

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Ponente
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013)

ASUNTO: PROCESO ORDINARIO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ CONTRA LA COMPAÑÍA ASEGURADORA QBE SEGUROS S.A. RAD. 015-2008-00102-02 A LA QUE SE LE ACUMULÓ LA No. 015-2008-00590 00.

Discutido y aprobado en sesión de Sala de Decisión de 29 de Agosto de 2013, según acta No. 38 de la misma fecha.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, Cámara de Comercio de Bogotá, contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2013 por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. La Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, convocó a proceso ordinario a la compañía Aseguradora QBE Seguros S.A., para que se declare respecto de la **póliza No. 120100000574** las siguientes pretensiones principales que resume y sintetiza el Tribunal así:

a) Que entre ellos se celebró, el 29 de noviembre de 2005, el contrato de seguros que consta en la mencionada póliza y en las condiciones generales y particulares, anexos y demás documentos que integran dicho contrato, cuya vigencia era del 30 de noviembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006, con límite de cobertura de diez mil millones de pesos (\$ 10'000.000.000,oo.)

b) Que durante la vigencia del mencionado contrato, dio aviso a la compañía de seguros, del hecho de haber sido notificada en el mes de marzo de 2006 de la acción popular que promovieron las señoras Rosa Elvira Viracachá y María Omaira Cely Vargas, situación que constituye un reclamo presentado por terceros contra la CCB y que debe ser cubierto por la póliza, en el límite pactado, en el evento de que resultare responsable de pagar algún daño, reclamo, costos y gastos de reclamación.

c) Que la demandada está obligada a pagarle, en virtud del mismo contrato, los honorarios pactados o estipulados a la fecha por la CCB con el abogado Ricardo Hoyos Duque y con la firma Godoy y Hoyos Abogados Ltda., para la defensa de sus intereses dentro de esa acción constitucional, los cuales ascienden por concepto de suma fija a la cantidad de ciento treinta y cinco millones de pesos (\$135.000.000,oo) y por concepto de comisión de éxito a la cantidad de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000,oo) todo ello con el correspondiente IVA, o la suma que se demuestre en el proceso; y que de los montos que ya pagó por tal concepto, se le debe reconocer intereses de mora desde el momento de su desembolso hasta cuando se verifique el pago.

d) Que la demandada incumplió el citado contrato de seguro, toda vez que se negó a reembolsarle las sumas anteriormente citadas o cualquier otra que llegare a demostrar en la actuación.

De igual forma, solicitó la declaración subsidiaria de pretensiones que, valga decir, en su contexto son similares a las pretensiones principales.

2. Como supuestos fácticos, relató que las anteriores súplicas tienen como sustento el contrato de seguro contenido en la póliza No. 120100000574 que cubre su “*Responsabilidad Civil Errores y Omisiones*”, el cual surgió de la “*Invitación a proponer*” que les hiciera el día 7 de octubre de 2005 a las compañías aseguradoras, y de la oferta que con ocasión a ella efectuó QBE Seguros S.A.

Agregó, que dentro de las condiciones de la póliza, se estipuló la cláusula relativa a la responsabilidad civil imputable a ella, como consecuencia de errores y omisiones dentro de las siguientes actividades:

(i) “Administración de los registros públicos delegada a las Cámaras de Comercio: registro mercantil, registro de proponentes y registro de entidades sin ánimo de lucro y la administración de los recursos provenientes de los mismos”;

(ii) Para gastos de defensa civil y la “Extensión de cobertura para responsabilidad fiscal: Amparar la responsabilidad fiscal que se derive del detrimento patrimonial ocasionado por el recaudo, administración e inversión de recursos de origen público, cuando la conducta que da origen a la misma que ha sido cometida con culpa grave, son sublímite de Col.\$500.000.000”;

iii) “Extensión de cobertura para el cálculo y recaudo del impuesto de registro” y demás actividades que desarrolle la entidad en ejercicio de las funciones delegadas por el Estado o en su condición de entidad gremial de carácter sin ánimo de lucro; y

(iv) Condición denominada “*Claims made –Base de las indemnizaciones*”, que cubre reclamos de terceros presentados por primera vez al asegurado durante la vigencia de la póliza.

Adujo, que también se convino una cláusula indemnizatoria donde se estipuló que: “*La aseguradora acuerda, sujeto a los términos, limitaciones, exclusiones y condiciones de esta póliza, indemnizar al asegurado por las sumas por la cuales el asegurado resulte legalmente responsable de pagar por daños, reclamos, costos y gastos de reclamaciones como resultado de cualquier reclamo o reclamos efectuados en contra del asegurado y notificado a los suscriptores durante el periodo de vigencia del seguro, indicada en la carátula de la póliza y que sea proveniente de un acto negligente, error u omisiones por parte de: a) El asegurado; b) Cualquier director o empleado del asegurado, o c) Cualquier otra persona, personas, socios, firma o compañía actuando en nombre del asegurado; d) Por la conducta de los negocios del asegurado como es especificando en la carátula de la póliza; y, en cuanto a los costos y gastos pactó la aseguradora “pagar los costos y gastos de investigación y de defensa en los que se incurra para la liquidación de reclamos que sean objeto de cobertura en esta póliza”.*

2.1. Que, durante la vigencia de la póliza, 29 de noviembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006, la Cámara de Comercio recibió un reclamo de terceros representado en la acción popular que promovieron las ciudadanas Rosa Elvira Viracachá Tunarosa y María Omaira Cely Vargas, fundamentada en que la Cámara eludió el impuesto de registro de que trata la Ley 223 de 1995 que ascendía a la suma de \$12.349.461.050,00, cuando optó por inscribir el acto de liquidación final de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como acto sin cuantía, situación con la que afectó los intereses del departamento de Cundinamarca; que en caso de prosperar tal acción, la Cámara se vería obligada a cancelar ese

monto lo que implica un detrimento patrimonial significativo como *“resultado de errores y omisiones de la CCB en el ejercicio de sus actividades”*.

Agregó, que por tratarse de una acción constitucional tuvo que asumir de inmediato su defensa y para ello contrató con la firma de abogados Godoy y Hoyos Ltda., para que la asesorara en los aspectos tributarios del proceso, con quien pactó unos honorarios de \$ 45.000.000,00 más IVA, los cuales pagó; que también contrató al abogado Ricardo Hoyos Duque con el que acordó: - honorarios fijos de \$90.000.000 más el IVA, por la defensa dentro de la acción popular, - honorarios eventuales de (\$45.000.000) por defensa de 1 a 3 funcionarios que llegaren a ser vinculados al proceso, - y honorarios de éxito en cuantía de \$300.000.000 más el IVA, que se causarán únicamente si la decisión del proceso le es favorable y no se le imponga condena a ella *“ni a ningún funcionario suyo y se hayan agotados todas las instancias del proceso incluidos todos los recursos de ley. Será pagada a la terminación del contrato, siempre que se haya cumplido la condición establecida en el mismo”*.

2.2. Así mismo señaló, que la Presidenta de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 10 de marzo de 2006, comunicó a la aseguradora el hecho de haber sido notificada personalmente de la acción constitucional; que el 10 de abril le informó que ejerció su propia defensa y contestó la demanda; que el 18 de mayo dio aviso del contrato que por asesoría jurídica suscribió con Godoy & Hoyos Ltda., y Ricardo Hoyos Duque, por lo que solicitó el reembolso de las sumas antes referidas, pero QBE al contestar dicho requerimiento señaló que se haría responsable de los honorarios en la cuantía que se establezca la indemnización y que en el evento de comprobarse omisión de la demandante ello sería una extensión de

cobertura de responsabilidad fiscal con un sub límite de \$500.000.000,00 (fls. 367 a 397, C. 1).

3. Posteriormente, esto es, el 6 de noviembre de 2008, la Cámara de Comercio formuló nueva demanda contra la aseguradora QBE Seguros S.A., con fundamento en la misma póliza, cuyo proceso fue acumulado a la demanda inicialmente presentada¹ y en la que como **pretensiones principales** reclamó, además de la declaratoria de existencia del mencionado contrato en los términos ya anotados, las que sintetiza y resalta la Sala así:

a) Que, con fundamento en lo dispuesto en el literal a. del numeral 2° del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 y en las demás normas pertinentes, se declare o reconozca la ineficacia parcial de la parte de la Póliza No. 120100000574 que contiene la estipulación “**y notificados a los suscriptores**”, contenida en la cláusula denominada de “**indemnización**”.

b) Que con fundamento en la misma disposición, se declare o reconozca la ineficacia parcial de la cláusula de la misma póliza referida al “**manejo de los reclamos**”.

c) Que durante la vigencia del mencionado contrato de seguro, la CCB fue notificada del requerimiento especial No 000002 del 14 de septiembre de 2006, emanado de la Dirección de Rentas de la Secretaria de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, que dispuso modificar ‘*la liquidación privada del impuesto de Registro declarada por la Cámara de Comercio de Bogotá, correspondiente al periodo comprendido entre el 1° al 31 de agosto de 2004, declarada pagada el día 15 de septiembre de 2004*’, requerimiento este que fue ampliado posteriormente por dicha Dirección el 14 de marzo de 2007 y que dio lugar a la liquidación

¹ Folio 531 C. 1H Exp. 2008-00590

de revisión No 0001 de 13 de diciembre de 2007 emanada de ese mismo despacho y a la Resolución No 00000056 de 28 de enero de 2009 proferida por el Secretario de Hacienda del Departamento de Cundinamarca, por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial de revisión No 0001 del 13 de diciembre de 2007, con lo que se configuró el riesgo asegurado en el comentado contrato.

d) Que en virtud de lo anterior, la demandada está obligada a pagar a la demandante, dentro del límite de la cobertura establecido, cualquier suma por la que resulte legalmente responsable por daños, reclamos, costos y gastos de reclamaciones; y que de no hacerlo oportunamente se le debe condenar al pago de intereses moratorios.

e) Que QBE Seguros, está legalmente obligada a sufragar a la CCB, en virtud del citado contrato y de la realización del riesgo asegurado ante la reclamación de la Secretaría de Hacienda, los honorarios pactados con la firma Godoy y Hoyos Abogados Ltda., para la defensa de sus intereses, los cuales ascienden por concepto de suma fija a la cantidad de ciento doce millones quinientos mil pesos (\$112.500.000), y por concepto de honorarios de éxito a la cantidad de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000,00) todo ello con el correspondiente IVA, o la que se demostrare en el proceso, montos por los cuales reclama condena.

f) Que la demandada incumplió el citado contrato de seguro, toda vez que se negó a reembolsarle los honorarios cuyo valor cancelado a la fecha asciende a la suma de sesenta y dos millones quinientos mil pesos (\$62.500.000) más IVA, o los que en adición a los ya pagados llegare a sufragar o a pactar para la defensa de sus intereses dentro del requerimiento efectuado por la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca.

g) Que la demandada incumplió el citado contrato de seguro, como consecuencia de su negativa a reembolsarle cualquier suma que se demuestre en el proceso que esta tuviere que pagar o haya pagado como consecuencia de la realización del riesgo asegurado por el aludido requerimiento especial.

h) Que se condene a QBE a pagar los costos del proceso que la CCB adelanta en defensa de sus intereses contra actos administrativos expedidos por la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca relacionados en las pretensiones anteriores, lo que deberá hacer aun en exceso de la suma asegurada, en los términos establecidos en el artículo 1128 de Código de Comercio, y, que se condene a la demandada a sufragar las costas procesales.

3.1. Con soporte en la **póliza No. 120100000574** ya referida y en la **No 121100000078**, de la que adujo es la extensión de la primera, reclamó pretensiones subsidiarias que en su gran mayoría son similares en su texto a las ya resumidas y solicitó, además, que con fundamento en el literal a) del numeral 2° del artículo 184 del decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se declare la ineficacia, total o parcial, del literal a) de la cláusula 5ª de esta última póliza, referida a la **“DEFENSA Y COSTOS Y GASTOS DE DEFENSA”**.

4. Como supuestos fácticos del proceso acumulado, refirió los mismos antecedentes del contrato de “*Seguro de responsabilidad civil de errores y omisiones*” incorporado en la póliza No. 120100000574 y adicionó que, con posterioridad a esa póliza se expidió la No. 121100000078 con una vigencia del 30 de noviembre de 2006 y 30 de noviembre de 2007 contrato que trajo consigo la ampliación del término de la cobertura, pero que el aparte de la cláusula de indemnización, respecto de la cual solicitó

la declaratoria de su ineficacia, viola normas imperativas que regulan el contrato de seguro, en cuanto a su interpretación conduzca a que la notificación a los aseguradores se haga durante su vigencia, así mismo, la cláusula que contiene el manejo de reclamos tiene la misma connotación, toda vez que consagra de manera ilegal causales de pérdida de indemnización no previstas en las normas que regulan ese contrato.

Añadió, que durante la vigencia de esas pólizas la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca formuló en su contra el requerimiento especial No. 000002 de 14 de septiembre de 2006 emanado de la Dirección de Rentas de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca mediante el cual se propuso modificar *“La liquidación privada del Impuesto de Registro declarada por la Cámara de Comercio , correspondiente al periodo comprendido entre el 1 al 31 de agosto de 2004; declarada y pagada el día 15 de septiembre de 2004 (...)”* que fue ampliado el 14 de marzo de 2007 por esa Dirección dando lugar a la Liquidación de Revisión No. 0001 del 13 de diciembre de 2007 y a la Resolución No. 00000056 del 28 de enero de 2009 expedida por la citada Secretaría de Hacienda; que para ejercer su defensa contrató los servicios profesionales de la firma Godoy & Hoyos Abogados Ltda.; que con ocasión de esa reclamación, de su ampliación, de la liquidación de Revisión y de la Resolución No. 00000056, se configuró el riesgo asegurado con el contrato de seguro No. 120100000574 o bajo el que consta en la Póliza No. 121100000078, y en razón de ello la Cámara tiene el derecho, derivado del contrato de seguro, a que QBE le pague o reembolse cualquier suma por la que resulte responsable de pagar por daños, reclamos, costos y gastos de reclamaciones originados en el requerimiento especial mencionado o en los demás actos posteriores emanados de la Dirección de Rentas de la Secretaría de

Hacienda del Departamento de Cundinamarca o de la Secretaría de Hacienda de dicho departamento².

5. Admitida la demanda principal³ se notificó a la demandada⁴, quien se opuso a las pretensiones y planteó las siguientes excepciones de mérito⁵:

5.1. **“Inexistencia de la obligación por parte de la compañía de seguros”**, soportada en que pese a que el interés asegurado en la póliza No. 120100000574 consiste en *“amparar el deterioro patrimonial de la CAMARA, como consecuencia de los errores y omisiones en que incurra en ejercicio de sus actividades”*, lo cierto es que el acto de registro de la cuenta final de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., no puede ser considerado como un simple *“error u omisión”* de sus empleados, en razón a que se trató de un acto deliberado de las directivas de la Cámara de Comercio.

5.2. **“Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales y legales por parte del extremo demandado”**, por cuanto la aseguradora no ha incumplido ninguna de las obligaciones derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil errores y omisiones.

5.3. **“Exclusiones”**, configuradas en:

5.3.1. **“Exclusión de fraude Deshonestidad Infidelidad”**, con soporte en que la póliza contratada con QBE S.A., fue por *“errores y omisiones”* únicamente, y como el reclamo no lo soporta esa conducta, se debió optar por la póliza de *“infidelidad y riesgos financieros”* que formó parte de otro grupo de

² Folio 79 C.1 Exp.00590

³ Folio 400 C.1. Exp. 2008-00102 00

⁴ Folio 417 up supra

⁵ Folios 459 a 498 C.1

pólizas, además porque ese tipo de exclusión fue pactado en el texto de la póliza No. 120100000574.

5.3.2. **“Exclusión por culpa grave asimilable a dolo y dolo”**, porque en el contrato se encuentra excluida toda pérdida patrimonial que deba asumir la demandada por sus errores u omisiones derivadas de la **“culpa grave asimilable a dolo y dolo”**, conducta que asumió la demandante al registrar el acto final de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como sin cuantía, con inobservancia total de las prácticas habituales que tenía para la inscripción de esos actos.

5.3.3. **“Exclusión de reclamos efectuados por empleados”**, pactada en el cuerpo de la póliza, y es evidente que el reclamo, acción popular, fue promovido directa o indirectamente por sus empleados.

5.3.4. **“Exclusión de responsabilidad civil objeto de cobertura de la responsabilidad civil administradores y directores”**, con apoyo en que el detrimento patrimonial causado al Departamento de Cundinamarca fue con ocasión de una decisión de los directivos de la Cámara de Comercio.

5.3.5. **“Exclusión de circunstancias conocidas al inicio de la póliza”**, puesto que al inicio de la vigencia de la póliza, 30 de noviembre de 2005, la demandante ya conocía los hechos que dieron soporte a la acción popular.

5.4. **“Cobro de lo no debido”**, con base en que QBE S.A., no adeuda suma alguna a la demandante.

5.5. **“No hay mora sin incumplimiento”**, por cuanto al no existir incumplimiento es inexistente la mora.

5.6. **“Sub límite por responsabilidad fiscal”**, para el evento en que la acción popular sea considerado un reclamo cubierto por la póliza No. 120100000574, el deterioro patrimonial que pueda sufrir la Cámara de Comercio no está cobijado por ella sino por la extensión para cobertura de responsabilidad fiscal; que existe un acto administrativo de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca que señala que la eventual indemnización por la inscripción de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como acto sin cuantía, para los fines del impuesto de registro, tiene origen en la *“responsabilidad fiscal por la inexactitud presentada (...)”*, de donde deviene que no hay lugar a una responsabilidad civil y a una fiscal, en forma simultánea.

5.7. **“Contrato no cumplido”**, toda vez que la Cámara de Comercio incumplió con el procedimiento señalado en la póliza de errores y omisiones, al incurrir en costos y gastos de defensa sin previa autorización de la aseguradora.

5.8. **“Prescripción ordinaria de las acciones”**, en razón a que han transcurrido más de dos años entre la fecha en que el interesado conoció de los siniestros y la fecha en que se ejerció la acción, acorde con el artículo 1081 del Código de Comercio.

5.9. **“La que establezca o verifique el despacho de acuerdo a la sana crítica”**, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

6. Frente a la demanda que se acumuló reiteró las anteriores excepciones, pero en relación con el requerimiento especial No. 000002 del 14 de septiembre de 2006, emanado de la Dirección de Rentas de la Secretaría de Hacienda del

Departamento de Cundinamarca, la ampliación del mismo del 14 de marzo de 2007, la Liquidación de Revisión No. 0001 del 13 de diciembre de 2007, la Resolución No. 00000056 de 28 de febrero de 2009, y la póliza No. 12110000078, promovió las que denominó: **“Inexistencia de la obligación por parte de la compañía de seguros”**; **“Inexistencia de los supuestos incumplimientos a las obligaciones contractuales y legales por parte del extremo demandado”**; **“Exclusiones”**; **“No hay mora sin incumplimiento”**, **“Sub límite por responsabilidad fiscal”**; **“Contrato no cumplido”**; y **“Prescripción ordinaria de las acciones”**, cuyo fundamento resultó ser el mismo, e incluyó como nuevas excepciones, las siguientes:

6.1. **“Retención”**, pues la demandada no declaró sinceramente los hechos que determinan el estado del riesgo.

6.2. **“Eficacia de las cláusulas contenidas en el form J + Reb 2 denominadas “cláusula de indemnización” y “manejo de reclamos”**, en razón a que se ajustan a las normas que regulan el contrato de seguro y al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

6.3. **“Deducible”**, en el evento de condenar a la aseguradora al pago de gastos y honorarios esos montos solo estarían cubiertos por la correspondiente extensión de cobertura para la responsabilidad fiscal, esto es, por debajo del deducible pactado en las pólizas que es de \$100.000.000,00.

7. Superado el trámite que es propio a ésta instancia, el juez *a-quo* profirió sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda principal y del proceso acumulado.

II. LA SENTENCIA APELADA

Con soporte en el marco jurídico y jurisprudencial, la funcionaria de instancia encontró acreditada la existencia de los contratos de seguros aportados como soporte del proceso; pero respecto del riesgo asegurado, consideró que ellos no lo cubrían en razón a que el hecho que generó la reclamación, inscripción del acta que aprobó la cuenta final de la sociedad Luz de Bogotá, tuvo ocurrencia el 2 de agosto de 2004 y no con la acción popular que se promovió en el año de 2006; que al respecto debe tenerse en cuenta que la vigencia de la póliza No. 120100000574 iba del 29 de noviembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006, es decir un lapso posterior al suceso que originó la reclamación; y que lo mismo debía predicarse respecto de la póliza No. 121100000078.

Agregó, que si la aseguradora era conocedora de la situación que se presentaba frente a la inscripción de la liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., no debió contratar con la demandante o por lo menos no en las mismas condiciones económicas que lo hizo, toda vez que la póliza se pactó para cubrir hechos futuros e inciertos, conforme lo prevé el artículo 1054 del Código de Comercio, referidos a *“errores y omisiones en que incurra”*, más no a siniestros ya configurados; que por la misma razón no se advierte ineficacia o nulidad en las cláusulas de los contratos, más aún cuando fueron acordadas por las partes sin reparo alguno y que previo a suscribir las pólizas ya habían definido sus términos. Adicionó, que por cuestión de técnica procesal no era necesario abordar las excepciones de mérito⁶, en razón a la ausencia de los elementos constitutivos de las pretensiones.

⁶ Folios 400 a 432 C.8 Exp. 015-02008-00102

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión la parte demandante la apeló y para ello sostuvo que la juez *a quo* desconoció la naturaleza y alcance de la póliza por reclamación denominada “*claims made*”, consagrada en el artículo 4° de la Ley 389 de 1997, que permite la cobertura de reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado durante la vigencia así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su suscripción, por lo que el siniestro lo constituye la reclamación y no el hecho externo imputable al asegurado, situación que conllevó a que se aplicara en forma equivocada el artículo 1054 del Código de Comercio; que la obligación de indemnizar al asegurado bajo ese sistema se deduce de varias cláusulas de la póliza No. 120100000574 que prevén un contrato de seguro de responsabilidad civil por errores y omisiones que cubre las reclamaciones formuladas por el damnificado durante la vigencia, regulado por la mencionada ley; que ese hecho lo aceptó la demandada y se infiere del testimonio del doctor Hernán Marulanda -Vicepresidente de Seguros de Propiedad y Patrimoniales de la Sociedad Wills Corredores de Seguros S.A.-, entidad que actuó como intermediaria para la expedición de la referida póliza; que en calidad de asegurado en los riesgos indicados en la demanda principal y el proceso acumulado (acción popular y reclamación de la Secretaría de Hacienda) cumplió con la carga que le imponía el contrato para hacerse acreedor de la indemnización que pactó, pero QBE Seguros S.A., incumplió con la suya, pues ésta se obligó a cancelar las condenas perseguidas en las demandas, más los intereses moratorios respectivos y no lo hizo.

Señaló, que la funcionaria de instancia no consideró los argumentos que expuso tendientes a demostrar la ineficacia de las cláusulas que demandó, toda vez, que una viola normas de

carácter imperativo como lo es el artículo 4° de la Ley 389 de 1997, que impone simplemente que dicho reclamo se realice por un tercero dentro de la vigencia del seguro y configura una cláusula exorbitante, en razón a que el incumplimiento del asegurado a las exigencias impuestas conlleva la posibilidad de que el asegurador descuenta del valor de la indemnización los perjuicios que le cause dicho incumplimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1078 del Código de Comercio, y la otra, a más que crea una causal de pérdida del derecho a la indemnización no prevista en la legislación y viola los artículos 1162, 1077 y 1078 del Código de Comercio, porque al tenor de esa norma el incumplimiento de los deberes que incumben al asegurado con ocasión del siniestro se sanciona con el descuento, por parte de la compañía aseguradora, de los perjuicios que dicha omisión le hubiese irrogado, vulnera el derecho constitucional y fundamental de defensa del asegurado, es contraria al deber de evitar la extensión y propagación del siniestro, previsto en el artículo 1074 del Código de Comercio, es abusiva, exorbitante, limitativa de los derechos del asegurado y violatoria de las normas de protección al consumidor, de modo que *“QBE no podía sujetar su defensa a una autorización de la aseguradora, pues de haberla esperado se habría vencido el plazo para responder u oponerse al reclamo del tercero, con las obvias consecuencias desfavorables que ello hubiese tenido para la CCB”*.

También señaló que la *a-quo* no podía predicar dolo o culpa grave de la demandante como persona jurídica, en razón a que las pruebas practicadas en el proceso demuestran que su conducta y la de sus dependientes no fue producto de fraude, deshonestidad, infidelidad ni de culpa o dolo, tal como quedó plasmado en: -la Resolución 56 de 2009 de la Secretaría de Hacienda del Departamento de Cundinamarca en la que consideró que la demandante *“actuó conforme a los principios de buena fe, y que su conducta no fue arbitraria ni irrazonable sino que constituye*

una diferencia de criterio...”, -en el fallo de primera instancia que resolvió la acción popular, -en la abstención de la Procuraduría General de la Nación y la contraloría General de la República para investigar su conducta disciplinaria y fiscal, respectivamente; que tampoco la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá encontró dolo, culpa grave, fraude, deshonestidad, ni comisión de delitos por parte de sus funcionarios; que de esa conducta tampoco se derivan consecuencias penales, según concepto de abogado penalista; y en fin, en estas alegaciones, refutó uno a uno los argumentos que propuso la parte demandada como medios exceptivos.

Por su parte, la sociedad demandada, reiteró los argumentos que expuso en su defensa, en especial el referido al comportamiento de la demandante y sus dependientes respecto de la situación que dio origen al reclamo, situación que, en su sentir, daba lugar a la reclamación no a través de la póliza de responsabilidad civil por errores y omisiones, sino por la de infidelidad, cuya cobertura está a cargo de otra compañía aseguradora, razón que lo motivó a solicitar la confirmación del fallo apelado.

IV. CONSIDERACIONES

1. No hay duda de la configuración de los denominados presupuestos procesales en este asunto los cuales son necesarios para que válidamente se pueda tener trabada la relación jurídico-procesal. En efecto, al juez civil del circuito le asiste competencia para conocer del proceso y a ésta Sala para desatar el recurso de apelación; las personas enfrentadas ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas jurídicas en pleno ejercicio de sus derechos; y la

demanda reúne los requisitos formales previstos por el legislador. Además, no se observa vicio con identidad anulatoria, lo que permite proferir la decisión que en ésta instancia se reclama.

2. Para resolver las inconformidades que plantea el recurrente, es preciso recordar que el contrato de seguro según el artículo 1036 del Estatuto Mercantil, “*es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.*”, cuya característica “*...es la transmisión de un riesgo mediante el pago de una prima y por el hecho de recibir ese precio el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado*”⁷, y que por esencia es de carácter indemnizatorio, pues, con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que pueda constituirse para el asegurado en una fuente de enriquecimiento.

Las características del contrato de seguro contenidas en el citado artículo, implican la necesidad de que ellas se encuentren plasmadas en todo contrato, como es el hecho de la *bilateralidad*, en donde cada una de las partes asume una obligación específica, de un lado, el pago de la prima y, del otro, el cumplimiento de la prestación pecuniaria una vez ocurrido el siniestro; la *onerosidad*, porque a la futura prestación del asegurador se contrapone la actual prestación del asegurado de pagar la prima; su carácter *aleatorio* en razón a que al momento de la celebración del contrato no se sabe cuánto, o cuándo le corresponde al asegurador pagar la prestación, ni si tendrá que pagarla; y, la naturaleza de *contrato de ejecución continuada* por ser un vínculo continuo de las partes por un periodo más o menos largo. Este tipo de contratos está fundamentado en la “*buena fe*” no solo en la celebración del contrato sino también en su ejecución.

⁷ Garrigues Joaquín Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260

2.1 Es por lo anterior que no puede desconocerse que en el contrato de seguro que consta en la póliza 120100000574 denominado “*seguro de responsabilidad civil extracontractual*”, diseñado para indemnizar a terceros a consecuencia de errores y omisiones cometidos por el asegurado y/o sus empleados en el desempeño de sus actividades y funciones, se incluyó textualmente dentro de sus condiciones la cláusula “*Claims made*”⁸, a cuyo tenor “*Cubre los reclamos de terceros presentados por primera vez con el Asegurado, durante la vigencia de la póliza*”⁹.

Cláusula esta que, según los antecedentes de la Ley 389 de 1997, tuvo como propósito el de “*(...)actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil. Este Artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías (...)*”¹⁰; y que quedó plasmada en su artículo 4º, así: “*En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.*

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al

⁸ Que el reclamo (claims) sea realizado (made) durante la vigencia de la póliza o de sus sucesivas renovaciones, es la traducción que algunos doctrinantes le dan a dicha denominación.

⁹ Folio 738 C.1 Exp. 2008-00590

¹⁰ Antecedentes legislativos del derecho de seguros en Colombia. El contrato y la institución. Asociación Colombiana de corredores de Seguros- Acoldese- Pág.477

asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten”.

Y respecto de la cual la doctrina foránea predica que desde el punto de vista conceptual, por esas cláusulas: *“el asegurador mantendrá indemne al asegurado, en las condiciones y límites establecidos en el respectivo contrato de seguro, por cuanto le deba a un tercero a consecuencia de un hecho u omisión ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, siempre y cuando el reclamo del tercero damnificado se haya formulado durante su vigencia o en el llamado “periodo extendido”(...)”*¹¹

De acuerdo con lo anterior, se observa que las características principales de las cláusulas *“claims made”* son: **i)** que permite asegurar hechos ocurridos con **anterioridad** a la iniciación del contrato, siempre que la reclamación se haga durante la vigencia del mismo; y **ii)** la protección automática de dos años con posterioridad a la terminación de la vigencia del contrato de seguro, en el evento en que la cobertura se extienda solo a reclamaciones de daños ocurridos durante la vigencia de la póliza.

Con fundamento en esas características, es que no se puede afirmar que como en la póliza 120100000574 no se pactó un periodo de retroactividad ese periodo no existe, por el contrario, debe entenderse que el mismo fue ilimitado, pues dada la naturaleza de este tipo de seguros en nuestra legislación, la anterioridad de la ocurrencia de los hechos es connatural a la póliza *claims made*. Fue por lo anterior, que la compañía

¹¹ Domingo M. López Saavedra, Ley de seguros, comentada y anotada, Buenos Aires, La Ley, 2007, págs. 491 y 492

aseguradora al emitir la póliza siguiente 12110000078, llamada por la demandante de extensión, dentro de sus condiciones estableció: “*Fecha de Retroactividad Eliminada y reemplazada por la cláusula de Limitación al descubrimiento*”.¹²

Aclarado lo relativo al tipo de contrato de seguro y a la condición “*claims made*” incorporada en la póliza No. 120100000574, para la Sala es innegable que le asiste razón al apelante en su alegato relativo a que la jueza de primer grado dejó de lado el estudio de las normas que regulan las cláusulas “*claims made*”, pues ciertamente uno de los hechos generadores del daño en éste asunto, acción popular, se encuentra amparado por la mencionada Ley 389 al tratarse de un “*riesgo de anterioridad*”, esto es, que ocurrió antes de la vigencia del contrato y cuya reclamación se efectuó dentro de su vigencia.

A propósito, en el *sub-lite* se demostró que la vigencia de la póliza No. 120100000574 iba del 30 de noviembre de 2005 al 30 de noviembre de 2006; que la acción popular, fue sometida a reparto en el año 2004 y notificada personalmente a la Cámara de Comercio el 3 de marzo de 2006; que mediante comunicado recibido por la aseguradora el 14 de marzo de 2006 (fls. 1614 y 1615 C.4 Exp. 2008-0102) la Cámara comunicó a QBE Seguros S.A., acerca de la existencia de esa acción constitucional, de su notificación personal y de la necesidad de contestar la demanda ante la premura del tiempo para lo cual contrató “*la asesoría legal externa de la Firma Godoy & Hoyos para los aspectos tributarios del proceso y del exconsejero de Estado, doctor Ricardo Hoyos Duque para que lleve la representación judicial de la entidad (...)*”¹³. De ahí que no hay duda que en virtud a la naturaleza jurídica de la cláusula “*claims made*” pactada en esa póliza, el reclamo efectuado por la Cámara de Comercio a la compañía aseguradora por la

¹² Folio 801 C.1ª Exp. 2008 00590

¹³ Folio 1615 C.4 C. Exp. 2008-0102

acción popular que contra ella se promovió, se encontraba cubierto por ese contrato, pues además de tratarse (la acción popular) de un “riesgo de anterioridad” la reclamación se presentó ante la aseguradora dentro de la vigencia de la póliza con lo que se cumplen los presupuestos de la condición “*claims made*”.

No ocurrió lo mismo respecto del requerimiento especial No. 000002 del 14 de septiembre de 2006 de la Dirección de Renta de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca, puesto que a pesar que ese acto emana de septiembre de 2006 (dentro de la vigencia de la póliza), lo cierto es que la reclamación tuvo lugar el 11 de diciembre de 2006, desde luego, fuera de la vigencia del contrato No. 120100000574. Reclamación que tampoco se encuentra cubierta por la póliza No. 121100000078, si se tiene en cuenta que el fundamento de esa reclamación deviene de un hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia de la póliza de extensión de cobertura (septiembre de 2006) y aun cuando ésta es ampliación del primer contrato de seguro, lo cierto es que la totalidad de su clausulado no fue extendido en las mismas condiciones de la primera, nótese que en esta última no se pactó la cláusula “*claims made*”.

Por lo tanto, como una de las características de la cláusula *claims made* es que el siniestro no lo constituye ya el hecho dañoso en sí, como es el principio general de los seguros de responsabilidad, sino la reclamación que hace la víctima o tercero damnificado, hay que reconocer que no acertó la funcionaria de instancia cuando consideró que la póliza 120100000574 no cubría la reclamación que hiciera la Cámara de Comercio a la compañía aseguradora en virtud de la acción popular que contra ella se promovió por la inscripción del acta de liquidación final de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como un acto sin cuantía, por estar el riesgo asegurable fuera de la vigencia de la misma toda vez que

el hecho dañoso, inscripción de esa acta acaeció el 2 de agosto de 2004, y la misma inició su cobertura el 29 de noviembre de 2005, pues lo cierto es, que la primera reclamación que tuvo la sociedad demandante por la ocurrencia de ese hecho, se configuró con la notificación que de la acción popular se le hiciera, 3 de marzo de 2006¹⁴, esto es, durante la vigencia de la póliza.

3. Ahora, teniendo en cuenta que dentro de las condiciones básicas obligatorias se incluyó la de *“Responsabilidad civil imputable a la CÁMARA, como consecuencia de errores y omisiones en que incurra en el desarrollo de las siguientes actividades...”*: *“(…) administración de los registros públicos delegada a las Cámaras de Comercio: registro mercantil, registro de proponentes y registro de entidades sin ánimo de lucro y la administración de los recursos provenientes de los mismos”* (...) *“Extensión de cobertura para responsabilidad fiscal”,* (...) *“Extensión de cobertura para el cálculo y recaudo del impuesto de registro”*¹⁵, entre otras; (...) ; que dentro de esas mismas condiciones se estipuló la denominada *“claims made”* que cubre *“los reclamos de terceros presentados por primera vez con el Asegurado, durante la vigencia de la póliza”*; que a la Cámara de Comercio se le notificó la acción popular dentro de la vigencia de la primera póliza, reclamo que promovieron en su contra las señoras Rosa Elvira Viracachá Tunarosa y María Omaira Cely Vargas, por *“elusión del impuesto de registro de que trata la ley 223 de 1995, por razón de la inscripción en el registro público de la Cámara de Comercio de Bogotá de la liquidación de la sociedad “Luz de Bogotá S.A.” (hecho generador), sin el previo pago y transferencia del tributo en la cuantía debida, en detrimento de los intereses económicos del Departamento de Cundinamarca, sujeto activo del mismo”*¹⁶, corresponde ahora al Tribunal establecer si tal comportamiento puede ser considerado

¹⁴ Folio 1614 C.4 exp.2008 -00102

¹⁵ Folio 377 C.1 Exp.2008-00102

¹⁶ Folio 379 C. 1 Exp. 2008-00102

como un error u omisión de la demandante, pues esas conductas son las que ampara el contrato de seguro contenidos en la póliza 120100000574.

3.1 Para abordar ese tema es preciso recordar que el impuesto de registro es un gravamen creado por la ley en el artículo 226 de la Ley 223 de 1995 reglamentada por el Decreto 650 de abril 3 de 1.996, cuyo objeto es afectar todos los actos, documentos o contratos que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio. Este impuesto está destinado exclusivamente a los departamentos y al Distrito Capital y únicamente es recaudado por las Cámaras de Comercio cuando así lo disponga la Asamblea Departamental. Así mismo, que los sujetos pasivos de ese gravamen son los particulares contratantes y beneficiarios del acto sometido a registro, quienes deben sufragarlo por partes iguales, salvo manifestación expresa en contrario¹⁷ y la base gravable o valor sobre el cual se aplica la tarifa para obtener ese impuesto, está constituida, según lo dispuesto en el artículo 229 de la citada ley, “.....por el valor incorporado en el documento que contiene el acto, contrato o negocio jurídico”.

De igual forma, para recaudar ese impuesto y en la fecha en que se registró la liquidación final de la sociedad Luz de Bogotá S.A., la Cámara de Comercio contaba con un Manual “REG-P-002-2 Actualización No. 4” contentivo de los procedimientos para la recepción de los documentos a inscribir en los registros públicos de esa entidad. Al respecto el numeral 3.12 del citado texto cuando hace referencia al acto de “Liquidación Sociedad Comercial, Civil o E.S.A.D.L.” establece en las observaciones la existencia de dos tipos **(i) con cuantía:** se determina sobre el valor del

¹⁷ “art. 227 ley 223 de 1995. Sujetos pasivos. Son sujetos pasivos los particulares contratantes y los particulares beneficiarios del acto o providencia sometida a registro. Los sujetos pasivos pagarán el impuesto por partes iguales, salvo manifestación expresa de los mismos en otro sentido”.

remanentes; y, **(ii) sin cuantía:** *no hay remanente*¹⁸ ; y además prevé en el acápite “3.12 La siguiente es la tabla que se **debe aplicar** para la liquidación del impuesto de registro de los documentos”¹⁹ (negritas intencionales).

Sobre su estricta aplicación de ese manual, la señora Luz Marina Rincón, vicepresidenta ejecutiva de la Cámara de Comercio, cuando se le interrogó si “*estos manuales de procedimiento cuando se refieren al registro mercantil son meros consejos organizacionales o de carácter obligatorio para los abogados que tramiten actuaciones de registro*” contestó: “*claramente no son meros consejos organizacionales*”²⁰.

Quiere decir lo anterior que, ante la existencia previa del reglamento o manual para el recaudo del impuesto, la Cámara se encontraba facultada para requerir de la sociedad Luz de Bogotá S.A., el documento contentivo del acta final en el cual se incorporara el remanente distribuido por los socios o en su defecto el documento que contuviera ese acto, como en efecto, en principio así lo hizo la abogada Hasley T. Romero Gómez, al exigir que allegara “*el acta adicional al acta de la referencia, en donde se aclare la cuenta final de la liquidación y el remanente a distribuir entre los socios (...)*”, al haber advertido “*(...) que la base gravable para el impuesto de registro es el valor del remanente a distribuir entre los socios*”²¹, cuya devolución tuvo como sustento el artículo 131 del Decreto 2649 de 1993²² y la forma como usualmente la Cámara de Comercio actuaba frente a ese tipo de solicitudes.

¹⁸ Folios 2282 C.1 D Exp. 2008-0590 y 1642 a 2674 Exp. 2008-00102

¹⁹ Folio 2280 vuelto C.1D Exp. 2008-00590

²⁰ Folio 2692 C.1 D Exp. 2008-00590

²¹ Folio 1783 C.4 Exp. 2008-0102

²² “art..131 Dcto 2649 de 1993. Libros de actas. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas legales, los entes económicos pueden asentar en un solo libro las actas de todos sus órganos colegiados de dirección, administración y control. En tal caso debe distinguirse cada acta con el nombre del órgano y una numeración sucesiva y continua para cada uno de ellos.

Cuando inadvertidamente en las actas se omitan datos exigidos por la ley o el contrato, quienes hubieren actuado como presidente y secretario pueden asentar actas adicionales para suplir tales omisiones. Pero

3.2 Por lo tanto, si la inscripción en el registro del acto de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., junto con la distribución del remanente era necesaria, no solo por los efectos jurídicos que esa decisión tiene frente a terceros, sino porque era una regla que tenían que cumplir los funcionarios, según el manual de funciones, fácil resulta concluir que quien finalmente ordenó la inscripción del acta de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., como un acto sin cuantía fue el doctor Jaime Moya, quien además como vicepresidente jurídico de esa entidad para los años 2001 a 2005 no actuó con error o simple omisión, pues desatendió de manera consciente los antecedentes existentes para la inscripción de la liquidación de sociedades al otorgar un trato discriminatorio al registro del acta de liquidación de dicha sociedad, al dejar que la interesada impusiera su criterio, no obstante existir claridad sobre el tema en la institución del cual era un alto funcionario. Así dijo en su declaración *“(...) En la práctica ocurre con mucha frecuencia que en la liquidación de las sociedades estos dos decisiones a las que se refieren los artículos 247 y 248 del Código de Comercio se adoptan y se hacen constar en un solo documento, en esos casos el mismo documento contiene la distribución del remanente y la aprobación de la cuenta final de liquidación, en el caso de LUZ DE BOGOTA sin embargo las personas que estuvieron al frente del proceso de liquidación decidieron elaborar dos documentos separados uno de los del acta de distribución de remanente y el otro el acta en la cual se aprobó el acta de distribución de remanente y la cuenta final de liquidación (...)”*²³.

El comportamiento censurable de dicho funcionario también contó con el aval del grupo jurídico de esa Cámara. Nótese cómo Andrés Tobón, empleado de esa dependencia, al poner

cuando se trate de aclarar o hacer constar decisiones de los órganos, el acta adicional debe ser aprobada por el respectivo órgano o por las personas que este hubiere designado para el efecto”.

²³ Folio 2696 C.1 D Exp. 2008-00590

en conocimiento del señor Moya lo acaecido en relación a la devolución de los documentos para que se allegara el acta de distribución de los remantes, le conceptuó que si bien *“El código de comercio deja abierta la puerta para una legítima elusión del impuesto”*, lo cierto es que *“En alguna ocasión anterior discutimos si cuando se distribuían remanentes el acto era con cuantía o no. La conclusión es que lo tendríamos como acto cuantioso (...)”*²⁴, de manera que es indiscutible su anuencia al no pago del impuesto que acá se endilga.

De ahí que sin duda puede decirse que se trató de una conducta ejecutada de manera voluntaria con la que desatendió sin miramientos los procedimientos previos existentes, el manual *“REG-P-002-2 Actualización No. 4”* de procedimientos para la recepción de los documentos a inscribir en los registros públicos de esa entidad, la práctica que sobre ese mismo tema ya había adoptado esa Cámara y más aún como lo señala el mismo funcionario (Andrés Tobón) que sobre ello ya se había determinado que esas actas se tomarían como actos con cuantía.

También resulta particular el hecho que durante el periodo en que el doctor Jaime Moya fungió como vicepresidente jurídico, en especial, para los años 2004 a 2005, según investigación ordenada por María Fernanda Campo, Presidenta de la Cámara de Comercio, se presentaron otros casos similares al de la sociedad Luz de Bogotá S.A., donde se allegaron a esa entidad actas de liquidación de sociedades sin incluir el valor del remanente y fueron inscritas en el registro como actos sin cuantía, tal y como se observa de los folios 2681 a 2683, y de la que se dejó constancia en el Acta No. 475 de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio celebrada el día 8 de mayo de 2006, en los siguientes términos:

²⁴ Folio 2011 C.4 Exp.2008-0102

“La Dra. Campo señaló que con ocasión de esta demanda – acción popular -, solicitó que se indagara la existencia de casos similares en el proceso de registro de la entidad, encontrando hasta el momento, que la situación de inscripción del acta de liquidación como un acto sin cuantía por no incorporar dicha acta los valores distribuidos a los accionistas, se dio únicamente en el caso de las sociedades Endesa de Colombia S.A., Enersis S.A., Ramos Daza Arquitectos & Cía. S. en C., Latino Curazo Ltda., Unidad Médica Dicardy Ltda., Australian Studies International Ltda., y Severo Rojas Asociados y Cía. S. en C.

Indicó que estos casos fueron analizados en su momento por el área jurídica de la entidad dirigida por el Dr. Jaime Moya, Vicepresidente Jurídico. Según la información suministrada por el Doctor Andrés Tobón jefe del Departamento Legal, fue el Dr. Moya en el ámbito de sus competencias, quien definió el criterio jurídico a aplicar en el caso de la Sociedad Luz de Bogotá S.A.

Destacó que al efectuarse el análisis de los casos expuestos, se evidenció que el Dr. Jaime Moya había actuado antes de vincularse como Vicepresidente de la entidad, ante la Cámara como abogado de la firma Brigard & Urrutia, como representantes de la sociedades Luz de Bogotá S.A. y Enersis, Energía de Colombia S.A., solicitando la inscripción del grupo económico al que pertenecían. (...)²⁵

Por lo tanto, si el error, como de antaño lo ha considerado la Corte *“(...) es la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, debe, para ser error, originarse de una falsa creencia, o como ya lo expresó la Corte en anterior ocasión, es necesario que aparezca que se tuvo una determinada creencia y que esa creencia*

²⁵ Folio 1664 vto. C 1C Exp. 2008 00590

*no correspondió a esa realidad*²⁶, de donde, para ésta Sala, la conducta del doctor Jaime Moya, Vicepresidente Jurídico de la Cámara de Comercio de Bogotá, frente a la inscripción del acto de liquidación de la sociedad Luz de Bogotá S.A., dista mucho de ser un simple error o una omisión, pues fue premeditada y porque no decirlo interesada. Por ello, de ninguna manera puede contextualizarse como un error de parte de la demandante o sus funcionarios, toda vez que aquél fue tan consciente de su actuar que esa postura la reiteró en los años 2004 a 2005, acto que de por sí se considera como deshonesto y de paso constituye una actuación viciada de culpa grave asimilable a dolo y dolo, cuya exclusión también se encuentra contemplada en los contratos de seguros constituidos entre la Cámara de Comercio y QBE Seguros S.A.

4. Al respecto, las pólizas Nos. 120100000574 y 121100000078 respectivamente, enuncian: **“Exclusión por Culpa grave asimilable a dolo y dolo”** y **“Exclusión por culpa grave asimilable a dolo y dolo”**²⁷ y **“DESHONESTIDAD. c. Proveniente directa o indirectamente de cualquier acto u omisión deshonesto, fraudulento, malintencionado o ilegal del Asegurado”**²⁸, exclusiones estas que analizadas en conjunto bien pueden compendiarse bajo el rótulo de la culpa grave asimilable al dolo y dolo.

Sobre esa causal de exclusión, el artículo 1055 del Código de Comercio, al cual remite el inciso final del 1127, contempla a modo de prohibición la *“inasegurabilidad”* del dolo, lo que tiene su fundamento en la incertidumbre del suceso como uno de los elementos esenciales del seguro, pues permitir la protección frente a la ocurrencia de hechos ilícitos derivados del tomador sería

²⁶ C.S.J. Sala Civil Sent. 2 de diciembre de 1942

²⁷ Folios 739 y 803 C. 1 A Exp. 2008-0590

²⁸ Folio 744 y 744 C. 1 A Exp. 2008-0590

tanto como facilitar su realización. En ese sentido, es indudable de su estipulación expresa, como ocurre en este caso, que la responsabilidad origen del reclamo se deriva de un comportamiento doloso del asegurado, deja sin fundamento cualquier pretensión indemnizatoria frente a quien expide la garantía.

Al respecto, el 63 del Código Civil establece: “*La ley distingue tres especies de culpa o descuido...*” la primera. (...) ***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.*** (...). (...) *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.*”. Precisa la Sala que ésta preceptiva en conjunto con el artículo 1604 *ídem*, constituyen el régimen de la responsabilidad civil por incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin que se refiera a penas punitivas cuya competencia corresponde a la justicia penal.

Sobre ello, la Corte Suprema ha dicho que: “*la graduación de culpas contemplada por el artículo 63, se refiere a contratos y cuasi contratos, mas no a delitos y cuasi delitos, de los cuales esa clasificación está excluida. La disposición define el alcance de las tres nociones de culpa, cuando la ley, regulando relaciones contractuales, acude a alguna de ellas graduando la responsabilidad del deudor según la gravedad de la culpa cometida*” (G.J, T IX, pág. 409) y de manera complementaria que “[l]as voces utilizadas por la ley (Art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de

vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia. (...) De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (artículo 1516 C.C.) ni su tratamiento legal puede ser modificado por la voluntad individual (...) acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la posición del deudor aún en frente de eventos imprevisibles (artículo 1616 C.C.); la culpa, por el contrario, se presume en el incumplimiento contractual (...) las partes pueden alterar libremente las regulaciones legales respecto de ella, y su intensidad se gradúa para asignar diferentes efectos a sus diversos grados (artículo 1604), y por último no agrava la posición del deudor sino ante los que se previó o pudo preverse al tiempo del contrato (artículo 1616 C.C.)”²⁹.

De otro lado, si bien conforme lo prevé el artículo 1516 *ibídem* el dolo debe ser demostrado, salvo en los casos en que lo presume la ley, ello no quiere decir que exista alguna prueba exclusiva para que el fallador llegue al convencimiento de su existencia, por lo que en aplicación del principio de la sana crítica en armonía con los medios de convicción aportados al proceso, el Tribunal sin duda establece su ocurrencia, sin que sobre decir que para llegar a ese grado de convicción se tuvo en cuenta la práctica que en relación al registro de actas de liquidación de sociedades ha mantenido la Cámara de Comercio y la inobservancia que de ella hizo el vicepresidente jurídico de esa entidad para los años 2004 y 2005 en que fue reiterada esa situación; el manual “REG-P-002-2 Actualización No. 4” de procedimientos para la recepción de los documentos a inscribir en los registros públicos de esa entidad, el impulso de la acción popular y la reclamación especial por parte de

²⁹ C.S.J. Sala Civil G.J. T. LXVI, pag.356

la Secretaría de Hacienda Departamental que por cierto es única, en razón a que según lo infirmó la testigo Luz Marina Rincón: “(...) la Cámara de Comercio de Bogotá solo ha recibido del Departamento de Cundinamarca una única reclamación relacionada con el caso de LUZ DE BOGOTA”³⁰, todo ello unido al hecho de que a partir de ese suceso, la Cámara reiteró las precisas instrucciones, acta 475 .

Por demás, el hecho que ninguna entidad de control haya encontrado mérito para iniciar una investigación de carácter disciplinario o de responsabilidad fiscal o denuncias penales o auditorias, ello no quiere decir que el actuar de los funcionarios que ordenaron la inscripción de la liquidación final de la sociedad Luz de Bogotá S.A., pueda presumirse bajo el principio de la buena fe, pues si bien como lo consideró la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca ella “*constituye una diferencia de criterio*”, lo cierto es que esa misma entidad en la Resolución No. 00000056 del 28 de enero de 2009 determinó que el documento donde consta la distribución de remanentes sí constituye un hecho generador del impuesto de registro, y al no haberse recaudado por parte de la demandante se causó un grave detrimento al Departamento de Cundinamarca que debe, a juicio de esta Sala, ser investigado penalmente, pues tal conducta, por su gravedad no puede ser considerada como una simple diferencia de criterio; no hacerlo, sería aceptar comportamientos poco ortodoxos que dejan impunes graves conductas de quienes deben proteger los intereses del Estado, razón por la cual se ordenará la consecuente compulsión de copias para ante la Fiscalía General de la Nación.

Tampoco es de recibo el argumento bajo el cual la Circular proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio indica que es inviable la inscripción del acta contentiva de la cuenta final que no incluye el remanente, toda vez que “Las

³⁰ Folio 2684 C. 1D Exp. 2008-0590

cámaras de comercio sólo podrán abstenerse de efectuar los registros a que haya lugar, en los casos y por los motivos previstos en las disposiciones aplicables a la materia y, en ningún caso, podrán solicitar documentos o informaciones adicionales a los señalados en el numeral 1.2.2. del presente título, según corresponde a cada trámite”, pues si bien es cierto a simple vista a esa conclusión lleva la lectura del texto, también lo es que el contexto de esa circular se dirige a la regulación comercial no a la tributaria que como ya se vio en el análisis desarrollado a lo largo de ésta providencia es impositivo el pago del impuesto de registro establecido en el inciso 3 del artículo 228 de la Ley 223 de 1995.

5. En virtud de lo anteriormente expuesto, la sentencia impugnada habrá de confirmarse, pero se adicionará, para declarar probada la excepción denominada “*Exclusiones*” propuesta por la parte demandada, medio exceptivo cuya prosperidad también conlleva al rechazo de las pretensiones, lo que permite al Tribunal abstenerse de examinar las demás excepciones formuladas como lo impone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada “*exclusiones*” propuesta por la demandada.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2013 por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de ésta providencia.

TERCERO: COMPULSAR copias de lo actuado con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante la respectiva investigación penal.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandante. Líquidense por la Secretaría del Tribunal e inclúyase como agencias en derecho la suma de **\$25.000.000,00**.

QUINTO: REMITIR el expediente al Juzgado de conocimiento, efectuado lo anterior.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada
0102-0590

RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS

Magistrado

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada