

El aseguramiento de los actos dolosos del asegurado en virtud de pólizas de cumplimiento expedidas en Colombia

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto hacer una reflexión en torno al aseguramiento de las conductas dolosas de los funcionarios de las entidades públicas aseguradas en virtud de las pólizas de cumplimiento en Colombia.

Cuando se habla del aseguramiento de dichas conductas, lo que se pretende poner de relieve es el supuesto en el cual la conducta dolosa del funcionario de la entidad asegurada es el desencadenante –en todo o en parte- del incumplimiento del contrato y/o de la disposición legal o reglamentaria cuyo cumplimiento garantizó la compañía aseguradora.

Como ejemplo de estos supuestos, podría indicarse el caso en el que el funcionario de una entidad pública, junto con un contratista de esta, proceden -mediante maniobras criminales- a apropiarse de dineros públicos destinados al contrato cuyo cumplimiento se garantizó. También pueden mencionarse los casos en que los funcionarios de las entidades públicas encargadas del recaudo de impuestos se ponen de acuerdo con empresarios para lograr devoluciones de impuestos fraudulentas a cambio de sobornos. En ambos casos se genera la activación de la póliza de seguro correspondiente y radica en la compañía aseguradora la obligación de resarcir el patrimonio de la entidad pública por la pérdida sufrida.

Se trata, entonces, de determinar si la participación de los funcionarios de las entidades públicas en operaciones fraudulentas -que impliquen el incumplimiento de contratos estatales o la defraudación del patrimonio público- tiene alguna incidencia en el seguro de cumplimiento o fianza que, a favor de la misma entidad, emitieron las compañías aseguradoras, pues la conducta del funcionario de la entidad asegurada fue determinante para la ocurrencia del siniestro.

Para tal efecto, procederemos a analizar, en primer lugar, si la conducta dolosa de los funcionarios de una entidad pública podría comprometer a esta desde el punto de vista patrimonial y, en segundo lugar, establecer si, en caso afirmativo, ello tiene alguna incidencia en el contrato de seguro de cumplimiento.

2. La responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública por actos dolosos de sus funcionarios

Con el objeto de dilucidar si es posible que la compañía aseguradora alegue el dolo del asegurado a fin de invalidar el contrato de seguro –más adelante veremos cuáles son los posibles efectos que ello generaría-, es preciso establecer si la actuación dolosa de los funcionarios de las entidades públicas en Colombia compromete la responsabilidad de esa entidad.

En lo relativo al dolo, en principio podría argumentarse que, como este sólo puede predicarse de las personas naturales, sería imposible alegar que es atribuible a una persona jurídica. En ese sentido, resultaría improcedente alegar, respecto a la persona jurídica –entidad estatal asegurada-, la inasegurabilidad de sus actos dolosos.

No obstante, tal consideración llevaría a concluir -en nuestro sentir, sin suficiente soporte y de **contera anegando** la inveterada jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado Colombiano- que las personas jurídicas nunca responden por hechos de sus funcionarios, pues ellas, al no existir en el mundo fenomenológico, necesariamente actúan por conducto de personas naturales. Estas personas naturales, precisamente por formar parte de su estructura y ostentar funciones determinadas dentro de la estructura organizacional, en determinados supuestos, pueden comprometer la responsabilidad de aquellas.

Por otra parte, podría aducirse que una cosa es el dolo del funcionario y otra es la responsabilidad patrimonial que le sea atribuible a la entidad pública a la que pertenece el funcionario. En ese sentido, cualquiera que analice el problema podría concluir que, si bien la entidad pública puede responder patrimonialmente por las actuaciones dolosas de sus funcionarios, ello no significa que el dolo cometido por sus funcionarios sea el dolo de la entidad misma.

A este respecto, es necesario indicar que la perspectiva de análisis frente a la inasegurabilidad del dolo tiene que ser aquella que tome en cuenta los efectos económicos tanto del contrato de seguro como de la comisión de un delito por parte del funcionario. Así las cosas, lo que importa tener en cuenta es quién responde –desde el punto de vista patrimonial- por los actos dolosos, pues respecto de esa persona es como se analizará la inasegurabilidad.

En otras palabras, si desde el punto de vista de la regulación del contrato de seguro “el dolo del asegurado es inasegurable”, lo que hay que establecer es quién soporta los efectos económicos de esa actuación dolosa, para finalmente concluir que respecto de esa persona es que el dolo se vuelve inasegurable. Concretamente, si la entidad pública a la que pertenece el funcionario que comete dolo es aquella que está llamada a asumir las consecuencias económicas de esa actuación, esa será también la persona que soportará las consecuencias negativas de la inasegurabilidad de la conducta.

Vale la pena, entonces, revisar los fundamentos que la jurisprudencia -tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado- ha utilizado para decidir los asuntos sometidos a su conocimiento, en los cuales se pretendía la declaratoria de responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública.

2.1. La posición de la Corte Suprema de Justicia

En un primer momento, la Corte Suprema de Justicia, que tuvo a su cargo el conocimiento de los casos de responsabilidad del Estado –hasta el año 1964¹-, fundó la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas en las disposiciones contenidas en el Código Civil, concretamente, en lo dispuesto en los artículos 2347 y 2349, y en ese sentido se sostuvo que la obligación indemnizatoria surgía como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones *in eligendo* e *in vigilando*.

Así, en relación con la responsabilidad de la Nación por los delitos imputables a los funcionarios públicos, bien que fuesen cometidos en el desempeño del cargo o con pretexto de este, la Corte Suprema de Justicia -en sentencias del 22 de octubre de 1896 y 20 de octubre

¹ Para el efecto ver: Hernández Henríquez, Alier Eduardo. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”.

de 1898 (ambas citadas en la sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez²)- no vaciló en predicar que en esos supuestos la responsabilidad de la Nación era indirecta con base en los ya mencionados artículos 2347 y 2349 del Código Civil. En estos términos se resumió la línea jurisprudencial:

“[...]

- a. *Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, **cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tarea;***
- b. *Se presume la culpa de la persona moral, porque esta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;*
- c. *Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;*
- d. *Existe además una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;*
- e. *Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;*

[...]” (Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia).

No obstante, paulatinamente, desde la sentencia de Casación Civil del 21 de agosto de 1939, se fue abriendo camino la tesis según la cual las personas jurídicas, públicas y privadas, respondían por el hecho de sus agentes, ya no indirectamente, como se indicó arriba, sino directamente, con base en el artículo 2341 del Código Civil. Así se resumió el cambio de tesis:

“[...]

- a. *La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;*
- b. *Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones.*
- c. *La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito), hecho de terceros o culpa de la víctima.*

² Sentencia a su vez citada en la Sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejo de Estado, Sección Tercera. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango, considerada como una sentencia hito en materia de responsabilidad extracontractual del Estado.

d. *Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de este el valor de la reparación satisfecha a la víctima.*

[...]"

Posteriormente, se impuso la denominada *tesis organicista*, en virtud de la cual se estimó necesario dividir los agentes de una persona jurídica en dos grupos: (i) los directores y representantes y (ii) los auxiliares y dependientes; con base en esa división se precisó que, frente a las actuaciones de las personas incluidas en el primer grupo, la responsabilidad de la persona jurídica era directa y, frente a las personas incluidas en el segundo grupo, la responsabilidad era indirecta.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia adoptó la tesis de la *“falla en el servicio, como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa del agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. O en otras palabras, la culpa del derecho común localizada en el agente infractor, según la tesis de la responsabilidad directa, vino a radicarse en el Estado, configurándose la llamada culpa de la administración”*³.

2.2. La posición del Consejo de Estado

Por su parte, el Consejo de Estado, incluso antes de que en el año 1964 se le asignara de manera general la competencia para conocer los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, intentó sentar las bases de esta en normas propias del derecho público –C.C.A. y Constitución Política- y no en las del Código Civil como lo había realizado en buena medida la Corte Suprema de Justicia. Así, en palabras de la doctrina, el Consejo de Estado:

“[...] comenzó por el art. 2 -refiriéndose a la Constitución Política de 1986-, que determinaba que *‘los poderes públicos se ejercerán en los términos que la Constitución señala’*, en el cual se consagraron las tesis más importantes del derecho público moderno, a saber, el principio de legalidad, la autolimitación del poder público y el de Estado de Derecho, *‘cuya contrapartida necesaria es la responsabilidad’*. Prosiguió con el art. 16, por el cual *‘las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra, bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los Particulares’*, del cual dijo que allí *‘[...] se consagran en términos generales los deberes, derechos y obligaciones de los particulares, y se establece un régimen jurídico de equilibrio entre aquellas y estos. Se estructura así la típica relación de derecho público que la Constitución desarrolla en los artículos siguientes. El deber de la administración es proteger a las personas contra la agresión jurídica proveniente de los particulares, pero con mayor razón aún tutelarlas contra los actos y hechos de las propias autoridades’*⁴.

³ Sentencia del 30 de junio de 1962. M.P. Dr. José J. Gómez. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia del 28 de octubre de 1976. Consejo de Estado - Sección Tercera. M.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

⁴ Hernández Henríquez, Alier Eduardo. “Responsabilidad Patrimonial Extracontractual del Estado Colombiano”.

El Consejo de Estado, entonces, estructuró un régimen subjetivo –regla general- y otro objetivo de responsabilidad del Estado; en cuanto al primero, era necesario estructurar o demostrar una falla del servicio imputable a la administración y, en cuanto al segundo, por ser excepcional, se destacó el daño especial como título de imputación de la responsabilidad, en virtud del cual, aun cuando la actuación de la administración fuera legal, se consideró que si el particular tenía que soportar una especial carga con respecto al resto de los administrados –esto es, un desequilibrio frente a las cargas públicas que en condiciones normales todos los ciudadanos deben soportar-, hay lugar a indemnizar los perjuicios que con la actuación, reiteramos, incluso legal que despliegue la administración se le hayan causado.

Como características determinantes del régimen subjetivo, la doctrina identificó:

“a) Una falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trate no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

d) Una relación de causalidad entre falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización”.

Nótese que la jurisprudencia citada es enfática al considerar que las únicas actuaciones de los funcionarios o agentes de una entidad que no la comprometen son las actuaciones desplegadas por aquellos en sus asuntos privados o personales, es decir, en los eventos en los que estos actúan en su condición de particulares.

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, en Colombia se introdujo la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

El segundo inciso de la norma citada indica que el Estado, cuando sea condenado por la actuación gravemente culposa o dolosa de uno de sus agentes, deberá ejercer la acción de repetición, lo que permite concluir sin hesitación alguna que la misma Constitución Política abrió la puerta para que las entidades públicas respondieran por las actuaciones dolosas o gravemente culposas de sus funcionarios.

2.3. La posición de la doctrina

En cuanto a la posición de la doctrina respecto a la responsabilidad de la administración pública por los actos dolosos de sus funcionarios, el español Jesús Leguina Villa, en su obra *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*, realizó las siguientes reflexiones, que vale la pena citar *in extenso*:

“[...] Por tanto el confín último de la imputabilidad de un hecho dañoso a la Administración, por causa de la actividad de sus funcionarios, viene señalado ante todo por el círculo de actividades privadas de estos; en otros términos el ente público no responde de los daños causados por los actos puramente privados de sus agentes o, viceversa, el ente responde de los daños causados por estos en el ejercicio de sus atribuciones”.

“[...] La imputación a la administración de un hecho dañoso emanado de un agente suyo viene dispuesta por el ordenamiento en función de la garantía debida a los particulares, siempre que la lesión causada se manifieste externamente y objetivamente como el resultado o la consecuencia de una actividad pública (más que como el resultado de la conducta del sujeto físico) o, si se quiere, como el resultado del comportamiento de un funcionario que, desde el punto de vista del sujeto dañado, ha actuado en calidad pública. Por tanto, una vez comprobado que el evento dañoso realizado por un funcionario es de alguna manera vinculable a la actividad pública o privada de un ente público, se produce la imputación del evento al ente, sin que haya necesidad de indagar ulteriormente si en el comportamiento del funcionario ha habido dolo o culpa y, por consiguiente, sin que la eventual existencia de dolo – privado o no- impida la mencionada imputación del hecho dañoso al ente.

[...] En resumen, a nuestro juicio y coincidiendo con la opinión sostenida por una gran parte de la doctrina, no existe ningún obstáculo para que el funcionario, prevaleciendo de su condición pública, cause dolosamente un daño a un particular para la obtención de un fin privado: daño del que deberá responder no solo el funcionario culpable, sino también el ente público.”⁵ - Se resalta-

Nótese que este importante doctrinante también coincide en afirmar que la conducta dolosa del funcionario que, prevaleciendo de su condición de tal y de sus funciones, comete un delito compromete no solo su responsabilidad patrimonial, sino la del ente público al cual presta sus servicios.

3. La aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio colombiano al seguro de cumplimiento

Habiendo dilucidado la responsabilidad o el efecto patrimonial que sobre la entidad pública tiene la conducta dolosa de uno de sus funcionarios –el cual, prevalido de sus funciones, comete el delito-, es preciso averiguar cuál es el efecto que ello tiene en el contrato de seguro de cumplimiento, en donde la entidad pública figura como asegurada.

⁵ Leguina Villa, Jesús. *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. Tecnos. Madrid. 2007. Págs. 218 a 221.

Así, revisada la normatividad general que en materia del contrato de seguro trae el Código de Comercio colombiano, encontramos que el artículo 1055 establece que:

“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”.

La disposición normativa citada trae una posible solución al problema que venimos planteando, por cuanto de manera expresa señala que la conducta dolosa del asegurado no es asegurable.

Pero es preciso revisar varios pronunciamientos jurisprudenciales que de forma reiterada han sostenido que el artículo 1055 no resulta aplicable al seguro de cumplimiento, pues riñe con su naturaleza.

Encontramos, en primer lugar, la sentencia del 2 de mayo de 2002, sobre la cual disertó así la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“[...] A modo de síntesis, cabe concluir que, siendo incontestable que los seguros de cumplimiento no han desaparecido y que la estructura del mismo no se acomoda del todo en el seno del Código de Comercio, la reglamentación especial de ellas, al no hacer parte del código que se derogaba, ni ley complementaria suya, quedó a salvo de la derogatoria general del artículo 2033. Es la única manera de zanjar el choque que de otro modo se presentaría indefectiblemente entre los artículos 1099 y 2033.

Dicho esto, y retomando el hilo, dígase ahora que una compañía aseguradora, pues, que cobre una prima asegurando eso mismo, no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor; no lo primero, porque tal seguro tiene la base legal ya vista, cuya reglamentación especial elimina en el punto la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio; y no lo segundo, porque, amén de ignominiosa, sería altamente nociva la conducta de quien, sabiéndolo, o debiéndolo saber dada su destreza en la materia, propiciara la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no solo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora ha sumado a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño. En fin, un seguro casi humorístico”.

Ahora, nótese que la sentencia citada analiza el supuesto en el cual **la conducta dolosa del tomador** es la que desencadena la ocurrencia del siniestro amparado por el seguro de cumplimiento. En este supuesto coincidimos con la Corte en el sentido de indicar que en ese caso no sería procedente admitir la inasegurabilidad de la conducta del tomador al amparo del artículo 1055 del Código de Comercio Colombiano, pues ello sería como desnaturalizar el seguro o, como lo dice la Corte, terminaríamos en presencia de un seguro inane o humorístico, pues desde su expedición no va a estar llamado a producir efecto alguno en la medida en que el objeto del seguro precisamente es cubrir esos supuestos en que el tomador

-bien sea por una conducta dolosa tipificada en el ordenamiento penal, bien por una conducta gravemente culposa o, en fin, por mera liberalidad- incumple la disposición normativa o el contrato cuyo cumplimiento se garantizó a través del seguro.

En esa línea argumentativa, lo que cabe preguntarse es si los otros supuestos de hecho contenidos en el artículo 1055 del Código de Comercio Colombiano son inaplicables al seguro de cumplimiento o si, por el contrario, definitivamente la totalidad de ellos repugnan con la naturaleza misma del seguro de cumplimiento.

Así, tenemos que el artículo 1055 contempla los siguientes supuestos:

- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **tomador**.
- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **asegurado**.
- Inasegurabilidad del dolo, culpa grave y actos meramente potestativos del **beneficiario**.

Ya hemos concluido que el primer supuesto definitivamente repugna con la naturaleza misma del seguro de cumplimiento, por lo que pasaremos a revisar los otros dos supuestos.

En efecto, en nuestro sentir resulta plausible argüir que, cuando el siniestro en el seguro de cumplimiento proviene de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario de la entidad asegurada, estamos en presencia del segundo supuesto arriba indicado, y ello permitiría concluir que, al ser inasegurable la conducta, se presentaría una exclusión de origen legal que impide que surja la obligación a cargo de la aseguradora.

A la anterior posición podría reprochársele el hecho de escindir los supuestos de la norma, haciéndole producir efectos diferentes. Cabe decir que la norma, precisamente al contemplar tres supuestos de hecho diferentes, admite esa gama de consecuencias jurídicas diferentes, según estemos en presencia de uno u otro supuesto de hecho.

4. Conclusiones

La conducta dolosa o gravemente culposa de los funcionarios de las entidades aseguradas en virtud de pólizas de cumplimiento compromete la responsabilidad de la entidad, siempre y cuando la conducta tenga lugar en el ejercicio válido de esas funciones o cuando, prevalido de ellas, el funcionario realice actos que incidan en la causación del siniestro, esto es, en el incumplimiento del contrato o de la disposición legal cuyo cumplimiento se garantizó.

El hecho de que la entidad pública sea responsable desde el punto de vista patrimonial por esas conductas de sus funcionarios implica concluir que es la entidad la que debe soportar los efectos negativos que desde el punto de vista patrimonial dicha conducta le cause, aun cuando la entidad conserve la facultad de repetir contra el referido funcionario. Así pues, será la entidad la que debe soportar los efectos negativos que la inasegurabilidad de la conducta dolosa o gravemente culposa causen en su patrimonio, en concreto, la inoperancia del seguro para resarcir los daños que la actuación del funcionario implique.

El artículo 1055 del Código de Comercio Colombiano resulta inaplicable al seguro de cumplimiento respecto del supuesto de hecho según el cual la conducta dolosa o gravemente culposa del tomador es inasegurable, pero no en el supuesto de que la conducta es desplegada por el **asegurado** –entidad pública que actúa a través de su funcionario-, pues en ese

supuesto, la norma es plenamente aplicable al seguro de cumplimiento, generando así una exclusión legal que impediría que surgiera a cargo de la compañía asegurada la obligación de pagar el siniestro.