enteró de las operaciones sobre los TES en virtud de la información suministrada por el Subgerente Administrativo y Financiero de la entidad y para explicar las operaciones realizadas con los TES adjuntó el informe suscrito por el mencionado Subgerente con fecha 1 de octubre de 2003 el cual presentó con veinte (20) anexos (folios 71 a 111, cuaderno 1), dentro de los cuales se destacan los siguientes documentos:

9.2.1. Comunicación radicada al No. 046 de enero 11 de 2000 (folio 104, cuaderno 1) en el cual la Directora General del Tesoro Nacional informó a la Imprenta Nacional que por *“restricciones del flujo de caja, esta Dirección no está interesada en la compra [de TES por valor de \$12.162’500.000 con vencimiento 3 de mayo y 9 de agosto de 2002]”* y agregó lo siguiente:

“En consecuencia, según las disposiciones del decreto 1013 de 1995, pueden liquidar la inversión en el mercado secundario, operación en la que la entidad no podrá registrar pérdida por concepto de capital; sugerimos obtener por lo menos tres cotizaciones y adjudicar a la mejor de las propuestas recibidas.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 20 del Decreto 811 de 1998, los recursos obtenidos por la negociación deben destinarse a atender los compromisos de gasto de la entidad o para rotar el portafolio de los TES; cualquier remanente, en el primer caso, o la liquidez generada por la venta, en el segundo, deberá invertirse de manera obligatoria en TES del mercado primario.”

9.2.2. Comunicación 1700-00052/2000 de fecha 3 de abril de 2000 mediante la cual el Gerente General de la Imprenta Nacional de Colombia en cumplimiento del Decreto 811 de 1998, ofreció para rotación y reinversión dos títulos, el primero por valor nominal de \$12.732’3000.000 con vencimiento el 25 de octubre de 2002 y tasa del 13.50 A.V., y el segundo por \$4.474’000.000 con vencimiento el 12 de abril de 2001 y la tasa del 18.7%.

9.2.3. Comunicación de la Directora General del Tesoro Nacional - Ministerio de Hacienda, radicada con el No. 0797 de abril 4 de 2000 (folio 111, cuaderno 1), dirigida al Gerente de la Imprenta Nacional de Colombia, en la cual informó:

“La Dirección General del Tesoro Nacional por restricción del flujo de caja no está interesada en comprar títulos por valor nominal de \$12.732’3000.000 con vencimiento el 25 de octubre de 2002 y tasa del 13.50 A.V., ni de \$4.474’000.000 con vencimiento el 12 de abril de 2001 y la tasa del 18.7%”

9.2.4. Comunicación de la Directora General del Tesoro Nacional - Ministerio de

Hacienda radicada con el No. 833 de abril 12 de 2000, dirigida a la Imprenta Nacional, en la cual informó que la Dirección General del Tesoro Nacional “*está interesada en tomar los \$5.000 millones, disponibles para inversión a la fecha*” y agregó:

“Al respecto de acuerdo con lo convenido, la IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA deberá suscribir TES del mercado primario con plazo de cinco (5) años, contados a partir del 4 de febrero de 2000, y tasa de interés efectiva anual del 17.58%.”

9.2.5. Comunicación de la Directora General del Tesoro Nacional - Ministerio de Hacienda radicada con el No. 923 de abril 25 de 2000 (folio 107, cuaderno 1), dirigida a la Imprenta Nacional, en la cual informó que la Dirección General del Tesoro Nacional “*está interesada en tomar los \$500 millones, disponibles para inversión a la fecha.*”

9.2.6. Comunicación de la Directora General del Tesoro Nacional - Ministerio de Hacienda, radicada con el No. 1043 de mayo 9 de 2000, dirigida al Gerente de la Imprenta Nacional, en la cual informó que “*por restricciones del flujo de caja, no está interesada en comprar títulos ofrecidos*” (folio 98, cuaderno 1).

9.2.7. Relación de títulos vendidos el 10 de mayo de 2000, la cual resume las transacciones realizadas en esa fecha, suscrita por el Contador Público de la Imprenta Nacional de Colombia, en la cual relacionó tres operaciones e indicó en la columna de “*diferencia (ingreso/pérdida)*” un monto negativo (pérdida) de menos \$856'067.035, en relación con la valoración acumulada a abril 30 de 2000.

9.2.8. Acerca de las operaciones de compra de TES, el informe del Subgerente Administrativo y Financiero de la Imprenta Nacional indicó que con parte de los recursos liberados en la operación de mayo 10 de 2000, por valor de \$18.590'108.000, se adquirieron nuevos TES en el mercado secundario, “*sin cumplir con el requisito legal de ofrecerlos en primer lugar al Tesoro Nacional, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 811 de 1998*”.

9.2.9. Comunicación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con radicación No. 1483 del 5 de julio de 2000 suscrito por la Directora del Tesoro Nacional en la cual informó que en cumplimiento del Decreto 111 de 1996, el CONPES en sesión del 28 de junio de 2000 dispuso la distribución de excedentes financieros de los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y solicitó a la Imprenta Nacional de Colombia la consignación a órdenes del Tesoro, en dos cuotas de \$2.561'700.000 cada una, “*las primeras quincenas de los meses de julio y agosto de 2000 respectivamente*” (folio 76, cuaderno 1).

9.3. Testimonios

El día 12 de mayo de 2003 el Tribunal *a quo* recibió los siguientes testimonios:

El señor Ismael Enrique Coral Camargo, Director de Gestión Jurídica de la compañía BBVA Seguros Ganadero S.A., quien se refirió a las reuniones realizadas para conocer de la reclamación presentada por la Imprenta Nacional de Colombia y explicó los argumentos por los cuales se negó la reclamación.

El señor Efraín Francisco Mendoza Córdoba, Gerente encargado de la Imprenta Nacional de Colombia para la época de los hechos -27 de diciembre de 1999 a 9 de junio de 2000- quien manifestó haber ingresado a la Imprenta Nacional desde

el 4 de diciembre de 1998 como Jefe de Control Interno y luego como Subgerente Administrativo y Financiero de la entidad y finalmente como Gerente encargado; señaló que ante la necesidad de atender los requerimientos de liquidez para pagar obligaciones y conseguir descuentos por pronto pago con los proveedores de la Imprenta Nacional de Colombia, se realizó un SWAP, con la “asesoría” de la firma Soluciones Financieras, el cual generó un excedente de \$2.500'000.000 aproximadamente (folios 197 a 200, cuaderno 2) y agregó lo siguiente:

“Las operaciones fueron estructuradas para vencimiento en el 2005 de ahí que el informe de la Superintendencia de Valores de julio 10 de 2002, en el último párrafo del numeral 9 manifiesta “ (sic) si la imprenta nacional hubiera esperado hasta el 12 de septiembre o el 13 de noviembre de 2001, para vender los títulos de su posición inicial considerando que estos se encontraban en su portafolio por valor de DIEZ Y NUEVE MIL QUINIENTOS TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS al 10 de mayo de 2002, esto hubiera significado una utilidad para la entidad pública de DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL SETESCIENTOS VEINTISIETE PESOS Y MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA MIL PESOS EN SU ORDEN, si el mismo experto de la Superiores reconoce esta futura utilidad no entiendo porqué la nueva administración de la Imprenta me quiere involucrar o me señala como si hubiera realizado algún ilícito (...) creo que no hubo precaución por parte de la actual administración al salir a redimir los títulos tal y como se estructuró al momento mismo de la venta (...)”.

El testigo manifestó que la firma de corredores Gabriel Ferrero y Compañía sirvió de puente en su sistema electrónico para la venta de los TES y afirmó que las operaciones se realizaron en el mercado llamado OTC (OVER THE COUNTER) o mercado mostrador, “ya que el 80% de las transacciones bursátiles en su generalidad se mueven en esta forma”.

Igualmente afirmó que la citada corredora de valores perdió una fuerte suma de dinero en su operaciones sobre TES, para lo cual anexó copia de los artículos publicados por el Diario El Tiempo y Portafolio, el día 23 de agosto de 2002, los cuales, según el testigo, ofrecieron una visión de lo que hubiera podido perder la Imprenta Nacional de Colombia si hubiera apostado a las tasas altas, debido a la especulación desatada en el mercado de valores para la época.

Acerca de los controles sobre las operaciones respectivas, el señor Efraín Mendoza Córdoba indicó lo siguiente:

“PREGUNTADO: obtuvo usted algún tipo de aval de la Junta Directiva de la Imprenta Nacional para la realización de estas inversiones. **CONTESTÓ:** No, porque incluso desde la gestión del gerente anterior, estas operaciones se manejaban directamente por la gerencia sin consultar a nadie, lo importante era cumplir con el requisito de ley de informar al tesoro nacional si estaba interesado en comprar los títulos o no, trámite este que se cumplió. **PREGUNTADO:** Se realizaba algún tipo de auditoría respecto de este tipo de operaciones al interior de la Imprenta Nacional **CONTESTÓ:** Que yo sepa ninguno y nunca me cuestionó ningún organismo interno de control.”

10. El caso concreto.

En el caso concreto, la Sala se concentrará en las pruebas acerca de tres aspectos que constituyen el fundamento que tuvo el Tribunal a quo para

establecer que la compañía aseguradora no estaba en la obligación de pagar una indemnización bajo la cobertura de la Póliza de Seguro No 0914 y a la vez se identifican como el asunto central del recurso de apelación:

- La prueba del dolo.
- El daño causado al patrimonio de la Imprenta Nacional de Colombia por razón de las operaciones adelantadas por el Gerente General encargado.
- La relación de causalidad entre los actos de los empleados y las pérdidas cuya indemnización se demandó.

10.1. La prueba del dolo.

De acuerdo con la sentencia de primera instancia no se encontró probado el requisito de la letra b) de la Sección I de la cláusula de la póliza *CRIME GUARD*³⁶, en cuanto a la intencionalidad dolosa del empleado en las operaciones con los TES para generar el beneficio “**que el empleado quiera que un tercero reciba**”, según la condición de la póliza de seguro No. 0914 de infidelidad y riesgos profesionales, teniendo además en cuenta que la definición de la cobertura básica era la siguiente:

*“Pérdidas que sufra el asegurado como consecuencia de uno o más **actos dolosos** cometidos por cualquier empleado como autor o copartícipe de los mencionados actos.” (La negrilla no es del texto).*

La Sala observa que en el presente caso las ventas y compras de Títulos TES fueron ordenadas o aceptadas por el Gerente encargado, según las cartas suscritas por él, amén de que en su declaración ante el Tribunal *a quo* manifestó claramente su autoría sobre la estructuración de las operaciones y afirmó que no requería aprobación de la Junta Directiva y que el único requisito para negociar los TES era el de ofrecer previamente los títulos a la Dirección del Tesoro Nacional, con lo cual estimó que había cumplido.

Por otra parte se recuerda que la legislación vigente para la época de los hechos le imponía a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado –como lo era la Imprenta Nacional de Colombia- la obligación de ofrecer los TES a la Dirección del Tesoro y si esa entidad no aceptaba comprar los títulos era obligación de la Imprenta Nacional de Colombia realizar las operaciones correspondientes a través de intermediarios vigilados por la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Valores, en los términos del Decreto 798 de 1997.

En este proceso se encuentra probado que el Gerente encargado acordó directamente la venta inicial de un título TES, por valor nominal de \$12.732'300.000 con vencimiento a octubre 25 de 2002, con Soluciones Financieras empresa unipersonal, según dio cuenta la Carta 1700 00075/2000 de 10 de mayo de 2000³⁷ y la investigación de la Bolsa de Bogotá relacionada en los antecedentes de la Resolución 09 de agosto 31 de 2001³⁸.

³⁶ “b. Obtener beneficio financiero para el empleado o para alguna otra persona u organización que el empleado **quiera que reciba** tal beneficio, diferente de salarios, comisiones, honorarios, bonos, promociones, premios, utilidades, pensiones o cualquier otro beneficio laboral devengado en el curso normal de su trabajo.”

³⁷ Prueba relacionada en el punto 9.1.12.2.

Se tiene igualmente probado que el precio acordado por la Imprenta Nacional de Colombia fue de \$15.077'273.000 y que en una operación subsecuente documentada con carta de venta de Soluciones Financieras el mismo 10 de mayo de 2010 se vendió el mismo título por parte de Soluciones Financieras E.U. a través de la Comisionista de Valores por la suma de \$13'734.968,625³⁹, según se lee en el cuadro de operaciones de venta de la referida investigación y en la descripción de la operación No. 03024 a que se refiere en la investigación de la Bolsa de Bogotá, de donde se tiene claramente establecido que el Gerente encargado de la Imprenta Nacional de Colombia acordó una venta directa de TES a Soluciones Financieras E.U., sin contar en esa venta con un intermediario autorizado por la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Valores.

Igualmente se probó que en las compras que el Gerente realizó los días 11 de y 12 de mayo de 2000, acordó dos compras directas de títulos TES por valor nominal de \$5.000'000.000 con vencimiento a 25 de octubre de 2002 y \$1.700'000.000 con vencimiento el 4 de febrero de 2005, con SANUT asociación civil, de acuerdo con el contenido de las cartas suscritas por la Directora Administrativa de esa asociación, en las cuales indicó un precio de \$5.764'300.000, para el primer título y \$1.748'416.000 para el segundo título.

Estos títulos fueron comprados en las mismas fechas por orden de Soluciones Financieras a través de Gabriel Ferrero y Cia., siendo vendedores el Banco del Estado y la misma sociedad comisionista, y se probó igualmente en el momento de realizar la operación de pago, el Gerente encargado de la Imprenta Nacional de Colombia dio orden de giro de dos cheques de gerencia sin cruce a SANUT AC, por la suma de \$334'300.000 y \$190'655.000 para un total de \$524'955.000⁴⁰.

Por otra parte se tiene probado que la obligación de realizar las ventas a través de intermediarios autorizados, le había sido específicamente informada al Gerente encargado por la Dirección del Tesoro Nacional en relación con una oferta de TES anterior, mediante comunicación radicada al No. 046 de enero 11 de 2000 (folio 104, cuaderno 1) y en todo caso se reitera que tal obligación se encontraba prevista en el Decreto No. 798 de 1997, con lo cual se concluye que estas operaciones de venta y compra no cumplieron con uno de los requisitos de ley.

Igualmente se tiene probado que el Gerente encargado tenía conciencia total de que Soluciones Financieras no era una sociedad Comisionista de Bolsa, puesto que él mismo manifestó en su declaración que era una *"mesa de dinero"*, circunstancia que se confirmó en la investigación de la Bolsa de Bogotá, en la cual además se estableció que era una empresa unipersonal, cuando se revisó la carpeta de cliente que esa empresa tenía en la Sociedad Gabriel Ferrero y Cía. S.A., por manera que el cliente de la Comisionista de Bolsa no era la Imprenta Nacional de Colombia sino la empresa Soluciones Financieras y que, por lo tanto, la Imprenta Nacional de Colombia operó a través de Soluciones Financieras, lo cual no le estaba permitido.

³⁸ Prueba relacionada en el punto 9.1.19.

³⁹ Diferencia explicada en la tasa de interés de las negociaciones.

⁴⁰ Soportes bancarios relacionados en la prueba 9.1.24.1. y cartas de 11 y 12 de mayo de 2000, relacionadas en los puntos 9.1.14.2. y 9.1.15.2.

En relación con Soluciones Financieras se probó que era una empresa que tenía capacidad legal para hacer corretaje y otras operaciones sobre valores, de acuerdo con el certificado expedido por la Cámara de Comercio según dio cuenta la investigación de la Bolsa de Bogotá⁴¹, pero ha de advertirse que ese tipo de empresas sólo podían ordenar operaciones en el mercado de valores a través de un Intermediario de Valores autorizado y que debía actuar por cuenta y en nombre propio o sea con recursos propios, toda vez que la intermediación en el mercado de valores con recursos de terceros sólo estaba permitida a las sociedades comisionistas de valores, de conformidad con la Resolución No. 400 de 1995⁴².

En los antecedentes de la investigación realizada por la Cámara Disciplinaria de la Bolsa de Bogotá se encuentra la documentación con la cual se corrobora todo lo dicho en cuanto que el Gerente encargado de la Imprenta Nacional de Colombia vendió el Título TES por valor nominal de \$12.732'300.000 a Soluciones Financieras Integradas E.U., y la calidad en que esa empresa intervino como parte compradora y vendedora, así:

“I. ANTECEDENTES

Que la Administración de la Bolsa de Bogotá en adelante la Administración de la Bolsa, procedió a revisar la documentación remitida por La Imprenta, estableciendo que para dicha entidad pública se estructuraron y ejecutaron las siguiente operaciones que podrían configurar una operación swap:

OPERACIONES DE VENTA

fecha op.	Especie	Vr NOMINAL	DIAS VCTO	OPERACION VALOR VENTA DE LA IMPRENTA	TASA	RENTABILIDAD DE VENTA AL MERCADO O CETES	VALOR DE VENTA AL MERCADO
10-may-00	TES B	12.732.300.000	898	15.077'273.727	13,50	18.81%*	13'734.968.625
10-may-00	TES B	5'812.300.000	1.731	5'569.662.561	17,58	14,00%**	6'222.067.150
10-may-00	TES B	535'600.000	1.731	503'443935	18,22	14,00%**	573'359.800
21'150.380.223							Total pérdida

* *Corresponde a la tasa de negociación del título por Bolsa.*

** *Estos títulos fueron vendidos por La Imprenta y recomprados el mismo día a una tasa del 14 E.A.*

⁴¹ Prueba relacionada al punto 9.1.20, en el aparte que se refiere a la vinculación comercial de Soluciones Financieras E.U. Empresa Unipersonal.

⁴² Para los corredores de valores no vigilados, comúnmente conocidos como *mesas de dinero*, sólo estaban permitidas las operaciones swap con recursos propios, en cuanto debían obrar en nombre y por cuenta propia.

OPERACIONES DE COMPRA

fecha op.	Especie	Vr NOMINAL	DIAS VCTO	OPERACION VALOR VENTA DE LA IMPRENTA	TASA	RENTABILIDAD DE VENTA AL MERCADO O CETES	VALOR DE VENTA AL MERCADO
10-may-00	TES B	6.347'900.000	1.731	7.795'426.950	14,00%	14,00%	6.795'426.950
10-may-00	TES B	4.000'000.000	1.731	4.282'000.000	14,00%	19,323%	3.639'920.000
11-may-00	TES B	5.000'000.000	897	4.764'300.000	15,00%	18,574%	5.418'950.000
10-may-00	TES B	1.700'000.000	1.731	1.748'416.000	15,30%	19,12%	1.557'761.000
				18.590'108.000			Total Utilidad

“Al analizar las anteriores operaciones la Administración de la Bolsa estableció que La Imprenta habría liberado recursos del orden de \$2.560 millones aproximadamente, **asumiendo un elevado costo financiero representado en un ingreso estimado de \$558 millones para quienes diseñaron y ejecutaron las operaciones, costos que se tradujeron en la adquisición de Tes por debajo de las condiciones de mercado.** Adicionalmente observó que el plazo promedio del portafolio de esa entidad pública aumentó en 335 días.” (Folio 329, cuaderno 2).

(...)

a) Vinculación comercial de Soluciones Financieras a la Firma Comisionista.

(...)

Durante el análisis de los documentos relacionados con Soluciones Financieras la Administración de la Bolsa de Bogotá verificó que según el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 20 de Octubre de 1999, documento que figura anexo al mencionado formato de apertura de cuenta, dicha empresa realiza, además del contrato de corretaje de valores, otras actividades relacionadas con valores.

(...)

b) Sobre los aspectos operativos y contables de las operaciones efectuadas para Soluciones Financieras.

b.1) Venta de 12.732'300.000 nominales de TES

Mediante la Operación Número 03024 registrada el 10 de mayo de 2000 y cumplida el 11 del mismo mes y año, **Soluciones Financieras vendió la**

cantidad nominal de \$12.732'300.000, en la suma de \$13.734'968.625. El comitente comprador fue el Banco Popular.

(...)

Así mismo se apreció que mediante la comunicación número 1700-0075/2000 de la misma fecha **La Imprenta le confirmó a Soluciones Financieras la venta de los \$12.732'3000.000 en la suma de \$15.077'273.725.**

(...)

Ahora bien la referida operación número 03024 figura cumplida ante la Bolsa el 11 de Mayo de 2000 con el polígrafo número 44141 del 10 del mismo mes y año, por lo cual Gabriel Ferrero y Cía S.A., transfirió los títulos en cuestión al Banco Popular, entidad que los adquirió a través de la citada firma comisionista tal como se mencionó anteriormente.

Por otra parte, en desarrollo de la visita efectuada a la firma comisionista, la Administración⁴³ encontró la comunicación del 10 de mayo de 2000 dirigida a la misma por Soluciones Financieras, por medio de la cual solicitó lo siguiente

“Por medio de la presente solicitamos trasladar los derechos que poseemos sobre títulos TES en el DCV (...) así:

MINAL:

\$12.732'3000.000 CONVENIDOS.

FECHA DE VENCIMIENTO: OCT-25.2002

TASA DE CUPON 18% año vencido

RO

CODIGO 02 ENTIDAD 00 BANCO POPULAR

(...)

Del producto de la venta de TES, por valor nominal de \$12.732'300.000, solicitamos trasladar vía SEBRA a la subcuenta de La Imprenta Nacional en el Banco Popular número 02 00 2 1349-1, la suma de \$10.072'988.221, que de dicho valor se cobren los \$4.000'000.000, de TES comprados a ustedes en la fecha **y el saldo en un cheque a favor de SOLUCIONES FINANCIERAS INTEGRADAS.**” (Las negrillas no son del texto).

Sin embargo, la palmaria irregularidad de las operaciones de la Imprenta Nacional de Colombia con Soluciones Financieras NO permite a concluir acerca del dolo del Gerente encargado para la época de los hechos, entendido el concepto de dolo con la definición del artículo 63 del Código Civil –*la intención positiva de inferir injuria*-, por las siguientes razones:

- i) El Gerente encargado dijo haber realizado la operación con el fin de generar liquidez para la empresa y así en efecto resultó probado teniendo en cuenta que la nueva Gerente en su informe a la Junta Directiva indicó que las operaciones de compra y venta del 10 de mayo de 2000 se hicieron “*para generar una liquidez de \$2.560'272.221*” (folio 39, Cuaderno 2), aspecto que también se observó en el análisis de la Bolsa de Bogotá cuando se anotó que de acuerdo con las cifras de las operaciones de venta y compra realizadas por orden de Soluciones Financieras “*La Imprenta habría liberado recursos del orden de \$2.560 millones aproximadamente*”, además de que el Gerente encargado presentó en su escrito

⁴³ Se refiere a la Administración de la Bolsa de Bogotá.

de explicaciones una relación de proveedores y la identificación de los insumos que se pagaron por razón de papel, películas, planchas, productos químicos y otros propios de la actividad de la Imprenta Nacional de Colombia (folios 225 a 227, cuaderno 2).

- ii) Adicionalmente no existen elementos de juicio para inferir que el Gerente encargado tuviera la conciencia de generar un efecto lesivo a través de la operación de los TES, si se tiene en cuenta que afirmó que el Gerente anterior ya había realizado esas operaciones y que no conocía ninguna auditoría de las entidades de control de la Imprenta Nacional de Colombia acerca de tales negociaciones, lo cual se corroboró por la propia Imprenta Nacional de Colombia cuando fue requerida en este proceso para aportar las pruebas, entre ellas las auditorías realizadas a éste tipo de operaciones y no remitió ninguna, al paso que optó por contestar con una certificación de su Jefe de Oficina Jurídica según la cual de acuerdo con su régimen legal *“la Contraloría General de la República es la entidad encargada con competencia para adelantar auditorías integrales y el Control Fiscal de la Entidad”* (folio 122, cuaderno 1) lo cual confirmó que no hubo auditorías y por ello aparece como cierto que el Gerente encargado no conoció controles o límites a esas operaciones y, por lo tanto, no se le puede imputar un ánimo nocivo o la conciencia de poder estar obrando deliberadamente en forma lesiva, puesto que la propia Imprenta Nacional de Colombia no lo sometió a algún tipo de auditoría, la cual era una herramienta básica para la dinámica del control interno sobre la Administración y una obligación a cargo de la entidad de acuerdo con la Ley 87 de 1993⁴⁴.
- iii) Si bien las operaciones sobre los TES fueron claramente intencionales y totalmente comprendidas por parte del Gerente encargado como una modalidad de SWAP o permuta financiera para generar liquidez -como se aprecia de la solvencia con la que las explicó ante el Tribunal *a quo* y de la lectura a los documentos anexos que elaboró y entregó con su firma-, es precisamente por esas explicaciones que en que en este proceso no se le puede imputar la intención de causar daño *-animus nocendi-* toda vez que allí observó que en la estructuración de las operaciones tuvo el cuidado de no causar un detrimento patrimonial, el cual entendió de esta manera:

“En ningún momento hubo detrimento patrimonial porque los títulos se vendieron por valor en libros. Es decir el capital invertido más los intereses devengados desde la fecha de su compra” (folio 228, cuaderno 1).

Se observa entonces que el Gerente encargado obró bajo la convicción de que el detrimento patrimonial se configuraba sólo si vendían los títulos por debajo del *valor de capital invertido más intereses devengados*, lo cual en efecto no sucedió de acuerdo con las pruebas aportadas por la propia Imprenta Nacional de Colombia según se mostrará más adelante, puesto que en los tres casos operó por encima de tal valor.

⁴⁴ **“Artículo 9º.-** Definición de la unidad u oficina de coordinación del control interno. Es uno de los componentes del Sistema de Control Interno, de nivel gerencial o directivo, encargado de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía de los demás controles, asesorando a la dirección en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de los planes establecidos y en la introducción de los correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos. **Parágrafo.-** Como mecanismos de verificación y evaluación del control interno **se utilizarán las normas de auditoría generalmente aceptadas, la selección de indicadores de desempeño, los informes de gestión y de cualquier otro mecanismo moderno de control que implique el uso de la mayor tecnología, eficiencia y seguridad.**” (La negrilla no es del texto).

En apoyo a la interpretación del Gerente encargado se puede citar la comunicación radicada con el No. 046 de enero 11 de 2000 (folio 104, cuaderno 1) en la cual la Directora General del Tesoro Nacional informó a la Imprenta Nacional de Colombia que por “*restricciones del flujo de caja, esta Dirección no está interesada en la compra [de TES por valor de \$12.162’500.000 con vencimiento 3 de mayo y 9 de agosto de 2002]*” y agregó lo siguiente:

*“En consecuencia, según las disposiciones del decreto 1013 de 1995, **pueden liquidar la inversión en el mercado secundario, operación en la que la entidad no podrá registrar pérdida por concepto de capital**; sugerimos obtener por lo menos tres cotizaciones y adjudicar a la mejor de las propuestas recibidas.”* (La negrilla y subraya no es del texto).

Se aclara en este punto que la nueva Gerente presentó a la Junta Directiva el 14 de julio de 2000, la operaciones realizadas por el Gerente encargado con un reporte de pérdida originado en la venta por debajo del valor del mercado el cual se advierte que corresponde a una cifra diferente del valor del capital invertido y se recuerda que el valor de mercado se establece con base en el precio que están marcando las transacciones de títulos similares en el mercado de valores.

Sea cual fuere la forma de determinar un supuesto detrimento patrimonial⁴⁵ en las operaciones del mercado de valores⁴⁶, se concluye que en este caso la conducta del Gerente encargado consistente en negociar los títulos por debajo del valor de mercado tampoco puede determinarse como dolosa si se tiene en cuenta la diferencia conceptual que existió para establecer el daño causado en las operaciones del mercado de valores y, en consecuencia, la pérdida causada -si la hubo- no se encontró comprendida dentro de la cobertura de la Póliza de Seguro No. 0914, la cual –como se ha dicho desde el comienzo- se encontraba acotada a la pérdida causada por el acto *doloso* del empleado.

- iv) Al margen de esta conclusión, la Sala observa que el Gerente encargado de la Imprenta Nacional de Colombia omitió un deber legal cual era el de realizar las operaciones con los TES a través de intermediarios autorizados y por ello se califica su conducta como culposa frente a la carga de conocimiento que le correspondía como empleado responsable de tales operaciones, toda vez que “*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*” según los dictados de la Ley 57 de 1887, precepto que se encuentra incorporado en el artículo 9 del Código Civil y más aún esa culpa se considera *grave* tratándose de un empleado que tenía experiencia como Subgerente Financiero y Administrativo de la entidad, además de haber laborado como Jefe de Control Interno de la misma y tuvo que encontrarse consciente del importante valor de las operaciones, de la naturaleza del riesgo asumido en las mismas y de la condición del patrimonio público que

⁴⁵ El término “*detrimento patrimonial*” no fue utilizado en la Póliza de Seguro No. 0914 y en su momento no estaba definido como se encontró después en la Ley 610 de 15 de agosto de 2000, aunque se advierte que la norma lo definió para efectos de la responsabilidad fiscal, sin que esta definición pueda dar claridad sobre la tipificación de un supuesto detrimento patrimonial establecido con base en pérdidas registradas contablemente por efectos de la obligación legal de causar la valoración o desvalorización a precios de mercado. También se encuentra que en la póliza utilizada no existieron cláusulas como las que se consignan hoy para excluir de este tipo de contratos de seguro las pérdidas originadas en el denominado *riesgo de mercado*, el cual actualmente se encuentra claramente identificado.

⁴⁶ Cómo se ha indicado en la parte normativa, el Decreto 1525 de 2008 vino a referirse concretamente a la obligación de realizar las ventas a la Dirección del Tesoro a precios de mercado y sin afectar el *capital*.

administraba, por razón de la naturaleza de la Empresa Industrial y Comercial del Estado en la cual fungía nada menos que como su representante legal⁴⁷.

Siendo ello así, sin perjuicio del reproche que pueda merecer la conducta del Gerente encargado, se ratifica que en este caso no tiene cabida la reclamación de la Póliza de Seguro No. 0914.

10.2. Concepto del daño amparado

En la Póliza de Seguro No. 0914 se estableció una cláusula de “DEFINICION DE PÉRDIDA”, así

*“DONDE QUIERA QUE EL TÉRMINO PERDIDA SEA USADO EN LA POLIZA SE ENTIENDE QUE **SIGNIFICA CUALQUIER PÉRDIDA O SERIE DE PERDIDAS ORIGINADAS EN EL MISMO EVENTO. UNA PÉRDIDA, PERDIDAS, O SERIE DE PÉRDIDAS CAUSADAS POR ACTOS U OMISIONES DE, O INVOLUCRADO CUALQUIER PERSONA DE LOS EMPLEADOS O NO, O ACTOS U OMISIONES EN LOS CUALES CUALQUIER PERSONA ESTÁ ENTERADA O IMPLICADA DEBERA SER TOMADO COMO UN MISMO EVENTO.**” (La negrilla no es del texto)*

La parte demandante pretendió probar las pérdidas imputables a la operación del Gerente encargado, con base en una relación de títulos vendidos el 10 de mayo de 2000, la cual aportó con firma del Contador Público de la Imprenta Nacional de Colombia, en la que se lee que el valor girado por los tres títulos fue la suma de \$20.499'817.315 y el valor de venta de los mismos fue la suma de \$21.150'380.221, de lo cual se observa que en este aspecto no hubo pérdida alguna en relación con el capital invertido.

No obstante se mostró también en esta relación que frente al valor total de los títulos, establecido en la suma de \$22.007'347.256,80, el cual *incluía la valoración acumulada a abril 30 de 2000*, se registró una *diferencia* negativa en venta por la suma de \$856'067.035, según se observó en el cuadro suscrito por el citado Contador Público.

Se reitera que en las operaciones relacionadas no se reportó pérdida frente al valor girado, o valor de compra de los TES, puesto que en las tres ventas registradas se registró una venta por encima del valor de compra o capital invertido –tal como advirtió el Gerente encargado- y por ello la Sala considera que procede concluir que no se probó una pérdida que se enmarque dentro de la cobertura de la póliza de seguro No. 0914.

Vale la pena destacar que en el numeral 15 de la póliza “*Crime Guard*”, en el punto de “*Bases de Valoración*” de la pérdida (folio 31, cuaderno 2), se lee:

⁴⁷ La calificación del acto se encuentra acorde con el referente legal que vino a introducir la Ley 678 de 2001 en su artículo 6, en materia de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, así:

ARTÍCULO 6o. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.”

“En ningún caso la compañía será responsable con respecto a títulos por valor mayor al valor real en efectivo de tales títulos al cierre del negocio en el día hábil inmediatamente anterior al día en que se descubrió la pérdida”.

En este sentido y teniendo en cuenta que la *diferencia* negativa se generó en la valoración de los títulos y no con respecto al valor girado por la Imprenta Nacional de Colombia, se concluye que esa suma no hace parte del “*valor real en efectivo*” del patrimonio asegurado y, por tanto, no constituye base para valorar la pérdida amparada por la Póliza de Seguro No. 0914.

También se debe pronunciar la Sala sobre la operación realizada en el mes de julio de 2000 por parte de la Administración de la Imprenta Nacional de Colombia, sobre otro de los títulos TES del portafolio, la cual configuró una pérdida que sí afectó el capital invertido, según informó la nueva Administración a la Junta Directiva de la Imprenta Nacional de Colombia el 14 de julio de 2000, y reportó una pérdida de capital por \$153 millones de pesos, originada en la venta de un título TES de valor nominal de \$5.000'000.000 que la Imprenta Nacional de Colombia se encontró obligada a realizar para atender dos transferencias al Tesoro Nacional, ordenadas por el CONPES, dado que la primera cuota debía pagarse en los primeros quince días de julio de 2000, por valor de \$2.561 millones.

En relación con estos hechos se observa que la parte demandante no aportó más información sobre la venta realizada en el mes de julio de 2000 y no identificó los valores para establecer la pérdida, operación que no fue objeto de la investigación por parte de la Bolsa de Bogotá, ni aparece en los informes presentados al Tribunal *a quo*, por lo cual la Sala concluye que la parte demandante falló en la carga de la prueba de esa pérdida y que si la hubo no hay forma de establecer en este proceso su conexidad con las operaciones realizadas por el Gerente encargado que se invocaron como causa del daño.

Por otro lado, se observa que las transferencias ordenadas al CONPES sólo se conocieron por la Imprenta Nacional de Colombia el 5 de julio de 2000, cuando se recibió la carta de la Directora del Tesoro Nacional, en la cual informó acerca de la decisión adoptada el CONPES de fecha 29 de junio de 2000, esto es más de un mes después de las operaciones adelantadas por el Gerente encargado, por manera que no puede imputarse la pérdida en la venta que tuvo que realizar la Imprenta Nacional de Colombia en el mes de julio de 2000 a la conducta de dicho Gerente encargado, al paso que se observa que la Imprenta Nacional de Colombia no demostró que hubiera realizado oferta previa al Tesoro Nacional, ni que el título que se liquidó en ese momento hubiera sido el único disponible en el portafolio, ni tampoco se aclaró si hubiera podido evitar esa pérdida por algún otro mecanismo, como la solicitud de extensión del plazo para el pago a la misma Dirección del Tesoro Nacional.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que tampoco tiene cabida la pretensión de la demandante para que se condene a la compañía de seguros a indemnizar la pérdida supuestamente ocurrida en el mes de julio de 2000 bajo la cobertura de la Póliza de Seguros No. 0914.

10.3. La relación de causalidad entre los actos de los empleados y las pérdidas cuya indemnización se demandó.

Como se ha visto, la obligación de la compañía aseguradora en la póliza No. 0194 no comprendió la cobertura sobre las diferencias en la valoración de los títulos

TES, ni en las operaciones de inversión y desinversión, en tanto que se refirió en la bases de valoración de la pérdida al “*valor real en efectivo*” y no al valor contable o al comercial.

Se agrega aquí que aunque los títulos se debían reflejar en la contabilidad por su valor a precios de mercado y en consecuencia se podría causar un ingreso o egreso contable, tales variaciones sólo resultarían una realidad económica de pérdida efectiva en el momento de liquidar la respectiva inversión.

Ahora bien, se tiene que la causalidad de la pérdida por valoración obedeció al riesgo de mercado definido como el causado por la variación de la tasa de interés o la tasa de cambio en el mercado de valores, el cual claramente no se causó por “*actos u omisiones*” dolosas de los empleados, sino por el precio de mercado de los títulos, atado en este caso a la volatilidad de la tasa de los TES y por lo tanto, ajeno al actuar de los empleados.

Se probó también en el proceso que para la época de los hechos se presentaron factores ajenos que incidieron en el valor de los TES, toda vez que la Imprenta Nacional de Colombia tuvo que modificar su sistema de valoración de dichos títulos TES, para ajustarse a las circulares de la Contraloría General de la República, según se acreditó con lo informado a la Junta Directiva de la Imprenta Nacional de Colombia y que esa modificación dio lugar a registrar una pérdida contable de \$1.500 millones, a la vez que se probó que a finales del mes de mayo de 2000 tuvo lugar la unificación de los TES en el sistema SEN del Banco de la República, a raíz de lo cual se solicitó a las entidades públicas no negociar TES antes de 22 de mayo de 2000, según se acreditó con la circular DTN SF 02 de 11 de mayo de 2000 emitida por la Dirección General del Tesoro Nacional⁴⁸, por lo cual cabe concluir que hubo factores externos que incidieron en el registro de las inversiones en TES y en su precio de mercado, por lo tanto en este caso no se puede establecer causalidad entre los actos de los empleados y las pérdidas registradas.

En este orden de ideas se puntualiza que toda vez que las operaciones realizadas durante los días 10, 11 y 12 de mayo de 2000, señaladas por la Imprenta Nacional de Colombia como el origen de las pérdidas amparadas por el contrato de seguro de infidelidad y riesgos profesionales No. 0914, no constituyeron la causa demostrada de tales pérdidas, no existe relación de causalidad para condenar a la compañía aseguradora a su indemnización.

Así las cosas, de acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

Para finalizar este punto vale la pena observar que el presente pronunciamiento se realiza en relación con el objeto del contrato de seguro No. 0194 y no tiene en cuenta si los mismos actos fueron materia de falta fiscal o disciplinaria o si dieron lugar a un ilícito penal, nada de lo cual ha sido definido en este caso, ni importa para los efectos de la póliza de seguro No. 194, toda vez que los elementos de la cobertura otorgada por el referido contrato de seguro eran independientes por completo de la tipificación de las citadas fuentes de responsabilidad.

Por lo anterior, se considera igualmente ajustada a derecho la decisión del Tribunal *a quo* en cuanto procedió a dictar la sentencia de primera instancia sin lugar al trámite de prejudicialidad penal solicitado por la parte demandada.

⁴⁸ Prueba relacionada al número 9.1.19.

11. Costas

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el cuatro (4) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA