

**EL SEGURO DE INFIDELIDAD DE ENTIDADES FINANCIERAS:
BREVE ESTUDIO A PARTIR DE DOS PROVIDENCIAS JUDICIALES.**



AUTOR:

Carlos Andrés González Galvis

**Trabajo para optar al título de Especialista
en Derecho de Seguros.**

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Ricardo Vélez Ochoa

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.**

2017

**EL SEGURO DE INFIDELIDAD DE ENTIDADES FINANCIERAS:
BREVE ESTUDIO A PARTIR DE DOS PROVIDENCIAS JUDICIALES.**



AUTOR:

Carlos Andrés González Galvis

**Trabajo para optar al título de Especialista
en Derecho de Seguros.**

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Ricardo Vélez Ochoa

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.**

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

1.	RESEÑA Y EVALUACIÓN CRÍTICA. Laudo del 9 de diciembre de 2014.....	10
1.1.	Hechos.....	10
1.2.	Problemas jurídicos.....	12
1.3.	Consideraciones del Tribunal Arbitral.....	12
1.4.	Decisión del Tribunal Arbitral.....	18
1.5.	Evaluación crítica.....	18
2.	RESEÑA Y EVALUACIÓN CRÍTICA. Sentencia del 4 de abril de 2016, proferida por el Consejo de Estado.....	31
2.1.	Hechos.....	31
2.2.	Problema jurídico.....	36
2.3.	Decisión de primera instancia.....	37
2.4.	Consideraciones del <i>a quo</i> en la sentencia.....	37
2.5.	Razones en que se sustentó el recurso de apelación.....	37
2.6.	Consideraciones del Consejo de Estado en la sentencia.....	38
2.7.	Decisión del <i>ad quem</i>	40
2.8.	Evaluación crítica.....	40
3.	BIBLIOGRAFÍA.....	51

1. RESEÑA Y EVALUACIÓN CRÍTICA.

Laudo del 9 de diciembre de 2014.

Asesorías e Inversiones S.A. vs. AIG Seguros S.A. (antes CHARTIS Seguros Colombia S.A.)

Árbitros: Sergio Muñoz Laverde, Arturo Solarte Rodríguez y Ricardo Vélez Ochoa.

1.1. Hechos.

1. Para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012, estuvo vigente entre ASESORÍAS E INVERSIONES y CHARTIS SEGUROS COLOMBIA (hoy AIG SEGUROS COLOMBIA – en adelante AIG), la póliza de Comisionistas de Bolsa No. 1000032, la cual tenía por objeto, entre otros, cubrir las pérdidas que pudiera sufrir ASESORÍAS E INVERSIONES por Infidelidad de sus empleados, de acuerdo con los requisitos establecidos en la cláusula 1.1 KFA 81, así:

“(…) Cláusula 1.1 KFA81: ACTOS DOLOSOS DE TRABAJADORES

“Ampara la pérdida resultante directa y únicamente de actos dolosos o fraudulentos cometidos por empleados del asegurado, con la intención de causar al asegurado una pérdida o de obtener lucro financiero para ellos mismos, donde quiera que se cometan, bien sea por uno solo o en colusión con otros, incluyendo la pérdida de bienes por cualquiera de tales actos cometidos por los empleados.

“No obstante lo anterior, se acuerda que con respecto a las negociaciones u otras transacciones con títulos valores,

mercancías, futuros, opciones, monedas, moneda extranjera (y similares), préstamos y transacciones de tal naturaleza u otras extensiones de crédito, esta póliza cubre sólo las pérdidas que resulten directa y únicamente de actos dolosos cometidos por los empleados del asegurado, con la intención manifiesta de efectuarlos y que resulten en lucro financiero deshonesto para ellos, diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos(...).”

2. Los señores Luz Myriam Sánchez Martínez y Leonardo Alfonso Prado Gómez, en su momento empleados de ASESORÍAS E INVERSIONES, realizaron transacciones sobre los portafolios de algunos clientes, consistentes en comprar, vender y dar en garantía (operaciones repo) acciones, sin las debidas órdenes o autorizaciones de los clientes y sin suministrar a éstos la información pertinente (completa) o que les solicitaban, lo cual derivó en pérdidas para tales clientes y, por consiguiente, para la sociedad comisionista de bolsa.
3. Después de la realización de las operaciones sin la autorización de los clientes o entregando a éstos información incompleta, y hasta que fueron desvinculados de ASESORÍAS E INVERSIONES, los señores Luz Myriam Sánchez y Leonardo Alfonso Prado devengaron sus salarios ordinarios.
4. ASESORÍAS E INVERSIONES, mediante el pago de unas sumas de dinero, indemnizó a los clientes los daños que sufrieron en sus portafolios debido a las conductas dolosas de Luz Myriam y Leonardo. Ahora la sociedad comisionista de bolsa alega que esos pagos constituyen una pérdida que

debe ser asumida por AIG, en virtud del amparo de Infidelidad de empleados en transacciones o préstamos previsto en la Póliza No. 1000032.

1.2. Problemas jurídicos.

- I. ¿Los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y demás emolumentos similares que devenga el empleado del asegurado con ocasión de los actos dolosos, deshonestos o fraudulentos realizados por dicho trabajador, o después de que el empleado ejecutó tales actos, constituyen el lucro financiero deshonesto previsto en las Pólizas globales de entidades financieras para configurar el siniestro bajo el amparo de infidelidad en transacciones o préstamos?

- II. ¿Es abusiva la cláusula que exige la obtención del lucro financiero deshonesto por parte del empleado, como elemento para configurar el siniestro bajo el amparo de infidelidad en transacciones o préstamos de la Póliza Global de entidades financieras?

1.3. Consideraciones del Tribunal Arbitral.

I. Sobre el verdadero entendimiento del lucro financiero deshonesto necesario para que haya siniestro bajo el amparo de Infidelidad en transacciones o préstamos, en particular si los salarios, comisiones y demás emolumentos similares recibidos por el empleado del asegurado con ocasión del acto doloso o después del mismo, pueden constituir dicho lucro financiero deshonesto.

1. En la tarea de interpretación del contrato de seguro, específicamente los elementos que componen el riesgo asegurado, los amparos y exclusiones, debe consultarse primeramente el texto de la póliza, pero en concordancia

con las normas y principios que rigen la contratación privada en general, y la actividad aseguradora en particular, “...*algunos de los cuales propenden por lograr el equilibrio de la relación aseguraticia y la protección del tomador-asegurado...*”¹.

2. Por medio del amparo de infidelidad, las compañías de seguro cubren las pérdidas sufridas por el asegurado provenientes de actuaciones deshonestas, dolosas o fraudulentas de sus empleados. Sin embargo, según el clausulado que aplique, el riesgo se verá delimitado por exigencias fácticas adicionales dispuestas en la póliza respectiva, cuya realización deberá verificarse para que se pueda entender configurado el siniestro.

Así, para la materialización del riesgo cubierto por el segundo párrafo de la cláusula 1.1. KFA 81 (infidelidad en transacciones o préstamos)², deben reunirse los siguientes elementos: (i) la realización de uno o varios actos dolosos por parte de empleados del asegurado, (ii) la ocurrencia de una pérdida para el asegurado, originada directa y únicamente en aquellos actos, y (iii) la obtención de un lucro financiero deshonesto por parte de los empleados, “...*diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones u otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos...*”.

3. El lucro financiero deshonesto puede definirse como las ganancias o provechos de carácter económico, pero no necesariamente dinerario, obtenidas en contravía a la probidad, la corrección o la honradez.

¹ Página 34 del laudo.

² En la póliza No. 1000032 se hace referencia a (i) negociaciones y transacciones que recaigan sobre títulos valores, mercancías, futuros, opciones, monedas y otras similares, y (ii) préstamos y otras extensiones de crédito.

4. No obstante, en ningún caso pueden catalogarse como “lucro financiero deshonesto” los salarios, bonificaciones, comisiones y otros emolumentos similares devengados por los empleados, ni aunque los hubiesen obtenido después de haber cometido los actos dolosos, deshonestos o fraudulentos, ni porque los hubiesen devengado con ocasión de tales actos, por cuanto:
 - 4.1. Por aludir dicha estipulación al amparo de infidelidad de actos de los trabajadores, su aplicación supone, indefectiblemente, la existencia de un comportamiento irregular, incluso calificado como doloso o fraudulento, esto es, totalmente intencional o con absoluta y plena conciencia de su realización.
 - 4.2. El lucro financiero deshonesto necesariamente debe ser una utilidad devengada por fuera de las labores que habitualmente o comúnmente llevan a cabo los empleados, en atención a lo previsto en el contrato de trabajo que los vincula con el asegurado; entonces, como el salario es la remuneración natural u ordinaria a las tareas que debe desarrollar el trabajador, el mismo no puede considerarse como el lucro financiero deshonesto.
 - 4.3. Es el entendimiento de la cláusula que la hace producir efectos, acomodándose a la interpretación lógica de los contratos, en los términos consagrados en el artículo 1620 del Código Civil. En esa medida, si el lucro obtenido por el empleado se pudiera calificar como deshonesto por el hecho de haber sido obtenido con ocasión del acto fraudulento o después de su realización, siempre los salarios y los honorarios serían el lucro financiero deshonesto, por lo que no produciría ningún efecto la estipulación de la póliza según la cual, los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y otros emolumentos

similares, devengados por los empleados, no constituyen el mentado lucro.

- 4.4. Es el entendimiento de la cláusula que mantiene debidamente separados los tres elementos del amparo de infidelidad en transacciones o préstamos, a saber: (i) la existencia de actos dolosos ejecutados por los trabajadores del asegurado, (ii) la ocurrencia de una pérdida para el asegurado y (iii) la obtención de un lucro financiero deshonesto por parte de aquéllos. Sostener que el salario es la ganancia indebida por el hecho de haber sido devengado con ocasión del acto fraudulento o después de su ejecución, implicaría eliminar el tercer requisito, en tanto bastaría el acto doloso para que el salario fuese deshonesto. Así las cosas, para la realización del riesgo asegurado se precisaría solamente el primer y segundo elemento.

5. *“Es pues de conformidad con las consideraciones antes expuestas que el Tribunal se inclina definitivamente por entender que cuando se estableció esa específica previsión relativa a salarios y otros emolumentos, se tuvo como propósito que tales beneficios, alcanzados en el normal desempeño de sus labores –según el alcance indicado- no podrían ser considerados como “lucro financiero deshonesto”.*

Para este Tribunal tal previsión sí tiene efecto; y se ve obligado a inclinarse por ello, en la medida en que, no solamente es lo lógico y lo deseable que las estipulaciones contractuales produzcan algún tipo de efecto, sino que es lo que, como ya se ha dicho, corresponde de conformidad con el criterio de interpretación contractual establecido en el artículo 1620 del Código Civil”³.

³ Páginas 44 y 45 del laudo.

II. Sobre la abusividad de la cláusula que exige la obtención del lucro financiero deshonesto por parte del empleado.

6. Una cláusula es abusiva, vejatoria o leonina en un contrato de adhesión, cuando produce un desequilibrio injustificado y significativo de las obligaciones a cargo del deudor y de los derechos de que es titular el acreedor. Ese es el criterio general que doctrina y jurisprudencia, desde tiempo atrás, y hoy la ley (en materia de consumidor), han establecido para determinar si una cláusula puede calificarse como abusiva. Pero también hay unos listados legales (se destacan los consignados en la Ley 1328 de 2009 y en la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia), con supuestos de estipulaciones que pueden caracterizarse como leoninas.

7. La cláusula que exige la obtención del lucro financiero deshonesto por parte del empleado, como elemento para configurar el siniestro bajo el amparo de infidelidad en transacciones o préstamos de la Póliza Global de entidades financieras, no es abusiva, por las siguientes razones:
 - 7.1. Porque su contenido no se corresponde con ninguna de las cláusulas prohibidas por las listas que se establecen en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 y en la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia. En particular, no comporta una inversión de la carga en materia probatoria, pues en materia de seguros, por disposición expresa del artículo 1077 del C.Co., el asegurado o beneficiario tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía del siniestro, y el lucro financiero deshonesto es un elemento de existencia del siniestro.

 - 7.2. Porque la inclusión de dicho elemento como integrante del amparo

de Infidelidad en transacciones o préstamos, comporta el ejercicio legítimo de la facultad de delimitar el riesgo que está dispuesta a asumir, concedida a la aseguradora en virtud de lo establecido en el art. 1056 del C.Co., y con ello no se actúa en manifiesta contravía del equilibrio contractual, ni de los postulados de la buena fe; por el contrario, se trata de una conducta que encuentra asidero o justificación en la técnica de los seguros.

En efecto, ese especial requisito encuentra sustento técnico en la precaución de la aseguradora de cubrir pérdidas operacionales, cuales son aquellas que sufre el asegurado en el giro normal de sus negocios. Es decir, para evitar el amparo sobre dichas pérdidas comerciales, se exige que el empleado obtenga ese lucro financiero deshonesto cuando realiza los actos fraudulentos o dolosos en el marco de transacciones o préstamos.

- 7.3. Porque se corresponde con el clausulado KFA 81, el cual es ampliamente utilizado a nivel nacional e internacional y, por tanto, aceptado en el mercado de seguros. Es más, dicho clausulado sí cubre las pérdidas sufridas por el asegurado en el marco de transacciones o préstamos, siempre que se acredite la obtención del lucro financiero deshonesto, mientras que otros clausulados, como el DHP-84, excluye las pérdidas del asegurado en tales transacciones o préstamos.

- 7.4. En conclusión, *“...si lo que se aprecia es que se trata de una estipulación introducida en el iter contractual de conformidad con lo que resulta usual en este tipo de mercados, que no es irrazonable o carente de justificación, y no conduce a un desequilibrio significativo en el contrato, pues no genera un vaciamiento de la*

cobertura contratada o la hace inaplicable, no puede el juzgador desconocer las reglas que las partes aceptaron en ejercicio de su autonomía, por lo que se deben mantener incólumes los efectos jurídicos que produce la estipulación enjuiciada...”⁴.

8. En el caso sometido a consideración del Tribunal, si bien se acreditó el actuar doloso de los empleados Sánchez y Prado, no se demostró la obtención de ingresos diferentes a los que ordinariamente hubiesen devengado por su relación laboral. En particular, no se apoderaron de las sumas de dinero que perdieron los clientes. Por tanto, al faltar el requisito del lucro financiero deshonesto, no ocurrió siniestro bajo el amparo de Infidelidad en transacciones o préstamos.

1.4. Decisión del Tribunal Arbitral.

Denegar las pretensiones de pago contenidas en la demanda arbitral, al no haber existido siniestro. En consecuencia, la aseguradora no fue condenada a pagar ninguna suma de dinero al asegurado.

1.5. Evaluación crítica.

El juicioso estudio que hizo el Tribunal para considerar que los salarios obtenidos por el empleado con ocasión de los actos dolosos o después de su realización no constituían el lucro financiero deshonesto exigido en la Póliza para materializar el riesgo asegurado bajo el amparo de Infidelidad en transacciones o préstamos (primer problema jurídico), nos parece adecuado y correcto.

⁴ Páginas 78 y 79 del laudo.

Creemos que el punto de partida de los falladores, a saber, el tipo de riesgo que se cubría en la póliza objeto de análisis, orientó debidamente todos los razonamientos expuestos en el laudo. Hacemos referencia a la apreciación según la cual, en el amparo de infidelidad siempre se precisaba la existencia de una conducta irregular, fraudulenta o deshonesto, por lo que el lucro financiero que debía obtener el empleado, si bien también tenía el calificativo de deshonesto, no podía ser las retribuciones que ordinariamente devengaba por el contrato (en este caso de trabajo) que lo vinculaba con la sociedad asegurada. Es decir, si bien esa ganancia debía ser contraria a la probidad y rectitud, no podía asimilarse al salario que debía recibir el empleado, aunque fuese obtenido en razón o después del acto doloso.

El argumento que se esgrime con posterioridad, a saber, que considerar que el salario ganado luego del acto fraudulento era el lucro deshonesto, implicaría dejar sin ningún efecto la cláusula del contrato de seguro según la cual, el salario no es el lucro financiero deshonesto, es solo una consecuencia del punto de partida, en el que se hacía un llamado a mantener los elementos del riesgo debidamente separados, como debe ser. Aquél razonamiento, en el que ya se acude a las normas de interpretación de los contratos, puntualmente a la prevista en el artículo 1620 del Código Civil, refuerza la tesis prohijada por el Tribunal⁵. Pero es igualmente de

⁵ En laudo del 30 de noviembre de 2015, proferido por el Tribunal de arbitramento integrado por el Doctor Nicolás Gamboa Morales (árbitro único), que tuvo por sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por un lado, ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas), se hace un razonamiento similar, en los siguientes términos:

*“c. Y adicional a lo anterior, también sería contrario al precitado artículo y al contexto del Contrato de Seguro la **inclusión** de los salarios, comisiones, bonificaciones, etc. devengados por el Empleado deshonesto como constitutivos de una “ganancia financiera personal inapropiada”, pues ello haría **inane** la exigencia de tal requisito para configurar un siniestro bajo el amparo de infidelidad referente a Transacciones o Préstamos (y aun con mayor énfasis tratándose del amparo de infidelidad proveniente de actos deshonestos diferentes de los relacionados con Transacciones o Préstamos).*

*En efecto, dado que según la atrás descrita definición de “Empleado”, que figura en la Póliza, por este ha de entenderse “... 2. Una persona natural que se encuentre al **servicio** del asegurado en cualquiera de las oficinas del asegurado, **remunerado** por el asegurado...” (énfasis añadido), bastaría, sencillamente, que el asegurado, ajeno al proceder deshonesto de su Empleado, le hubiera*

contundente a los anteriores, pues bajo la posición de la convocante, siempre el salario recibido por el acto deshonesto sería el lucro deshonesto, por lo que la estipulación del contrato que dice que el salario no es dicho lucro derivaría en letra muerta.

Incluso, se podría encontrar un argumento adicional para sostener la decisión de los señores Árbítrros (en el laudo, pero en el capítulo sobre la abusividad de la cláusula, se esbozan algunas ideas que permiten estructurarlo): en una Póliza de infidelidad no están cubiertas las pérdidas causadas al asegurado en transacciones o préstamos, pues se pueden estar amparando pérdidas de mercado (la materialización del riesgo especulativo)⁶, y solo habrá seguro sobre tales pérdidas cuando, como se estableció en la póliza que se analizó por el Tribunal (la de clausulado KFA 81, aunque el razonamiento se puede extender a todos los

pagado su remuneración – por demás obligación legal – durante el lapso en que se hubieran cometido los actos deshonestos para que se tipificara la “ganancia personal inapropiada”.

Como se expresa en el Alegato de Chubb, en apreciación que comparte el Tribunal:

“El hecho de que se exija un lucro o utilidad por parte del funcionario infiel, pero que el mismo pudiera ser constituido por sus salarios o sus comisiones, haría completamente inútil esa exigencia, pues si es un empleado, este siempre recibe salario como mínimo y comisiones por las operaciones en la Bolsa de Valores” (negrillas originales).

⁶ Es el riesgo puro, esto es, la posibilidad de pérdida, y no el riesgo especulativo (definido como la posibilidad de ganancia o pérdida), el que puede ser objeto de cobertura en un contrato de seguro.

Sobre el tema, el profesor J. Efrén Ossa Gómez explica lo siguiente:

“El riesgo especulativo implica, a la vez, la posibilidad de pérdida y la de ganancia. Se advierte así, prima facie, su trascendencia en la vida económica...”

(...)

La misma especulación bursátil nos ofrece ejemplos típicos de riesgo especulativo: la inversión en valores que bajan, para deshacerse de ellos cuando suben, y la venta de los valores que suben, para rescatarlos cuando bajan, encierran posibilidades de pérdida y de ganancia, constituyen riesgo especulativo. Toda nueva empresa industrial o comercial, así sea la mejor prospectada, tras las halagüeñas perspectivas de ganancia, oculta gérmenes, más o menos peligrosos, de posible fracaso. He ahí diversas manifestaciones del riesgo especulativo. Importa captar su zona de influencia, advertir con claridad su fisonomía, para distinguirlo inequívocamente del riesgo puro que, objeto del seguro, moldeado técnica, económica y jurídicamente a la órbita de esta institución, es el tema de este ensayo” (OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría general del seguro. La Institución. 1ra Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 3).

clausulados que exigen la obtención de la ganancia indebida, como el NMA 2626 y el LPO 218), el empleado reciba una ganancia financiera inapropiada o indebida, entendida como la apropiación de dineros diferentes a los que ordinariamente tiene derecho el empleado de la sociedad asegurada, por lo que necesariamente tiene que ser un beneficio distinto a los salarios, comisiones, honorarios, bonificaciones, premios, etc⁷.

Es decir, en la íntima conexión entre la inasegurabilidad de una pérdida de mercado (derivada de un riesgo especulativo – posibilidad de pérdida y ganancia –) y el lucro económico que obtiene el empleado por su comportamiento deshonesto, encuentra justificación la estipulación de que ese lucro no puede consistir en salarios, comisiones y demás remuneraciones propias del actividad del empleado, cuando se pretende afectar el amparo de Infidelidad en transacciones y préstamos en un seguro de infidelidad y riesgos financieros.

Técnicamente, en los seguros bancarios a nivel mundial, bajo el amparo de infidelidad en transacciones o préstamos, solo se cubren las pérdidas que resulten en beneficios financieros personales para el empleado infiel, diferentes de salarios, comisiones, honorarios y cualquier otro tipo de beneficios similares que tengan como causa el contrato de trabajo o los servicios profesionales existentes entre el asegurado y el funcionario infiel. Con ese entendimiento, tampoco resultaría posible tener por configurado el siniestro con el simple hecho de que los empleados hubiesen recibido salarios mientras realizaban los actos dolosos o después de ejecutados, como correctamente lo concluyó el Tribunal de Arbitramento.

Así las cosas, podría decirse que para poder configurar la infidelidad del empleado en el marco de transacciones o préstamos, se precisa no solamente la realización

⁷ Y es que estos no pueden entenderse como indebidos o inapropiados, en la medida en que tienen una causa real y lícita, a saber, el contrato de trabajo o de prestación de servicios profesionales celebrado entre la sociedad asegurada y el funcionario.

de un acto deshonesto y la causación de una pérdida al asegurado, sino, además, que por el acto deshonesto el empleado reciba una ganancia inapropiada o lucro deshonesto, distinto de salarios y comisiones. Y que deba ser diferente de salarios y comisiones encuentra explicación en la naturaleza del contrato de seguro y en las exigencias técnicas de la industria aseguradora, en virtud de las cuales no se pueden amparar pérdidas comerciales, operacionales o de mercado⁸. Ello se compaginaría con la norma de interpretación de los contratos consagrada en el artículo 1621 del Código Civil, de acuerdo con la cual *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”*.

Como antecedente jurisprudencial del problema jurídico, se trae a colación el laudo del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por un lado, PROYECTAR VALORES COMISIONISTA DE BOLSA S.A. – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas)⁹.

⁸ Sobre las pérdidas operacionales, el profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet explica lo siguiente:

“Otra nota distintiva de este amparo radica en que no abarca pérdidas operacionales del asegurado. De ahí las aclaraciones que en ocasiones se encuentran en algunas pólizas, según las cuales, se da por sentado que las negociaciones con valores o divisas o las diversas modalidades de concesión de créditos solo gozan de la cobertura si provienen de actos deshonestos de empleados del asegurado, ejecutados con la finalidad manifiesta de lucrarse y siempre que el beneficio pecuniario no consista en salarios, comisiones, honorarios, promociones o cualquier tipo de emolumento de naturaleza similar.

Esta última aclaración aparece en la mayoría de las pólizas globales bancarias dentro del cuerpo del amparo de infidelidad o en el anexo de exclusión de pérdidas operacionales o trading loss exclusion rider como se conoce en el mercado de Londres” (NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 226).

⁹ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Diana Patricia Salom Rubio y José Fernando Ramírez Gómez, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

En los apartes que se desea destacar, el H. Tribunal consideró lo siguiente sobre la ganancia financiera personal inapropiada o lucro financiero deshonesto:

“En efecto, se advierte que este amparo en el literal A. DEL EMPLEADO tiene por finalidad la cobertura de pérdidas derivadas de actos deshonestos cometidos por los dependientes del asegurado o con el concurso de otros, que resulten en una ganancia financiera personal inapropiada ya sea para dicho empleado o para otra persona que actué en concurso con dicho empleado, o que aquellos fueron cometidos con la intención de que el asegurado soportara dicha pérdida.

Por ende, se requiere que, como contrapartida a la pérdida resultante de actos deshonestos, o bien (i) exista una ganancia financiera personal inapropiada, a cuyos efectos la póliza expresa que “Las ganancias financieras personales indebidas no incluirán salarios, incrementos salariales, comisiones, honorarios, promociones, premios, bonificaciones, repartición en utilidades, planes de incentivos, pensiones u otras remuneraciones laborales recibidos por un socio o por un empleado”; o, indistintamente, (ii) que los actos deshonestos hubiesen sido cometidos con la intención de que el asegurado soportara dicha pérdida, esto es, con mala fe y con la intención de perjudicarlo, o sea con dolo.

(...)

En lo que respecta a la ganancia financiera personal inapropiada, resulta claro que la póliza apunta a que dicha ganancia corresponda a conceptos distintos de los que significan una remuneración del empleado. La legislación laboral define lo que se entiende por salario al igual que los pagos que no constituyen salarios, y el concepto de remuneración, que es distinto al de salario, comprende conceptos que en la póliza están definidos como no constitutivos de ganancia personal financiera indebida, como es el caso de las

comisiones y bonificaciones o premios. De allí que la ganancia financiera personal indebida haya de buscarse en conceptos distintos.

A este respecto estima el Tribunal necesario puntualizar que las comisiones generadas o que hubiesen podido generarse por la realización de operaciones de bolsa no encajan en el concepto de ganancia financiera personal inapropiada o indebida, tal cual fue definida esta en la póliza. En cada caso habría de comprobarse cómo se obtuvo dicha ganancia, lo que no siempre resultará fácil teniendo en cuenta la sofisticación del mercado de valores. Así por ejemplo, en el campo teórico, podría suceder que las operaciones de bolsa tuvieren por objeto el favorecimiento de una persona en particular, generándole utilidades, en detrimento del cliente, a quien se le generaría como contrapartida una pérdida. Si esa fuere la intención de una firma comisionista o de un empleado suyo, la intención de causar la pérdida habría de comprobarse examinando las varias operaciones o el conjunto de ellas, las partes involucradas en las operaciones, las circunstancias de modo y demás aspectos que contribuyan a esclarecer en dónde se generó la ganancia financiera personal, es decir, la de quien hizo o de quienes hicieron los actos deshonestos o la de aquellas personas que actuaron con el concurso del empleado o con su complicidad.

En cuanto al literal B.TRANSACCIONES O PRÉSTAMOS, se requiere que la pérdida derive de actos deshonestos, surgidos de dichas transacciones o préstamos, que resulten igualmente en una ganancia financiera personal inapropiada u obedezcan a la intención de que el asegurado soportare dicha pérdida, o, en su defecto, si no se obtiene aquella ganancia, se exige que el asegurado pruebe que el empleado tenía la intención de recibir dicha ganancia financiera personal inapropiada.

*“Como ya quedó verificado, la ausencia de ganancia financiera inapropiada de los empleados, es un hecho cierto perfectamente demostrado en este proceso. Quedando además claro que **ese concepto en modo alguno incluye las ganancias por “comisiones”, no solo porque el término “inapropiado” deslinda la idea, sino porque expresa y claramente la póliza declara que esas ganancias inapropiadas “no incluirán salarios, incrementos salariales, comisiones, honorarios, promociones, premios, bonificaciones, repartición en utilidades, planes de incentivos, pensiones u otras remuneraciones laborales** recibidos por un socio o por un empleado” (Resalto y subrayo).*

Ahora, en cuanto al segundo problema jurídico, es del caso manifestar que coincidimos con la posición adoptada por el Tribunal, esto es, que la cláusula no es abusiva.

Estamos completamente de acuerdo en que la exigencia de obtener un lucro financiero deshonesto, distinto de salarios, comisiones y demás emolumentos similares, es uno de los elementos del riesgo asegurado bajo el amparo de Infidelidad en transacciones o préstamos, por lo que su inclusión en la póliza corresponde al ejercicio de la potestad de la aseguradora de delimitar el riesgo, en los términos que se le concede en el artículo 1056 del C.Co. Concordamos, además, en que dicho elemento encuentra asidero en la precaución de las aseguradoras de amparar pérdidas operacionales o de mercado, conforme se explicó con las citas doctrinales que se reprodujeron en el laudo.

Tan es cierto que no se trata de una exigencia injustificada, que varios clausulados internacionales, como el KFA 81, el NMA 2626 y el LPO 218 lo traen como elemento del riesgo asegurado.

Adicionalmente, su inclusión en la póliza no comporta un desequilibrio significativo de las prestaciones a cargo de las partes, porque la prima que paga el tomador por un producto con este clausulado, se corresponde con el riesgo que asume la aseguradora. En el mercado se encuentran otros clausulados, como el DHP-73 o el DHP-84, sin contar con los elaborados a la medida del asegurado (denominados “Taylor made”), en los que el riesgo de infidelidad asumido por la compañía de seguro se corresponde con la prima que paga el cliente, por lo que ya será decisión del tomador – asegurado determinar cuál satisface (por lo menos en mayor medida) sus necesidades¹⁰.

Finalmente, afirmó el Tribunal que aquélla exigencia, por difícil que pudiera ser su acreditación en un momento específico para el asegurado, no implicaba que la aseguradora se exonerara de responsabilidad en todos los casos, ni aún en la mayoría de ellos.

Todos estos razonamientos, expuestos de manera ordenada y lógica por los señores Árbitros, los llevaron a considerar, acertadamente a nuestro juicio, que la exigencia de obtener el lucro financiero deshonesto no atentaba contra la buena fe objetiva, ni en contra del equilibrio entre las partes del contrato de seguro, razón por la cual no podría calificarse la cláusula en mención como leonina o vejatoria.

Esta discusión viene de vieja data, y la mayoría de las veces se ha tomado partido por la eficacia de la cláusula.

¹⁰ Sobre el tema, el profesor Jorge Eduardo Narváez Bonnet es del siguiente criterio: *“Además de las consideraciones anteriores, las dificultades de carácter probatorio que en la praxis entraña el clausulado de infidelidad de la KFA 81, la hacen más restrictiva lo que se refleja en el precio de la misma, vale decir, suele ser inferior al que se establece para el amparo de infidelidad de la versión DHP-84 con exclusión “j”, lo cual obedece a que ese menor precio es consecuente con la menor protección de la KFA 81”* (NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: coberturas y tendencias del seguro global bancario. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 24, No. 43, Julio – Diciembre, 2015. p. 90, pie de página 56).

Así, en laudo del 30 de agosto de 2002, proferido por el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias existentes entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMÚDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACIÓN y la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.¹¹, se consideró lo siguiente:

“Es aceptado por doctrina nacional y extranjera que la prueba de la intención puede aparejar algunas dificultades, pero también lo es que como resultado de una apreciación global de las pruebas aportadas y rituadas en el proceso, pueda evidenciarse sin equívoco alguno una conducta del empleado dirigida expresamente a procurar un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero. Ese beneficio propio, como lucro indebido, provocado por el detrimento patrimonial del tomador asegurado, bien puede ser difícil de acreditar, pero igual puede ser elemento de la violación sistemática de normas básicas de ejercicio del objeto social del tomador asegurado o de sus reglamentos de operaciones, siempre que existan elementos objetivos que permitan demostrar un lucro en el patrimonio del empleado, como modificaciones de sus condiciones habituales de comportamiento social, sobreviniente adquisición de bienes o también el beneficio de terceros.

(...)

Con todo, como quiera que el apoderado de la convocante le endilga abusividad a la manera contractualmente prevista en la condición pertinente del anexo de prueba del “propósito de obtener un beneficio pecuniario” (pág. 22 del alegato de conclusión), el tribunal entiende que respecto de este asunto debe reiterar que evidentemente el acreditamiento de tal exigencia contractual apareja, en ocasiones, dificultades, pero que también es cierto que, como atrás se señaló, la realidad probatoria analizada en su conjunto, como lo impone el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, puede

¹¹ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Alejandro Venegas Franco y José María Neira, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

indicarle al juzgador de derecho privado un cúmulo de circunstancias que, con sujeción a la sana crítica, le evidencien un inequívoco propósito de procurar un indebido beneficio para un tercero. La dificultad de una prueba no conlleva necesariamente a que la cláusula que la exige sea injusta o abusiva”

Importante aclarar que en este trámite arbitral, la póliza estaba confeccionada con base en el clausulado DHP-75, en el que se exige la intención del empleado de recibir una ganancia personal indebida, no la obtención efectiva. Sin embargo, las apreciaciones transcritas, en tanto aluden a dificultades para demostrar dicha circunstancia, son útiles para sostener que la cláusula que exige la obtención no es vejatoria.

Por otra parte, en el laudo del 24 de octubre de 2012, al que se hizo referencia en líneas pasadas¹², se presentaron los siguientes razonamientos:

“En sentir del Tribunal ni se está frente a una afirmación indefinida para considerarla relevada de prueba, conforme al art. 177 del C. de P. Civil, ni se trata de una cláusula abusiva o dudosa que tuviera que interpretarse en contra de la aseguradora que la redactó.

(...)

Pero así se admitiera la tesis de la afirmación indefinida, con todas las dudas que ello genera, aún de tipo constitucional, lo que claramente aparece en el proceso es que la afirmación está desvirtuada por las otras pruebas que obran en el expediente, empezando por el cruce espontáneo de correos electrónicos dado entre la señora Pardo y el señor Contreras, traídos a

¹² Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Diana Patricia Salom Rubio y José Fernando Ramírez Gómez, constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por un lado, PROYECTAR VALORES COMISIONISTA DE BOLSA S.A. – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas).

colación por el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, donde por ninguna parte se nota el ánimo o intención de obtener una ganancia inapropiada por razón de las operaciones del portafolio de los Cascavita. Contrariamente, como ya quedó atrás expuesto, preocupación y si se quiere pesadumbre es lo que se observaba, porque los resultados no eran favorables a los intereses de estos. También se hizo referencia a las declaraciones de la señora Chavarro y del señor Arguello, funcionarios de Proyectar, quienes remitiéndose al informe de auditoría interna presentan el hecho como el resultado de “malas inversiones” o efecto no deseado de las operaciones “intradía”. Asimismo, vale la pena volver a hacer mención de la declaración del señor José Rodrigo Roa, ajustador, quien de alguna manera descarta la intención dañina de los empleados, o el ánimo de apropiarse de títulos o rendimientos.

Teniendo en cuenta las verificaciones anteriores, sin duda alguna se puede concluir que la parte convocante tampoco cumplió con la carga de probar el siniestro cubierto por el amparo de infidelidad, porque además de las pruebas relacionadas, que, como ya se vio, conducen a otro aserto, es decir, la ausencia de intención apropiativa, en el expediente no aparece ninguna prueba indirecta (indicios), que ponga de presente o haga manifiesto el elemento subjetivo de la intención de obtener la ganancia financiera personal inapropiada” (subrayas propias).

Aunque nuevamente se hace referencia a la intención de obtener la ganancia deshonestas, los señores Árbitros son claros en establecer que a través de indicios se puede acreditar tal intención (v.gr., indicios sobre modificaciones en el nivel de vida o de gastos del empleado). Nuevamente se puede traer a cuento que la dificultad de demostrar el lucro indebido no implica abusividad de la cláusula que lo exige, por lo que no se le puede restar eficacia a la misma.

Ahora bien, la posición contraria, esto es, que la cláusula sí es abusiva, la sostuvo el Tribunal de Arbitramento que dirimió el conflicto entre ANDINO CAPITAL MARKETS S.A. COMISIONISTA DE BOLSA EN LIQUIDACIÓN y LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.¹³

En laudo dictado el 11 de octubre de 2001, se consignaron los siguientes argumentos:

“El Tribunal es consciente de que en la "Condición Especial" primera (1ª.) de la condición 1.1 de la póliza, se limita el cubrimiento de infidelidad de empleados en lo concerniente a préstamos u operaciones comerciales a los casos de actos deshonestos o fraudulentos "...cometidos por un empleado que obtenga una ganancia financiera personal ilícita proveniente de tales acciones", pero considera que una exigencia probatoria de este tipo para el asegurado, con miras a la demostración de la ocurrencia del siniestro, además de los demás elementos que lo estructuran conforme a la definición básica, comporta un desequilibrio contractual evidente que podría llevar a hacer nugatoria la reciprocidad esencial del contrato cuando se trata de siniestros dentro de circunstancias de actos deshonestos o fraudulentos cometidos en desarrollo de "préstamos u operaciones comerciales", que hacen inaplicable esta condición dentro del contexto de unas condiciones que son dictadas y redactadas por el asegurador. En efecto, la prueba de la obtención efectiva, no solamente de la intención, en cuanto a la ganancia financiera personal ilícita suele ser imposible, y en ello le asiste razón a la convocante, porque muchas veces la ganancia permanece fácilmente oculta al escrutinio de la investigación o porque incluso puede no llegarse a realizar efectivamente por circunstancias ajenas al autor.”

¹³ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. Carlos Esteban Jaramillo Schloss (árbitro presidente), Andrés Ordóñez Ordóñez y Jorge Suescún Melo, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Pese a la autoridad que tienen los árbitros mencionados, nosotros creemos, en total conformidad con las razones esbozadas por el Tribunal en el laudo del 9 de diciembre de 2014 (ya destacadas anteriormente), que la cláusula no es abusiva. Aunque habrá que estudiar cada caso concreto, pues cada evento puede traer nuevos hechos por analizar, preliminarmente se podría establecer, a modo de conclusión general, que la cláusula no comporta un desequilibrio significativo e injustificado de las prestaciones de las partes, por lo que no podría tildarse de vejatoria.

2. RESEÑA Y EVALUACIÓN CRÍTICA.

Sentencia del 4 de abril de 2016.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

Subsección C. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Fiduciaria La Previsora S.A. Vs. Seguros Colpatria S.A.

Radicación: 25000-23-26-000-2011-00530-01 (49.004)

2.1. Hechos.

1. El 23 de mayo de 2005, Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante FIDUPREVISORA) celebró con la Empresa Distrital de Teléfonos de Barranquilla –en liquidación– (en lo sucesivo EDT), el contrato de encargo fiduciario No. 03-01-070, que tenía por objeto “...*que la FIDUCIARIA reciba a título de Encargo Fiduciario, los recursos de propiedad del FIDEICOMITENTE, los administre, invierta y destine al pago de los pensionados, aforados, proveedores, terceros y acreedores, todo de conformidad con las instrucciones que imparta el FIDEICOMITENTE...*”.

2. Pese a que en el contrato de encargo fiduciario se estableció un procedimiento para que FIDUPREVISORA efectuara los pagos respectivos, en el que siempre se exigía la orden o instrucción de un representante del fiduciante (EDT), acompañada de unos documentos soporte de la misma, para los pagos de sentencias judiciales no aplicaba dicho procedimiento. Sin embargo, el trámite era bastante similar, compuesto por las siguientes etapas, relatadas por FIDUPREVISORA a la aseguradora y a DELIMA MARSH en comunicación del 9 de octubre de 2009:

“Una vez recibida y radicada por parte del Auxiliar 4 la sentencia judicial en la Fiduciaria, ésta se pasaba a la Dirección de la oficina quien verificaba el documento y por tratarse de fallo judicial se notificaba la existencia de la misma a la Coordinadora de Abogados y Contratos con el fin de poner en conocimiento del fallo proferido y adicional a ello con el de que por parte de la mencionada funcionaria se confirmaran datos importantes tales como: existencia del proceso en el despacho judicial, que las liquidaciones ordenadas estuvieran correctas y que adicional a ello no se hubieran realizado pagos por el mismo concepto a las personas objeto del litigio que fungían como demandantes y con la calidad de ex funcionarios de la extinta EDT.

La Coordinadora de Abogados y Contratos, mediante comunicaciones radicadas en nuestra oficina daba respuesta de nuestra petición, aportando los soportes que esta consideraba, entre los que se destaca el pronunciamiento que hacía el abogado de la extinta EDT quien entre otros aspectos señalaba que las liquidaciones se encontraban ajustadas a derecho, no tenían objeciones y que las mismas gozaban de la presunción de legalidad y de fallos debidamente ejecutoriados.

Se enviaba hasta la Dirección Jurídica de la FIDUPREVISORA toda la documentación recibida que incluía: Original de la Sentencia Judicial, Solicitud a la Coordinadora de Abogados y Contratos, respuesta emitida por la misma con el fin de que esta Dirección conceptuara sobre la atención de lo ordenado a través de los distintos despachos judiciales.

Con todo lo anterior, finalmente se procedía con la atención y ejecución de lo ordenado por los Jueces Laborales”

3. Durante la ejecución del contrato de encargo fiduciario No. 03-01-070, puntualmente entre noviembre de 2007 y mayo de 2008, FIDUPREVISORA ordenó y efectuó el pago a los señores Alexandra María Pertuz Sierra, Ricardo Cuentas Pérez y Eduardo José Arcieri Gutiérrez, de las condenas impuestas a la EDT en 7 sentencias judiciales que resultaron ser falsas, de acuerdo con información suministrada por los medios de comunicación y por el Distrito Especial y Portuario de Barranquilla – Dirección Distrital de Liquidaciones.

En las providencias, supuestamente expedidas por los Juzgados Tercero, Sexto y Octavo Laborales del Circuito de Barranquilla, se reconocían ajustes salariales, horas extras, recargos nocturnos y otras obligaciones laborales a ex trabajadores de la EDT que no eran las mismas personas a las que FIDUPREVISORA les pagó, ni existía razón valedera (salvo en un caso que había un poder) para efectuar el pago a tales personas.

4. Tanto los funcionarios de la EDT (fiduciante) como de FIDUPREVISORA, fallaron en la labor de verificar la existencia de los 7 procesos judiciales en los que ordenaban los pagos que se hicieron. Adicionalmente, se les pasó

por alto que los demandantes en los procesos no eran las mismas personas a quienes FIDUPREVISORA pagó finalmente.

5. FIDUPREVISORA y Seguros Colpatria S.A. (en adelante SEGUROS COLPATRIA), celebraron un contrato de seguro de manejo global bancario, materializado en la póliza No. 8001000184, para la vigencia comprendida entre el 20 de mayo de 2008 y el 20 de mayo de 2009.

5.1. El amparo de **infidelidad de empleados** y de **falsificación extendida** de la Póliza fueron pactados en los siguientes términos, de acuerdo con el clausulado DHP-84:

“POLIZA GLOBAL BANCARIA DHP-84

CLAUSULA DE SEGURO NO. 1 INFIDELIDAD DE EMPLEADOS: POR RAZÓN DE PÉRDIDA RESULTANTE DIRECTAMENTE DE ACTOS DESHONESTOS O FRAUDULENTOS POR EMPLEADOS DEL ASEGURADO COMETIDOS SOLO O EN COLUSIÓN CON OTROS, CON LA INTENCIÓN MANIFIESTA DE CAUSAR DICHA PÉRDIDA ALA SEGURADO (sic).

(...)

CLÁUSULA DE SEGURO NO. 5 EXTENSIÓN DE FALSIFICACIÓN: POR RAZÓN DE:

i) HABIENDO EN BUENA FE, Y EN EL DESARROLLO NORMAL DEL NEGOCIO, COMPRADO, ADQUIRIDO, ACEPTANDO, RECIBIDO, VENDIDO, ENVIADO U OTORGADO ALGÚN

VALOR, CONCEDIDO ALGÚN CRÉDITO O ASUMIDO ALGUNA OBLIGACIÓN O ACTUADO DE CUALQUIER MANERA SOBRE CUALQUIER TÍTULO VALOR, DOCUMENTO, U OTRO INSTRUMENTO ESCRITO QUE PRUEBE HABER SIDO FALSIFICADO O ADULTERADO EN CUANTO A LA FIRMA DE CUALQUIER GIRADOR, LIBRADOR, EMISOR, ENDOSANTE, CEDENTE, ARRENDATARIO, INTERMEDIARIO, ACEPTANTE, FIADOR O POR HABER SIDO BORRADO, ALTERADO, PERDIDO O HURTADO” (negrillas originales).

- 5.2. La Póliza tenía un anexo con la cobertura complementaria de **responsabilidad civil profesional**, pactada en los siguientes términos, de acuerdo con el clausulado NMA 3000:

“Con sujeción a los términos de esta **Póliza** los Aseguradores indemnizarán al **Asegurado** por las **pérdidas** resultantes de actos u omisiones de buena fe (excepto en lo que se refiere a la Cláusula de Seguro (d) que den origen a un **Reclamo** hecho por primera vez por el **Reclamante** en contra del **Asegurado** durante la Vigencia de la **Póliza**, siempre y cuando ese **Reclamo** surja de la prestación de **Servicios Financieros** por parte del **Asegurado** a ese **Reclamante** después de la Fecha Retroactiva y por:

(a) *pérdidas causadas por un acto negligente, un error negligente o una omisión negligente por parte de un **Empleado**; o*
(b) *pérdidas causadas por una violación negligente de confianza, (incluyendo la violación negligente de confianza constructiva), una violación negligente de la obligación fiduciaria o una violación negligente de la obligación profesional, por parte de una (sic) **Empleado**; o*

(c) *pérdidas causadas por una declaración equivocada y negligente por parte de un **Empleado**; o*

(d) *pérdidas causadas por un **Acto u Omisión Deshonesto o Fraudulento** por parte de un **Empleado**, o*

(e) ***Responsabilidad civil real o supuesta.***” (negrillas originales).

6. El 22 de abril de 2009, FIDUPREVISORA recibió una comunicación proveniente del Distrito Especial y Portuario de Barranquilla, suscrita por la Directora Distrital de Liquidaciones de la Alcaldía de Barranquilla, en la que se solicitó el “*reintegro y pago inmediato de los recursos del contrato fiduciario No. 03-01-0070, suscrito entre la EDT en liquidación y FIDUPREVISORA S.A.*” por un valor de \$1.300.000.000.00, ante la existencia de las defraudaciones que tuvieron lugar por cuenta del pago irregular, que tuvo fundamento en las sentencias falsificadas.

7. FIDUPREVISORA demanda a SEGUROS COLPATRIA, solicitando el pago de lo que debió pagar aquella por las 7 sentencias judiciales falsas, al considerar que hubo siniestro bajo la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 8001000184, sin indicar cuál es el amparo que debía afectarse: si el de Infidelidad, el de falsificación o el de responsabilidad civil profesional.

2.2. Problema jurídico.

¿Cuál es el riesgo cubierto bajo el amparo de responsabilidad civil profesional, incluido como anexo en una Póliza global de entidades financieras?, ¿cuál es el riesgo tratándose del clausulado NMA 3000?

2.3. Decisión de primera instancia.

Negó las pretensiones de la demanda.

2.4. Consideraciones del a quo en la sentencia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

1. La demandante no cumplió con la carga de demostrar que la fiduciaria había incurrido en culpa leve, que es hasta la que responde.
2. No se puede entender que a través de la póliza de seguro de manejo global bancario No. 8001000184, se reembolsara el dinero que la Fiduciaria pagó por negligencia propia.
3. La conducta de FIDUPREVISORA fue producto de las órdenes impartidas por el fideicomitente, actuaciones que, además, estuvieron ajustadas al procedimiento establecido en el encargo fiduciario. Por tanto, si no se podía endilgar responsabilidad civil profesional a la sociedad fiduciaria, las pretensiones de la demanda en contra de SEGUROS COLPATRIA no estaban llamadas a prosperar.

2.5. Razones en que se sustentó el recurso de apelación.

La fiduciaria sustenta el recurso de apelación en las siguientes razones, en lo que interesa para nuestro análisis:

1. El estudio del contrato de seguro se hizo de manera sesgada, en tanto solo se consideró que la fiduciaria no podía reclamar por ninguna negligencia, cuando esa situación estaba cubierta bajo la “*Responsabilidad civil real o supuesta*”. Por consiguiente, las pretensiones debían prosperar porque la real o supuesta víctima (Distrito de Barranquilla), formuló reclamación a FIDUPREVISORA para que en cumplimiento de su responsabilidad civil real o supuesta, reintegrara los dineros que ésta de buena fe pagó con ocasión de unas sentencias que eran falsas.
2. El pago de las condenas de las sentencias falsas no obedeció a la orden o instrucción del fideicomitente, sino a que FIDUPREVISORA, pese a que dijo haber verificado la existencia de los procesos judiciales y la veracidad de las condenas y beneficiarios, en realidad no hizo completamente bien dicha labor.

2.6. Consideraciones del Consejo de Estado en la sentencia.

1. A través del seguro de manejo, las entidades públicas o privadas se precaven frente a los perjuicios que pueden sufrir en su patrimonio con ocasión de la pérdida de sus fondos y bienes, proveniente de las actuaciones de sus empleados en ejercicio de sus cargos y como consecuencia de la administración, custodia o manejo de los bienes por parte de dichos servidores.
2. En relación con el seguro de riesgos financieros, existe la póliza denominada de infidelidad y riesgo financiero, cuya finalidad es la de proteger a las empresas de los perjuicios que pueden sufrir como consecuencia de la infidelidad de sus empleados, por fraudes, el hurto calificado, en el transporte de valores, por la falsificación o alteración de firmas, por el dinero falso, el crimen por computador, etc.

3. La póliza de seguro de manejo global tomado por FIDUPREVISORA con SEGUROS COLPATRIA tenía un anexo de responsabilidad civil profesional, establecido de conformidad con el clausulado NMA 3000, en el cual se cubrirían los daños reclamados durante la vigencia del seguro por la conducta negligente de empleados de la sociedad asegurada, realizada en el marco de servicios financieros. Aunque por este anexo también se amparaban los daños derivados de actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado (siempre que se reunieran los demás requisitos), en este caso la conducta de los trabajadores de FIDUPREVISORA que condujeron a los pagos de las 7 sentencias falsas es calificable como negligente. En esa medida, fue un error del apelante afirmar que el evento estaba cubierto por la *“Responsabilidad civil real o supuesta”*, pues en este caso era por el supuesto de la negligencia que se materializaba el riesgo asegurado bajo el amparo de responsabilidad civil profesional.

4. El comportamiento negligente de los empleados resulta notorio, por cuanto no ejercieron los controles pertinentes y suficientes para establecer la veracidad de unas sentencias judiciales. *“De hecho, el supuesto procedimiento empleado confirma aún más su negligencia, toda vez que a pesar de decir que realizaron una serie de investigaciones para determinar la existencia de los procesos en que se fundamentaban los fallos, estos no fueron efectivos y rigurosos, porque de haberlo sido, como se dijo anteriormente, con seguridad se hubiese constatado la falsificación de las decisiones judiciales...”*¹⁴. De haber sido diligentes en la labor, *“...se hubiese confirmado con toda claridad que las sentencias que les habían radicado eran completamente falsas, toda vez que seguramente los datos de las mismas no eran concordantes...”*¹⁵.

¹⁴ Página 29 de la sentencia.

¹⁵ Página 29 de la sentencia.

5. Por todo lo dicho, *“...la Sala encuentra que el riesgo reclamado por Fiduprevisora S.A. a Seguros Colpatria S.A., se encuentra amparado por la póliza de seguro de manejo global bancario de la cual hace parte la póliza NMA-3000 y en consecuencia se ordenará el pago de lo que efectivamente se canceló por parte de Fiduprevisora S.A. en virtud de las falsas sentencias judiciales...”*¹⁶.

6. Finalmente, se agrega que aunque no existe ningún medio de prueba sobre la falsedad de las sentencias, *“...no es menos cierto que las mismas han reposado en el expediente a lo largo de este proceso judicial sin que la contraparte las haya controvertido o negado su carácter de falsas, razón por la cual se les dará todo el valor probatorio que merezcan de acuerdo con la sana crítica...”*¹⁷.

2.7. Decisión del ad quem.

Revoca la sentencia. En su lugar, condena a la aseguradora demandada a pagar a FIDUPREVISORA la suma de **\$1.730.944.533,37**.

2.8. Evaluación crítica.

Consideramos que el Consejo de Estado hizo una delimitación correcta de los amparos de infidelidad y de responsabilidad civil profesional incluidos en la Póliza global tomada por FIDUPREVISORA.

En efecto, es cierto que la cobertura de infidelidad corresponde a un seguro de manejo, pues con la misma se busca amparar al asegurado por los actos dolosos,

¹⁶ Página 30 de la sentencia.

¹⁷ Página 27 de la sentencia.

fraudulentos o deshonestos de sus empleados y que traigan consigo apropiación de los recursos de la entidad.

Además de la providencia del Consejo de Estado citada en la sentencia, vale la pena reproducir los siguientes apartes de una decisión de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil¹⁸:

“En virtud de este seguro –mejor aún modalidad aseguraticia- se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que ésta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquélla, lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente.

El riesgo que figuradamente se traslada al asegurador en esta clase de seguro y que delimita por ende su responsabilidad frente al beneficiario (art. 1056 C.Co), no es la satisfacción de obligaciones que emanan de un determinado negocio jurídico o de la ley –como acontece en el seguro de cumplimiento-, sino el de infidelidad de la persona a quien se han confiado las sumas de dinero o valores, infidelidad que “puede tener su origen en uno de estos actos; el desfalco, el robo, el hurto, la falsificación y el abuso de confianza. Actos intencionales, dolosos”¹⁹, riesgo que constituye, en todo caso, un evento diferente del buen manejo y correcta inversión del anticipo que se suele asegurar, bajo una póliza de cumplimiento. Cabe pues indicar que en el seguro de manejo el siniestro se configura cuando materialmente

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 00191.

¹⁹ Ossa J. Efrén, Tratado Elemental de Seguros, Lerner, Bogotá 1963, pg. 514

se realizan los hechos en virtud de los cuales se produce la apropiación indebida o el uso inadecuado de tales bienes por parte de la persona encargada de su correspondiente manejo”.

En lo que atañe al amparo de responsabilidad civil profesional establecido como anexo de la Póliza, lo que se hace en la providencia es transcribir el texto de la cobertura pactada en la Póliza, la cual se corresponde con la finalidad de un seguro de esta clase, en los términos empleados por el profesor Jorge Eduardo Narvárez Bonnet:

“El cometido de la cobertura de responsabilidad profesional no es otro que proteger a la entidad bancaria o financiera contra reclamaciones formuladas por sus clientes como consecuencia directa de actos negligentes, errores y omisiones negligentes de sus empleados en el desarrollo de las labores propias de su actividad financiera, es decir, en la prestación de los servicios de intermediación financiera y, particularmente, como proveedor de servicios bancarios”²⁰.

Con esta tesis se derrumba la posición errada que había adoptado el *a quo*, para quien la aseguradora de la Póliza no podía reembolsar “...el dinero que la Fiduciaria pagó por negligencia propia...”. Por el contrario, como lo anotó el Consejo de Estado, el riesgo que se cubre en la póliza, en particular en el anexo de responsabilidad civil profesional, parte de una conducta culposa (negligencia, imprudencia, impericia, violación de reglamentos) que haga patrimonialmente responsable a FIDUPREVISORA de los perjuicios causados a un tercero en la prestación de servicios financieros.

²⁰ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: coberturas y tendencias del seguro global bancario. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 24, No. 43, Julio – Diciembre, 2015. p. 93 y 94.

Sea el momento para indicar que nos parece también correcto el razonamiento de la H. Corporación en la sentencia analizada, cuando indica que el evento está cubierto por el literal “a”, a saber, por la conducta negligente del empleado, y no por la “*Responsabilidad civil real o supuesta*” (literal “e”), como equivocadamente lo había planteado el apelante en su recurso. Por lo demás, no resulta admisible tener por configurado el siniestro bajo este amparo cuando la responsabilidad civil es supuesta. Hay que buscarle a la expresión “supuesta” un sentido distinto, pues el riesgo asegurado solo se materializará cuando haya pruebas contundentes de que el asegurado es civilmente responsable.

Ahora bien, vale la pena ahondar un poco en algunos de los cambios que trajo el clausulado NMA 3000, con base en el cual se extendió la cobertura de responsabilidad civil profesional en la póliza objeto de análisis por el Consejo de Estado.

En efecto, tradicionalmente, bajo el amparo de responsabilidad civil profesional se cubrían los daños que causara el asegurado a terceros o a clientes, por las actuaciones culposas de sus empleados. Incluso en las pólizas se solía pactar la exclusión de daños derivados de actos dolosos, deshonestos o fraudulentos de los empleados²¹. En contraposición, bajo el amparo de Infidelidad se cubrían, en general, las pérdidas sufridas por el asegurado, derivadas de comportamientos dolosos, deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado.

Por eso se hablaba de que el riesgo cubierto bajo el amparo de responsabilidad civil profesional, era excluyente del cubierto bajo el amparo de Infidelidad. Se trataba de eventos totalmente incompatibles por definición misma.

²¹ Al respecto, ver: NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 476.

Sobre el particular, cabe citar las valiosas consideraciones de varios Tribunales de Arbitramento.

Así, en laudo del 30 de agosto de 2002, proferido por el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias existentes entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMÚDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACIÓN y la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.²², se consideró lo siguiente:

“(…) las coberturas de responsabilidad profesional y de infidelidad de empleados son diametralmente opuestas, pues en la primera se verifica un comportamiento fundado en la negligencia, en un error u omisión negligente por parte de un empleado del asegurado, al paso que en la segunda se demanda, como se describió precedentemente, la concurrencia de determinados requisitos alrededor de la intención (...) debe indicarse que un acto intencional o doloso, en los términos de la cobertura contratada, excluye forzosamente un acto negligente, por aplicación de la característica de la indivisibilidad o incompatibilidad de los actos humanos”.

Por otra parte, en laudo del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de arbitramento constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por un lado, PROYECTAR VALORES COMISIONISTA DE BOLSA S.A. – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas)²³, se consignó lo siguiente:

“Si bien el amparo de infidelidad está orientado a la cobertura de pérdidas derivadas de actos deshonestos, y, por el otro lado, el amparo de

²² Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Alejandro Venegas Franco y José María Neira, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

²³ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Diana Patricia Salom Rubio y José Fernando Ramírez Gómez, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

responsabilidad civil profesional está orientado a excluirlos, ello no significa que las pérdidas excluidas del amparo de responsabilidad civil profesional por derivar de actos deshonestos, fraude o dolo, están automáticamente cubiertas bajo el amparo de infidelidad pues está visto que en el primer caso se exige el cumplimiento de ciertos requisitos adicionales. De esta manera, puede afirmarse que, en rigor, no se trata de amparos exactamente equivalentes, es decir, no hay tal de que lo que el uno excluye lo cubre el otro, pues existen algunas características que permiten vislumbrar algunas diferencias y condicionamientos”.

Finalmente, en laudo del 2 de diciembre de 2014, dictado por el Tribunal de Arbitramento constituido por PROYECTAR VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA en contra de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG, caso No. 2978²⁴, se dijo lo siguiente:

“Anota el Tribunal que, como quedó examinado en otro aparte de este laudo, se trata de riesgos diferentes, excluyentes entre sí, pues al paso que por los amparos de Infidelidad y de Falsificación se cubren conductas de naturaleza dolosa, por el de responsabilidad civil profesional las mismas se encuentran excluidas, ya que esta última cobertura (sic) versa sobre comportamiento (sic) meramente culposos”.

Es claro, entonces, que de esa forma se delimitaba el riesgo de responsabilidad civil profesional en una Póliza global de entidades financieras. De ello da cuenta, por ejemplo, los textos de los clausulados NMA 2273 y ALS 1988.

²⁴ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. Carmenza Mejía Martínez (árbitro presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sin embargo, el clausulado NMA 3000, como el que sustentaba el amparo de responsabilidad civil profesional de la póliza que analizó el Consejo de Estado, trajo consigo una modificación importante: eliminó la exclusión de los actos deshonestos o fraudulentos de los empleados e, incluso, consignó expresamente dentro del amparo los daños causados por tales conductas²⁵. Basta leer el texto del amparo reproducido en la sentencia para darse cuenta de ello²⁶.

Aunque esto se puede ver preliminarmente como una ampliación de cobertura, creemos que cuando el daño que sufre un tercero termina siendo también una pérdida que asume la sociedad asegurada (normalmente lo sería, si ésta paga a la víctima), surgen dificultades para determinar bajo cuál amparo solicitar indemnización a la aseguradora: si bajo el de responsabilidad civil profesional o bajo el de infidelidad (eso sí, siempre que se cumplan con las demás exigencias o requisitos de cada uno de tales amparos). Es más, el tomador del seguro podría haber pagado un tanto de prima para el amparo de infidelidad y otro tanto para el amparo de responsabilidad civil profesional, cuando el riesgo de daños por deshonestidad o fraude, en algunos eventos, sería uno solo (conforme se explicó anteriormente), con lo cual estaría pagando algo más de prima sin ninguna razón técnica.

Entonces, si bien se podría pensar que el asegurado tendrá mayor cobertura, eventualmente podría estar pagando una extraprima por el mismo riesgo. No

²⁵ El autor Jorge Eduardo Narváez Bonnet lo explica así: “*En el clausulado NMA 3000 de responsabilidad profesional bancaria, se otorga amparo respecto de actos deshonestos y fraudulentos de empleados del asegurado, cuando éstos ocasionen detrimentos patrimoniales a terceros, pero supeditado a que se acredite el beneficiario pecuniario obtenido por el empleado o empleados del asegurado. Esta cobertura aparece por primera vez en esta versión pues no se contemplaba en esta clase de clausulados*” (NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: coberturas y tendencias del seguro global bancario. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 24, No. 43, Julio – Diciembre, 2015. p. 70 y 71, pie de página 27). Una pequeña ampliación del tema puede verse en la página 97 de la misma revista.

²⁶ En el literal “d” se hace referencia a “...*pérdidas causadas por un **Acto u Omisión Deshonesto o Fraudulento** por parte de un **Empleado**...*” (negritas originales).

obstante ser diferentes los intereses, riesgos y requisitos del amparo de infidelidad y de responsabilidad civil profesional, en algunas ocasiones un hecho podría estar cubierto por los dos amparos, en especial si se advierte que también bajo el amparo de responsabilidad civil profesional, se exige que el trabajador, aparte de haberse comportado de manera dolosa o deshonesto y de haber causado perjuicios a un tercero o a un cliente en la prestación de servicios financieros, haya obtenido la ganancia financiera indebida, la cual no puede estar constituida por los salarios, comisiones y demás remuneraciones que ordinariamente recibe de su empleador²⁷.

Ante este panorama, sería importante que el asegurado estudiara con su intermediario de seguros la conveniencia de que la cobertura de responsabilidad civil profesional se extienda a los actos deshonestos o fraudulentos del empleado.

Por otra parte, debe decirse que aunque el Consejo de Estado no hizo el análisis, de todas maneras podría decirse, sin conocer el expediente, que el amparo de falsificación extendida tampoco estaba llamado a afectarse.

Si bien la falsificación de alguno de los documentos indicados en la póliza puede dar lugar a que haya siniestro bajo el amparo de infidelidad o bajo el de falsificación, que sea el uno o el otro dependerá de si el sujeto que se comporta de manera deshonesto es trabajador o no del asegurado.

²⁷ Narváez Bonnet expresa sobre el tema: *“Respecto de los actos u omisiones deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado, la póliza trae una definición en el sentido que se considera por tales, cualquier acto u omisión de un empleado cometido con la intención manifiesta de obtener y que resulte en una ganancia personal financiera para ese empleado, diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonos, promociones y cualquier otro tipo de emolumentos similares. De esta manera se estaría otorgando cobertura tanto a los actos, las omisiones de carácter deshonesto fraudulento de los empleados del asegurado pero supeditado de todas maneras a la comprobación que en virtud de esa conducta o esa omisión ha obtenido un beneficio pecuniario...”* (NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: coberturas y tendencias del seguro global bancario. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 24, No. 43, Julio – Diciembre, 2015. p. 97).

Así lo explicó el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre PROYECTAR VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA, por un lado, y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG, por el otro, caso No. 2978²⁸, en el laudo dictado el 2 de diciembre de 2014:

“Su diferencia esencial se refiere al riesgo propio de cada amparo, ya que mientras el de infidelidad cobija las pérdidas por actos deshonestos de los empleados, el de falsificación alude a actos deshonestos de terceros no empleados”.

En el proceso que se desató con la sentencia del Consejo de Estado del 4 de abril de 2016, si bien se tuvo por acreditada la falsedad de las 7 sentencias con un argumento bastante débil²⁹, no apareció demostrado que algún empleado de FIDUPREVISORA hubiese participado en la falsificación de las providencias, o que hubiese desplegado un comportamiento deshonesto en el pago de las mismas. Todo parece indicar que fueron terceros no empleados los que realizaron las conductas irregulares. Así las cosas, en principio, el caso debía analizarse bajo el amparo de falsificación extendida, pactado por las partes en los términos transcritos al comienzo de esta reseña.

²⁸ Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. Carmenza Mejía Martínez (árbitro presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, y que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

²⁹ Adicionalmente, la tesis del *ad quem* según la cual la falsificación de unos documentos se tiene acreditada con base en la afirmación de la parte demandante sobre su falsedad y el silencio de la demandada al respecto (no controvertió o negó tal falsedad), es contraria al principio de la carga de la prueba (CPC, art. 177 y CGP, art. 167) y al trámite de la tacha de falsedad (CPC, arts. 252 y 290; CGP, arts. 244 y 270). Es más, no se adelantó proceso penal por el delito de falsedad en documento. Por lo dicho, consideramos que debía ser FIDUPREVISORA la que indicara en qué consistía la falsedad de las 7 sentencias y acreditarla.

Sin embargo, como bien lo explica el doctor Narváez Bonnet³⁰, para que haya cobertura bajo el amparo de falsificación extendida, en la defraudación no puede haber intervenido culpa alguna de la entidad asegurada. Y en este caso, según lo relató la H. Corporación, fue evidente la conducta culposa de FIDUPREVISORA en la defraudación, pues si los empleados de ésta hubiesen sido celosos en la revisión de los datos de las supuestas providencias, habrían notado una serie de discordancias que permitían dudar de su veracidad e, incluso, concluir que eran espurias. La negligencia fue mayúscula, conforme se desprende de las consideraciones del fallador, por lo que hizo bien el Consejo de Estado en no encuadrar el supuesto de hecho bajo el amparo de falsificación extendida (aunque habría que verificar que se reunieran los demás requisitos de cobertura).

Finalmente, debemos decir que, aunque con los elementos que nos entrega la sola lectura de la sentencia (y no de todo el expediente), estamos de acuerdo en la condena a SEGUROS COLPATRIA, consideramos que la misma no debía ser por la suma total que pagó FIDUPREVISORA.

En efecto, creemos que la EDT, en su condición de fiduciante, también tuvo una participación activa en la defraudación, y sus acciones y omisiones (al parecer culposas, aunque surgen serias dudas sobre si no fueron dolosas), también fueron causa adecuada de los pagos que se hicieron a los tres beneficiarios. Si bien se reconoció que al pago de las sentencias judiciales no aplicaba el procedimiento previsto en el contrato de encargo fiduciario, lo cierto es que el trámite que se siguió, relatado por FIDUPREVISORA en una comunicación del 9 de octubre de 2009, era bastante similar al previsto en el contrato, en el que jugaba un papel activo la empresa fideicomitente. Es más, en la verificación de datos para hacer los pagos

³⁰ *“Debía tratarse de una operación respecto de la cual la ley o la práctica bancaria o financiera admitan tales instrucciones como suficientes para realizar la operación en cuestión, y en ningún caso ha de mediar culpa de la entidad en la transacción que motive el fraude”* (NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014. p. 265).

(como la existencia de los procesos judiciales, la ausencia de pago de las condenas a otros beneficiarios, etc.), se partía del concepto que presentaba la EDT, a través de la Coordinación de Abogados y Contratos y su abogado interno.

En consecuencia, si bien se reconoce el proceder negligente de los empleados de FIDUPREVISORA (en últimas la Dirección Jurídica era la que debía aprobar el pago, luego de revisado todo), no se puede desconocer que el comportamiento culposo de los funcionarios de la EDT contribuyó activamente a que los pagos se hicieran, con el consecuente daño cuya indemnización reclama el Distrito de Barranquilla.

Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil, el monto indemnizable debía reducirse de acuerdo con el grado de participación de la víctima directa (EDT) en el daño, por lo que la condena a SEGUROS COLPATRIA, aseguradora en responsabilidad civil de FIDUPREVISORA, debió ser menor, según el porcentaje que determinara el fallador.

3. BIBLIOGRAFÍA

Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Código de Comercio.

Código General del Proceso.

Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de julio de 2006. M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente No. 00191.

Ley 1328 de 2009.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: coberturas y tendencias del seguro global bancario. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Vol. 24, No. 43, Julio – Diciembre, 2015.

OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría general del seguro. La Institución. 1ra Edición. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

Tribunal de Arbitramento integrado por los Dres. Carlos Esteban Jaramillo Schloss (árbitro presidente), Andrés Ordóñez Ordóñez y Jorge Suescún Melo, que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir el conflicto entre ANDINO CAPITAL MARKETS S.A.

COMISIONISTA DE BOLSA EN LIQUIDACIÓN y LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Laudo del 11 de octubre de 2001.

Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Alejandro Venegas Franco y José María Neira, que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las diferencias existentes entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMÚDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACIÓN y la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. Laudo del 30 de agosto de 2002.

Tribunal de arbitramento integrado por los Dres. José Fernando Torres Fernández de Castro (árbitro presidente), Diana Patricia Salom Rubio y José Fernando Ramírez Gómez, que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por un lado, PROYECTAR VALORES COMISIONISTA DE BOLSA S.A. – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas). Laudo del 24 de octubre de 2012.

Tribunal de Arbitramento integrado por los Dres. Carmenza Mejía Martínez (árbitro presidente), Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, que tuvo como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, constituido por PROYECTAR VALORES S.A. COMISIONISTA DE BOLSA – EN LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA en contra de CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG, caso No. 2978. Laudo del 2 de diciembre de 2014.

Tribunal de arbitramento integrado por el Doctor Nicolás Gamboa Morales (árbitro único), que tuvo por sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, constituido para dirimir las diferencias existentes entre, por

un lado, ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA (convocante) y, por el otro lado, CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. y AIG (convocadas). Laudo del 30 de noviembre de 2015.