

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA NOCIÓN DE DESCUBRIMIENTO EN EL SEGURO
DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS, Y SU RELEVANCIA FRENTE A
LA PRESCRIPCIÓN**



MANUELA BORRERO DELGADO

DIRECTORA: MARÍA CRISTINA ISAZA POSSE

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO DE SEGUROS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

BOGOTÁ, 25 de noviembre 2022

INDICE

Introducción

Capítulo I. Nuestro mercado colombiano: Breve explicación sobre la póliza de infidelidad y riesgos financieros.

1.1 Importancia Económica

1.2 La cobertura opera sobre la base de descubrimiento

1.3 La ausencia de definición de descubrimiento en los clausulados colombianos, especialmente en el DHP 84

Capítulo II. El Descubrimiento

2.1. En la mente de una persona razonable: Profundización sobre el modelo subjetivo y el modelo objetivo desarrollado en la jurisprudencia norteamericana.

2.2 ¿Quién supo qué y cuándo? el desarrollo jurisprudencial en Colombia sobre el concepto de descubrimiento.

Capítulo III. La prescripción

3.1 ¿Cómo inicia el decurso de la prescripción en la póliza de Infidelidad y Riesgos financieros en Colombia? Implicación práctica de la noción de descubrimiento y siniestro en el conteo prescriptivo.

Sobre la casuística colombiana y opinión sobre el problema jurídico.

Conclusiones. Buscando el equilibrio.

INTRODUCCIÓN

Los cambios que se han presentado en el mundo con respecto a la globalización y a la tecnificación de las industrias, han llevado a que la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros haya adquirido una relevancia superior, pues es una herramienta aseguraticia que permite generar seguridad y estabilidad en la economía ya que previene que por actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados o de terceros las empresas enfrenten crisis financieras que impacten la economía en general.

Es así como adquiere también especial importancia la efectividad de la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros respecto a los pagos que deba realizar la compañía de seguros cuando encuentra que un siniestro goza de cobertura, sin embargo, este análisis de cobertura dependerá de factores como: fecha de retroactividad, fecha de ocurrencia de los hechos, fecha de descubrimiento, fecha de prescripción y límites asegurados.

La presente tesis busca centrarse principalmente en el seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros, específicamente en aquellos cuya contratación se realiza bajo la delimitación temporal por descubrimiento.

Se pretende realizar un análisis del modelo norteamericano, ya que las pólizas inglesas, y en consecuencia las pólizas colombianas no ofrecen una definición o noción del concepto “descubrimiento”, y por tanto una definición sobre el momento y las circunstancias en las que se considere que el hallazgo se ha producido. Así aparejado con las decisiones de la jurisprudencia nacional se buscará plantear un análisis interpretativo de los verbos rectores presentes tanto en el artículo 1081 del Código de Comercio, como el artículo 1054 del respectivo estatuto, a saber: “hecho que da base a la acción” y “riesgo”. Lo cual se aparejará con lo que se entiende por *pérdida* a la luz de los seguros patrimoniales.

En ese orden de ideas, se busca realizar un análisis en cuanto a la materialización del siniestro, pues me cuestiono si el riesgo asegurable es el descubrimiento de un hecho en vigencia de la póliza, que pudo haber ocurrido con anterioridad (dentro del periodo de retroactividad otorgado), y tal descubrimiento es el siniestro, ¿será desde ese momento que se contabilice la prescripción? Será relevante tomar en consideración que: aun cuando no se conoce la *pérdida* sino únicamente la materialización de un riesgo (acto fraudulento o deshonesto del empleado), el asegurado está en imposibilidad de accionar pues desconoce si ha sufrido o no un *menoscabo patrimonial*.

Así, a través del escrito se integrarán distintos elementos que permitirán dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Es posible diferenciar los momentos del descubrimiento del fraude y el momento del descubrimiento de la pérdida para efectos del conteo de los términos de prescripción en Colombia?

CAPÍTULO I

NUESTRO MERCADO COLOMBIANO

Breve explicación sobre la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros

La Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros, Póliza de Seguro Global Bancario o Banker's Blanket Bond tiene como finalidad la protección del patrimonio del asegurado, como quiera que está diseñada para cubrir varias eventualidades a las que está expuesto el asegurado en el desarrollo de su actividad económica u objeto social. El mercado asegurador colombiano reconoce un riesgo principal de pérdida en el patrimonio del empresario derivada o resultante de actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados, cometidos en forma individual o en colusión con terceros, con la intención manifiesta de generar una pérdida al asegurado. En todo caso, éste no es el único riesgo cubierto, ya que se busca adicionalmente amparar las pérdidas de bienes asegurados que ocurran en los predios del asegurado, bien sea una entidad financiera o cualquier otra; pérdidas que ocurran durante el transporte de tales bienes asegurados; falsificación de cheques u otros títulos-valores o de moneda, incluyendo la falsificación extendida, entre otros riesgos. (Jorge Eduardo Narváez, 2012)

Así las cosas, en una misma póliza se otorgan amparos múltiples para riesgos disímiles que permiten que los asegurados desplieguen en el tráfico comercial las actividades que requieran para el correcto y eficiente desarrollo de su objeto económico, ya que gozan de respaldo patrimonial frente a las contingencias que se puedan presentar. (Jorge Eduardo Narváez, 2012)

Frente al riesgo que representa la disposición indebida de dinero o bienes del asegurado por parte de sus trabajadores, se dispuso en el mercado a través de los distintos clausulados DHP-84, DHP-73, NMA-2273, KFA-81 el amparo de Infidelidad de empleados que contempla los actos voluntarios, bien sean acciones u omisiones que están directamente encaminados por parte de los empleados a causarle un detrimento al empresario, en beneficio propio o de un tercero. Este detrimento vale la pena resaltar, recaerá sobre aquellos bienes que se encuentren asegurados en la póliza, y que estén taxativamente mencionados en la definición contenida en los condicionados, principalmente dinero y valores, sin limitarse a ellos en todo caso. (Jorge Eduardo Narváez, 2012)

Ahora bien, respecto a las exclusiones del producto es importante resaltar la naturaleza del mismo, y el fin que persigue pues se circunscribe a los actos de carácter doloso de los empleados, y por tal motivo no gozan de cobertura los errores o las actuaciones negligentes o los daños que se produzcan por la impericia de los empleados del asegurado. Esta exclusión en particular representa el punto de partida para el estudio de todos aquellos siniestros que pueda sufrir el asegurado, ya que se deberá prestar especial atención al elemento volitivo consistente en querer generar una pérdida a su empleador o buscar una satisfacción económica para sí o para tercera persona a través del entramado de conductas, movimientos o defraudaciones que pueda desplegar el trabajador, las cuales advertimos suelen ser bastante complejas, sofisticadas y de carácter continuo. (Jorge Eduardo Narváez, 2012)

En la práctica, es importante respecto a las exclusiones y en cuanto a la complejidad de las maniobras ejecutadas por el empleado, tener presente que la exigibilidad de los controles debe interpretarse de manera correcta en cuanto a que, a pesar de que dichos controles existen y hayan sido implementados por el empresario para mitigar o evitar en cierta medida que sus

empleados cometan actos deshonestos, éstos son vulnerados, violados o quebrantados, lo cual no significa que tales controles no se encontraran en operación. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Vale resaltar, como se ha mencionado líneas arriba, que las maniobras que ejecuta el empleado infiel por lo general son sofisticadas, ampliamente planeadas y ejecutadas de manera tal que se mantienen ocultas por un tiempo prolongado, y es ahí donde también radica la dificultad en comprender cómo se vulneraron los controles, por cuánto tiempo y cuándo se entiende configurado el descubrimiento.

Igualmente, la cobertura no comprende las pérdidas operacionales que pueda sufrir el asegurado en el desarrollo de su objeto social, y, por tanto, las negociaciones con valores o divisas y la aprobación de créditos riesgosos, entre otros de similares características, solo gozan de cobertura si provienen de actos fraudulentos de empleados del asegurado en connivencia o no con terceros, ejecutados u otorgados con la finalidad de obtener un provecho económico distinto de los salarios, comisiones, honorarios, promociones o cualquier tipo de compensación de esta naturaleza. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Destacamos nuevamente la importancia de este producto para los asegurados, ya que una de las áreas críticas para las empresas se centra en su riesgo de personal, el cual se ha intensificado con el paso de los años a través de la tecnología y el grado de especialización y/o profesionalismo que han adquirido las conductas delictivas que permiten la vulneración de los procesos organizacionales. No es un secreto para los empresarios, ni para las aseguradoras, que las principales causas generadoras de pérdidas económicas hoy en día, son principalmente los riesgos informáticos o cibernéticos, así como la pérdida o retención de data de valor incalculable y, el riesgo de personal, conocido como infidelidad.

IMPORTANCIA ECONÓMICA DE LA PÓLIZA DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS

El seguro ha adquirido una proyección socio-económica de gran envergadura, ya que los cambios que se han presentado en el mundo con respecto a la globalización y a la tecnificación de las industrias, han llevado a que la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros se posicione como un seguro indispensable, pues es una herramienta de protección que permite generar seguridad y estabilidad en la economía, pues previene que las empresas enfrenten crisis financieras que impacten la economía en general en efecto dominó, por actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados o de terceros.

Tal y como lo expresa el doctrinante J. Efrén Ossa, G, “El seguro es una institución económica y, como tal, ejerce una influencia preponderante en todos los órdenes de la economía. En la producción, en el consumo, en el comercio, en el transporte y en el crédito. Ninguna de esas actividades escapa a su influjo”. (J. Efrén Ossa, 1988)

La efectividad de la póliza se materializa al momento en que la aseguradora efectúa los pagos de las indemnizaciones que correspondan cuando se presenten siniestros tras verificar que estos gozan de cobertura.

Así, ¿Qué sucede cuando una aseguradora interpreta erróneamente el clausulado contratado o deniega el pago injustificadamente? Frente a esta pregunta retórica, se tiene ciertamente claro que estas prácticas pueden llevar a que el producto se torne inane o inocuo, pues de volverse reiterativas se estarían truncando las expectativas legítimas de quien lo adquiere y con ello la función económica que lleva en sí.

Existe sin duda alguna una convicción en el mercado económico, que el seguro garantiza la subsistencia del capital del negocio al que está vinculado, y por tal motivo, al brindar dicha seguridad tiene un influjo determinante en la estabilidad de la empresa. Como lo mencionamos con anterioridad, el riesgo representa constantemente una amenaza contra el patrimonio tanto privado como público, y puede generar angustia, inseguridad y temor a la iniciativa empresarial. Cuando el seguro demuestra ser efectivo y cumple con el propósito para el cual se contrató, se cancela dicho efecto inhibitor sobre la iniciativa económica. (J. Efrén Ossa, 1988)

El seguro, de otra parte, estimula la producción, ya que, como lo menciona el doctrinante J. Efrén Ossa G., una vez el empresario se encuentra “libre de tales preocupaciones, cierto de la protección que afianza la estabilidad de su negocio, el hombre puede ingeniarse nuevos métodos para arrancarle a su capital mayores rendimientos y para intensificar su función económica”. (J. Efrén Ossa, 1988)

Iván Landsberg (como se citó en J. Efrén Ossa, 1988) puntualizó al respecto que “el seguro abre las puertas para una mayor competencia, al dar oportunidad a las empresas más pequeñas para entrar en el mercado, sin el temor de no poder resistir un siniestro importante. El seguro combate así los monopolios y reduce los precios”. (J. Efrén Ossa, 1988)

LA COBERTURA OPERA SOBRE LA BASE DE DESCUBRIMIENTO

La modalidad de delimitación temporal de la cobertura otorgada bajo las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros es por descubrimiento, la cual se introdujo en Colombia a través del artículo 23 de la Ley 35 de 1993 y en el numeral 3° del artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Mediante las mismas el legislador permitió que las aseguradoras ampararan los hechos pretéritos siempre y cuando éstos resultaran desconocidos al momento de celebrar el negocio tanto para tomador como para el asegurado. (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Al respecto el artículo 23 de la ley 35 de 1993 reza, “En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador”.

De igual manera, el inciso 1º del artículo 4º de la ley 389 de 1997 estableció respecto a la modalidad por descubrimiento:

“En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”.

En ese entendido, si la póliza no se coloca bajo la modalidad por ocurrencia, la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros, Póliza de Seguro Global Bancario o Banker’s Blanket Bond opera sobre la base de descubrimiento de pérdidas patrimoniales durante la vigencia de la póliza, lo cual implica que el detonante de la cobertura se centra en que el Asegurado descubra o conozca que ha sido sujeto de maquinaciones fraudulentas que lo llevaron a soportar un detrimento en su patrimonio, con independencia de la fecha en que dichas maquinaciones fueron efectuadas por parte del trabajador infiel. (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Recalco, lo que permite el aseguramiento retrospectivo de las maniobras fraudulentas y deshonestas de los empleados, es el desconocimiento para tomador, asegurado y asegurador de la existencia de las mismas, así como de sus consecuencias económicas adversas. Entonces, estas maniobras fraudulentas junto con el acaecimiento de una pérdida en el patrimonio del asegurado deben ser descubiertas durante la vigencia de la póliza por parte del asegurado. (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Ahora bien, lo que constituye *descubrimiento* ha sido materia de discusión tanto en Colombia como en distintos tribunales americanos, pues la posición que se tome respecto al momento en el cual éste ocurre tiene un impacto directo en la cobertura que pueda otorgar la Compañía de Seguros, en detrimento de los intereses del asegurado.

Vale resaltar que, en ausencia de una definición en la póliza, tanto en el condicionado particular como en el condicionado general, la resolución de las controversias se torna compleja en cuanto a que se debe acudir a las distintas tesis que se han esgrimido jurisprudencialmente para determinar el momento en que se presenta el descubrimiento.

Las implicaciones de determinar el momento en que acaece el descubrimiento tiene distintas consecuencias prácticas, entre otras, determina la póliza que se debe afectar y en consecuencia la compañía de seguros que debe responder patrimonialmente. De igual forma, desde el punto de vista indirecto determinará el reasegurador que deberá asumir la totalidad o cierta porción del riesgo cedido. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

A partir del descubrimiento nace la carga en cabeza del asegurado de dar aviso del siniestro al asegurador; y sin duda alguna, el de mayor relevancia para esta tesis: detona el decurso de

los términos de prescripción. Así es claro, que esta discusión por su impacto práctico trasciende el ámbito conceptual y académico. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Bajo la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros los fraudes que se presentan por parte de los empleados suelen ser de carácter continuado, y por la complejidad misma de las maniobras que ejecutan para generarse un lucro, su manifestación puede tomar un periodo más o menos prolongado. (Laudo Arbitral, Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo vs. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., 2020)

Ahora bien, cuestiono en cuanto a la materialización del siniestro, si el riesgo asegurable es el descubrimiento de un hecho fraudulento en vigencia de la póliza, que pudo haber ocurrido con anterioridad (dentro del periodo de retroactividad otorgado), y tal descubrimiento es el siniestro, ¿será desde ese momento que se contabilice la prescripción?

Será relevante tomar en consideración que: hay situaciones en las cuales el asegurado no conoce a ciencia cierta si hay o no un menoscabo en su patrimonio, pero conoce o fue advertido de la existencia de conductas fraudulentas o deshonestas por parte de uno o varios de sus empleados, lo cual en dicho razonamiento equivaldría a la materialización del riesgo; sin embargo, advertimos que el asegurado estaría en imposibilidad de accionar en contra de la aseguradora, es decir, hacer efectiva la obligación y por ende obtener el pago de la indemnización, pues desconoce si ha sufrido o no un *pérdida* económica.

Respecto al descubrimiento que nos interesa para los efectos prácticos es un "acto complejo" que proviene del asegurado, que puede tardar años en configurarse, pues el asegurado requiere recopilar todos los elementos de juicio necesarios que le permitan establecer

circunstancias de modo, tiempo y lugar del fraude, así como determinar si pese a haber sido sujeto de fraude ha tenido una pérdida patrimonial que deba ser reclamada a la aseguradora.

Esta complejidad puede acarrear que, pese a que el asegurado se encuentra en imposibilidad de accionar en contra de la aseguradora el decurso de la prescripción inicie por el hecho del conocimiento de los hechos o hallazgos, y en el transcurso de la ordinaria pierda su derecho, aunque su inactividad no obedezca a su negligencia.

AUSENCIA DE DEFINICIÓN DE “DESCUBRIMIENTO” EN COLOMBIA

El ser humano se encuentra en constante evolución, por tal motivo sus relaciones con el mundo exterior son dinámicas, las actividades económicas que desempeña y la forma en que las ejecuta innovan permanentemente.

Hoy en día, hay sin duda alguna, una tecnificación en los procesos operativos lo cual se apareja con un crecimiento exponencial en las infraestructuras que le permiten al empresario generar interacciones comerciales alrededor del mundo de manera inmediata y eficiente. De forma paralela al crecimiento económico, industrial y tecnológico, aumentan los riesgos que pueden generar pérdidas económicas, los cuales a su vez generan exigencias dentro de los distintos países a nivel legislativo, regulatorio, dogmático y jurisprudencial. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Así mismo, en el mercado asegurador y reasegurador los productos que se ofrecen deben responder necesariamente de manera eficiente y eficaz a dichas necesidades haciendo frente a los nuevos riesgos presentes, claro está, si el apetito de riesgo así lo desea. Ahora bien, esta realidad avanza mucho más rápido de lo que lo hacen los legisladores e incluso los suscriptores en el mercado, por esta razón ciertos productos de la última década presentan

vacíos o insuficiencia de cobertura, que deben ser resueltos o subsanados a través de pactos expresos entre las partes que se materializan en el condicionado particular, sin que dichos ajustes logren impactar los condicionados generales que exigen los reaseguradores.

En el mercado colombiano las principales pólizas que se utilizan tanto para asegurados de naturaleza pública como privada, provienen del Reino Unido. Las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros inglesas fueron redactadas con base en el Formato Estándar No. 24 que nació en los Estados Unidos de América. (Jorge Eduardo Narváez, 2015) Así las cosas, el origen de este producto se remonta a la forma americana No. 24 que fue desarrollado en 1941 por la American Banker's Association y la Surety Association of America, y que sufrió modificaciones en 1980, pues, en todo caso antes de la expedición del Formato Estándar No. 24 (modificado), no existía en Estados Unidos una definición estándar de descubrimiento en las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros, lo cual se buscó subsanar en dicho año cuando se agregó una definición de descubrimiento, a saber:

“El descubrimiento se produce cuando el Asegurado se entera por primera vez de hechos que llevarían a una persona razonable a suponer que ha ocurrido u ocurrirá una pérdida cubierta por esta póliza, independientemente de cuándo ocurrió el acto o actos que causaron o contribuyeron a tal pérdida, y así la cantidad exacta o los detalles de la pérdida no sean aun conocidos”¹ (Traducción Propia), (Schoonover, 1981)

A pesar de esta situación particular que anunciamos, los productos ingleses que fueron a su vez introducidos en el mercado asegurador colombiano no fueron modificados o ajustados

¹ “Discovery occurs when the Insured becomes aware of facts which would cause a reasonable person to assume that a loss covered by the bond has been or will be incurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known”.

de conformidad con los cambios que se presentaron en 1980, y, en consecuencia, no existe en las distintas versiones que circulan y se colocan en nuestro mercado, una definición que estipule expresamente qué se entiende por descubrimiento y cuándo se entiende consolidado el mismo. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

CAPÍTULO II

EL DESCUBRIMIENTO

2.1. En la mente de una persona razonable: Profundización sobre el modelo subjetivo y el modelo objetivo desarrollado en la jurisprudencia norteamericana.

El formato estándar No. 24 ingresó al mercado norteamericano por primera vez en 1916, con el nombre de Formato Estándar No. 1 creado por la SFAA, el cual tuvo modificaciones significativas a lo largo de 1941, 1946, 1951, 1969, 1980, 1986 y 2004, y se transformó en lo que hoy conocemos como Formato Estándar No. 24. (Schoonover, 1981)

En Estados Unidos de América, gran parte de los bancos y demás instituciones financieras están aseguradas con los formatos estándares redactados por la SFAA, Surety & Fidelity Association of America. El que más comúnmente se comercializa en el mercado es el Formato Estándar No. 24, el cual exige para brindar cobertura que se materialicen los siguientes (4) cuatro requisitos (Schoonover, 1981):

1. El Asegurado debe demostrar que ha descubierto una pérdida durante la vigencia de la póliza;
2. Que el Asegurado haya dado aviso oportuno a la aseguradora;
3. Que el Asegurado pruebe que desconocía que el empleado era infiel incluso antes de emplearse para el Asegurado, so pena de terminación del contrato de seguro (debida diligencia);
4. Que el empleado infiel actuó con la intención manifiesta de obtener un lucro para sí o para tercera persona, o generar una pérdida para el Asegurado, a través de actos deshonestos o fraudulentos.

Respecto al primer requisito, el descubrimiento ha sido y es un punto neurálgico en la definición de los siniestros, el cual ha sido objeto de infinidad de litigios por la complejidad que entraña, pues de entrada, en la práctica no es una tarea sencilla en esquemas elaborados de fraude determinar en qué momento ocurrió el descubrimiento, sin que en dicha labor analítica se hagan suposiciones, juicios subjetivos personales e incluso se caiga en el error de elaborar juicios retrospectivos con la información disponible (después de todo un ejercicio probatorio) al momento de evaluar el siniestro.

El punto sobre el cual se discute en qué momento la compañía de seguros puede alegar se ha presentado un descubrimiento por parte del asegurado, debe determinarse con el fin de analizar: el decurso de la prescripción, la vigencia que debe afectarse, la compañía de seguros que debe indemnizar y sí el siniestro goza o no de cobertura, sin embargo, este punto es usualmente el detonante para que las partes acudan a juicio.

Ahora bien, el mercado de seguros en Norteamérica no escapa a esta problemática, ya que la discusión en torno al descubrimiento siempre ha estado presente en sus distintas jurisdicciones, cortes y tribunales, sin embargo, antes de que la SFAA redactara el formato estándar No. 24 en 1941 los tribunales norteamericanos se enfrentaron con la dificultad de establecer cuándo se podía determinar (objetivamente) había ocurrido el descubrimiento para el asegurado.

Para dicho periodo (1916 a 1980) las cortes no atendían a criterios unificados, y cada una de ellas realizaba su correspondiente apreciación sin tener un rasero común. Ahora bien, en 1898 se falló el caso de *American Surety V. Pauly* por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos, el cual constituyó precedente judicial y fue utilizado en adelante por las cortes para determinar cuándo se entendía configurado el descubrimiento.

En el caso puntual, George N. O´ Brien un cajero empleado por California National Bank of San Diego realizó movimientos fraudulentos en conjunto con el Presidente del Banco, Collins, en virtud de los cuales desvió dos sumas de \$20.000 y \$24.500 dólares a favor de este último. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

Frederick N. Pauly, encargado del Banco al momento de su cierre y posterior liquidación procede a enviar el aviso de siniestro a la compañía de seguros, cuya póliza requería la notificación por escrito (tan pronto como fuera posible) de cualquier acto del cajero de carácter fraudulento o deshonesto, del cual el Banco tuviera conocimiento. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

La Corte entonces con el fin de resolver el litigio entre las partes y determinar si Pauly había realizado oportunamente la notificación tan pronto descubrió la pérdida, determinó que no es suficiente para anular el derecho de acción del asegurado sobre la póliza demostrar que pudo haber tenido sospechas de conductas deshonestas del cajero; pero si estableció que era deber del asegurado, cuando estaba convencido de que el cajero había cometido actos de deshonestidad o fraude que probablemente implicarían una pérdida en virtud de la póliza, tan pronto como fuera posible dar aviso por escrito al asegurador. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

Ahora bien, resalta la Corte, que, aunque el asegurado haya tenido sospechas de irregularidades o fraude, no estaba obligado a actuar hasta que hubiera tenido conocimiento de algún acto fraudulento o deshonesto específico que pudiera involucrar la responsabilidad patrimonial de la compañía de seguros. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

Así, en este hito jurisprudencial la Corte marcó una pauta trascendente, pues al asegurado se le podrá atribuir el descubrimiento de una pérdida cubierta por la póliza únicamente cuando el asegurado tenga conocimiento real de un acto fraudulento específico que ya haya generado una pérdida o vaya a resultar en una pérdida. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

La Corte también estableció como punto de partida que las meras sospechas no podrían constituir base para considerar que se ha presentado un descubrimiento por parte del asegurado, el cual sólo se podrá predicar cuando el asegurado tenga pleno conocimiento de hechos que justificarían que una persona cuidadosa y prudente *acuse* a otra de fraude o deshonestidad. (American Sur CO of New York v. Pauly, 1898)

Otro hito relevante en torno al descubrimiento antes de la modificación del formato estándar No. 24 y la inclusión de la cláusula de descubrimiento, se presentó en Guarantee Co. Of North America V. Mechanics Savings Bank & Trust Co.

Guarantee Company of North America le expidió dos pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros a Mechanics Savings Bank & Trust Company, pero limitadas de la siguiente forma: una cubriría las pérdidas sufridas por el banco a causa de los actos fraudulentos de Schardt como cajero y cobrador; y la otra los actos fraudulentos cometidos por él en su función exclusiva de cajero. Schardt fue un cajero y cobrador del Banco, el cual desfalcó a través de movimientos fraudulentos en los libros contables la suma de \$107.223,36 dólares. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

La póliza contratada contenía una disposición bastante particular, pues para cubrir cualquier pérdida que pudiera ocasionar su cajero, el Banco debía notificar a la compañía de seguros cuando “tuviera conocimiento” de que su cajero estaba involucrado en juegos de azar o

cualquier tipo de actividad especulativa, deshonrosa o ilegal. Así mismo se pactó, que la compañía de seguros sería notificada de cualquier acto proveniente del empleado que pudiera implicar una pérdida, inmediatamente o sin demora justificada después de que dicho acto haya llegado a conocimiento del empleador. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

Dentro del proceso la compañía de seguros alegó que el conocimiento por parte del Banco de las actividades de su cajero se había materializado sin que la compañía de seguros fuese notificada y en tal sentido, su reclamo era extemporáneo. Dentro de las pruebas que aportó la compañía de seguros se tomó el testimonio de Charles Sykes, también cajero del banco durante el periodo comprendido entre 1890 hasta 1893, quien declaró que en 1892 tuvo conocimiento de que John Schardt estaba involucrado en actividades especulativas, pues fue contactado por una firma de Nueva York, Myers & Co para que ingresara al negocio del corretaje, quienes le dijeron ante su negativa, que John Schardt era copropietario de una empresa similar, y al conocerlo informó inmediatamente a L. T. Baxter, el presidente del Banco. Posteriormente el mismo cajero recibió una carta anónima informándole que Schardt seguía realizando actividades especulativas, pese a manifestarle al Banco que ya había dejado de hacerlo. Al contarle al presidente, este le dijo que no le prestara atención a información anónima. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

Luego, en 1983 las inconsistencias en los libros empezaron a ser notorias en las conciliaciones realizadas, motivo por el cual Schardt fue llamado a descargos, y en dicha diligencia confesó haber utilizado el dinero malversado especulando futuros en Nueva York. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

Se pregunta entonces la Corte, si en esas circunstancias ¿era deber del Banco notificar a Guarantee Company of North America lo que había escuchado en 1982? Y en esa medida determinar si le asistía en ese sentido la razón a la compañía de seguros, en que en dicho momento se configuró el descubrimiento.

El Tribunal hace una diferenciación entre las palabras “tomar conciencia”, “ser consciente” y “tener conocimiento”, mencionando enfáticamente que ser consciente de algo no es lo mismo que tener conocimiento, y en ese orden de ideas, cuando se es consciente de una situación particular se debe iniciar una labor investigativa por parte del asegurado; a su vez, la cláusula pactada exigía la notificación por parte del Banco hacia la Compañía de Seguros para que esta última también realizara un juicio propio sobre la información disponible, y una valoración sobre los hechos, así la obligación se traduce en notificar la existencia de un motivo de investigación bien sea por parte del Asegurado o por parte de la Compañía de Seguros. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

Finalmente, el Tribunal equiparó el “ser consciente” con frases como: “ser informado” y “ser puesto en aviso”, “advertido respecto a”, momento en el cual no se puede predicar ha surgido el descubrimiento por parte del asegurado, pero si un deber de investigar con el fin de superar la mera sospecha. (Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, 1899)

La cláusula de descubrimiento pactada en el Formato Estándar No. 24 requiere que el asegurado notifique a la aseguradora cuando tenga conocimiento de hechos que llevarían a que una persona razonable concluya que ha ocurrido una pérdida u ocurrirá. Este modelo que establece el formato estándar es lo que la doctrina y la jurisprudencia de Norte América han

denominado “objetivo”, sin embargo, en la práctica la misma definición ha llevado a distintas cortes a aplicar también la denominada tesis “subjetiva”. (Briganti, 2001)

En el criterio objetivo se requiere un análisis crítico, casi que imparcial o sin mácula, pues esta tesis considera que se configura el descubrimiento si: con base en la percepción de los hechos que han sido conocidos por el asegurado, una persona razonable que se encuentra en las mismas circunstancias, concluiría que sufrirá una pérdida o ha acaecido una pérdida cubierta por la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros. (Jorge Eduardo Narváez, 2015), (Briganti, 2001), (Murphy, 1977)

Ahora bien, es preciso incluir en dicha definición los elementos que la componen, pues para las cortes norteamericanas la mera sospecha no constituye bajo ningún motivo descubrimiento y como tal, si el asegurado no cuenta con la información suficiente que le permita establecer la manera en que se desarrollaron las maquinaciones fraudulentas, así como también si desconoce los detalles sobre la cuantía de la pérdida o incluso si efectivamente sufrió una pérdida, se estará bajo un escenario de sospecha. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Criterio Objetivo:

Así, para el modelo objetivo no basta que el asegurado conozca de circunstancias que lo lleven a pensar que existe deshonestidad por parte de uno o varios de sus empleados, ya que se requiere para superar el umbral de la sospecha, que el asegurado realice las investigaciones que correspondan respecto a la posible comisión de una conducta deshonestas por parte de sus empleados, con el fin de confirmar la sospecha o descartarla. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Reiterando que la sospecha no constituye descubrimiento, sí se confirma a raíz de la investigación que adelante el asegurado que existió una conducta fraudulenta y que hay una pérdida para el asegurado, la sospecha inicial (primer conocimiento) en virtud de la cual se dio inicio a la investigación, no podrá catalogarse como descubrimiento de la pérdida. (Briganti, 2001)

Entonces, el descubrimiento “es sinónimo de obtener información, de tal manera que cuando el asegurado percibe hechos (learn of facts) que constituyen una deshonestidad potencial de un empleado, su sospecha inicial puede transformarse, en virtud de las respectivas indagaciones, en conocimiento, lo que a su turno configura “descubrimiento” para el asegurado”. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Con el fin de dar mayor entendimiento respecto a esta tesis objetiva, el doctrinante Jorge Eduardo Narváez Bonnet, describió que:

“Bajo este criterio objetivo, que es el predominante, el asegurado está obligado a dar aviso de la pérdida, cuando tenga conocimiento suficiente de los hechos en un momento determinado; no basta la mera sospecha de la existencia de hechos, sino un grado de percepción que harían que una persona prudente y cuidadosa pudiera acusar a otra de fraude o deshonestidad, con la salvedad puesta de relieve por otros pronunciamientos, que el conocimiento de todos los pormenores de la pérdida no es necesario, basta con que el asegurado conozca hechos que sean suficientes para que una persona razonable estime que las circunstancias de la pérdida corresponden a la cobertura de la póliza”. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Respecto al modelo objetivo, en el caso de *Resolution Trust Corp. V. Fid. & Deposit Co*, de aquí en adelante “*City Savings*”, la Corte de Apelación del Tercer Circuito aplicó el mismo al momento de determinar cuándo había ocurrido el descubrimiento para la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros expedida por Fidelity and Deposit Company of Maryland (“F&D”), a City Federal Savings Bank (“City Federal”) en 1987.

Los empleados de City Federal y de su subsidiaria City Collateral, realizaron un acuerdo de préstamo mediante el cual City Collateral otorgaba un crédito de almacén de \$30 millones a Northwest Mortgage Company (Northwest). Sin embargo, pasado el tiempo la línea de crédito de Northwest empezó a tener problemas financieros graves. (*Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000*)

Los empleados que manejaban dicha línea de crédito, DeVany, Movroydis, Hurst y Merkle omitieron informar a City Federal todos los hechos negativos relacionados con la línea de crédito de Northwest, incluidos, entre otros, la forma en la cual fue negociado y los incumplimientos de Northwest en virtud del contrato marco. (*Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000*)

En diciembre de 1988, DeVany se reunió con Movroydis para discutir la situación de la línea de crédito. En la reunión, Movroydis admitió que había desviado indebidamente garantías que garantizaban los préstamos obtenidos de City Collateral. (*Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000*)

En enero de 1989, Northwest incumplió sus obligaciones en la línea de crédito; no realizó los pagos que vencían el 1 de enero de 1989 y el 1 de febrero de 1989. El 15 de febrero de 1989, DeVany, quien continuó administrando la línea de crédito de Northwest, proporcionó a City Federal un informe que reveló problemas con la línea de crédito. El Tribunal de Distrito indicó en su opinión que el memorándum de DeVany marcaba la primera vez que alguien en City Federal había sido informado de los problemas con el crédito. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

El 24 de febrero de 1989, Movroydis se reunió con ejecutivos de City Federal y admitió que malversó los fondos de City Collateral. Esta fue la primera vez que alguien en City Federal se enteró de la admisión de Movroydis y los detalles de su fraude, a pesar de que DeVany y Hurst sabían de la situación en diciembre de 1988. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

El 20 de marzo de 1989, después de entrevistar a DeVany y Merkle, Hull empleado de City Federal dio aviso del siniestro a F&D. F&D objetó el siniestro, alegando que City Federal no descubrió la pérdida durante la vigencia de la póliza. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Al respecto, el tribunal sostuvo que la información que obtuvo City Federal antes de la finalización de la vigencia de la póliza, no era suficiente para garantizar que el jurado determinara que "descubrió" la pérdida; a lo sumo, los hechos y circunstancias que conocía City Federal dieron lugar a sospechas sobre la mala conducta de sus empleados, pero sostuvo

que la mera sospecha de deshonestidad o irregularidades de los empleados durante la vigencia de la póliza no constituye descubrimiento. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Así, la información que City Federal sabía, proporcionaba una base insuficiente para que una persona razonable supusiera que se había incurrido o se incurriría en una pérdida cubierta por la póliza. En ese entendido, la Corte estableció que el estándar de descubrimiento comprende un componente subjetivo y objetivo: el juzgador debe identificar qué hechos e información el asegurado realmente conoció durante el período de tiempo relevante, y debe determinar, con base en esos hechos, las conclusiones que una persona razonable podría sacar de ellos. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Se resalta, que la Corte trae a colación la sentencia de Wachovia Bank & Trust Co. v. Manufacturers, 1959, en virtud de la cual la Corte estableció que "Los hechos deben ser vistos como lo habrían sido por una persona razonable en el momento en que se afirma el descubrimiento, y no como aparecieron más tarde a la luz del conocimiento adquirido posteriormente". (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Así, la Corte realizando un análisis literal del lenguaje empleado en la redacción de la cláusula y especialmente de la frase, "*hechos que harían que una persona razonable asumiera*", establece que el asegurado debe poseer información de calidad y completa para que se entienda configurado el descubrimiento. Entonces, para la Corte no ocurre el descubrimiento, hasta que el asegurado "descubre hechos que demuestran que ocurrieron actos deshonestos y aprecia la importancia de esos hechos". (Resolution Trust Corporation,

As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Ahora bien, hay que tener presente que el criterio de la Corte empieza a diferenciarse sutilmente del expuesto en Pauly, ya que deja entrever que la misma definición de descubrimiento no requiere que el asegurado tenga suficiente información para *acusar* a su empleado de fraude o deshonestidad; por el contrario, requiere suficiente información para *suponer* que su empleado ha actuado de manera fraudulenta o deshonesto. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000), (Schoonover, 1981)

Entonces, el examen que debe realizar el juez comprende el análisis de toda la información que el asegurado conocía para determinar si una persona razonable asumiría, con base en todas las circunstancias, que una pérdida cubierta ha ocurrido u ocurrirá. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

En este caso en particular, la Corte estableció que el descubrimiento estaba compuesto de ambos componentes, tanto subjetivo como objetivo. En primer lugar, el juez debe identificar los hechos y la información a la que tenía acceso o sobre la cual tenía conocimiento el asegurado durante la vigencia de la póliza. En segundo lugar, el juez debe inferir de dichos hechos, las conclusiones que una persona razonable pudiera sacar de los mismos. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Ahora bien, el Tercer Circuito también estableció que la determinación del punto de descubrimiento depende en última instancia de si una persona razonable podría suponer, con base en los hechos disponibles para el asegurado, que una pérdida ya ocurrió u ocurrirá. La corte añadió que la póliza requiere que el asegurado posea suficiente información que lo conduzca a una suposición razonable de la existencia de una pérdida cubierta por la póliza, sin perjuicio, de que el asegurado no necesite saber la cantidad exacta o los detalles de la pérdida. (Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland, 2000)

Criterio Subjetivo

Por otro lado, el criterio subjetivo parte de la base de establecer que se endilgará descubrimiento de una pérdida al asegurado únicamente cuando éste ha apreciado la importancia de los hechos que indican que un empleado ha cometido un acto deshonesto. Se requiere entonces una apreciación subjetiva de los hechos disponibles por el asegurado, con el fin de determinar si un empleado suyo ha o no cometido un acto deshonesto. (Briganti, 2001)

Entonces, se evalúa si con base en el conocimiento de determinados hechos, el asegurado está en capacidad de efectuar inferencias razonables que lleven a determinar una circunstancia que es materia de amparo bajo la póliza. (Jorge Eduardo Narváez, 2015)

Tres Cortes del Circuito de Estados Unidos se han inclinado por aplicar el criterio subjetivo, a saber, el quinto, sexto y noveno. Frente a los casos relevantes que se han presentado, y en los cuales se ha aplicado el criterio subjetivo, se encuentra Federal Deposit Insurance v. Aetna Casualty & Surety Co, el cual pasaremos a comentar de manera breve.

En dicho caso, el Asegurado USBN (United Southern Bank of Nashville) entró en estado de insolvencia por lo cual la FDIC (Federal Deposit Insurance Corporation) le prestó \$25,000,000, dicho préstamo se condicionó a que USBN realizara cambios en su administración. Así Tom Mottern reemplazó a C.H. Butcher Jr como el nuevo presidente de USBN. (FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., 1990)

Todos los esfuerzos para recuperar a USBN fueron en vano, ya que el 27 de mayo de 1983 la “Tennessee Commissioner of Banking” liquidó y cerró USBN. La FDIC transfirió parte de los activos de USBN a Union Planters National Bank of Memphis y la FDIC compró los activos restantes. Antes de la liquidación definitiva de USBN, Aetna expidió dos pólizas BBB el 27 de febrero de 1983 por un valor asegurado de \$3.000.000. (FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., 1990)

La sección 4 de la póliza definió descubrimiento de la siguiente forma:

“[D]iscovery occurs when the Insured becomes aware of facts which would cause a reasonable person to assume that a loss covered by the bond has been or will be incurred, even though the exact amount or details of loss may not then be known”.²

Con posterioridad la FDIC se enteró de que Butcher había otorgado cinco préstamos sin el cumplimiento de los requisitos requeridos, para obtener beneficios económicos para sí y para su familia. Mottern un empleado de USBN admitió en juicio que en la fecha en que el aviso

² Traducción propia: “El descubrimiento se produce cuando el Asegurado se entera por primera vez de hechos que llevarían a una persona razonable a suponer que ha ocurrido u ocurrirá una pérdida cubierta por esta póliza, independientemente de cuándo ocurrió el acto o actos que causaron o contribuyeron a tal pérdida, y así la cantidad exacta o los detalles de la pérdida no sean aun conocidos”

de siniestro fue realizado, él tenía sospechas de que USBN incurriría en pérdidas con ocasión a los actos fraudulentos de Butcher. (FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., 1990)

La Corte pese a mencionar la definición de descubrimiento la cual establece un criterio objetivo, pasa a concluir que el descubrimiento de pérdidas no ocurre hasta tanto el asegurado descubra hechos que demuestren que han ocurrido actos deshonestos y aprecie (*entienda*) la importancia de dichos hechos. (FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., 1990)

Los testimonios rendidos en el juicio indican que ningún empleado de USBN tenía conocimiento de hechos que indicaran algún tipo de deshonestidad por parte de Butcher antes de la liquidación y cierre de USBN, y resaltan que las sospechas generales de que se iba a presentar una pérdida aumentaron por la situación económica general de USBN y no por la conducta deshonesto de Butcher. La Corte encuentra que las pérdidas de USBN no fueron descubiertas por el asegurado antes de la finalización de la vigencia. (FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., 1990)

Continuando con la exposición jurisprudencial del criterio subjetivo, en 1995 se presentó el caso de Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland. Fidelity & Deposit Co. of Maryland expidió a Capital Bank and Trust Co. una Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros. Capital cayó en bancarrota en octubre de 1987 como resultado de los actos fraudulentos que cometió el Director de Préstamos, Allie Pogue. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

En el presente caso el Banco tenía sospechas de que Pogue estaba otorgando préstamos a cambio de recibir emolumentos ilícitos. El presidente del banco inicialmente tuvo sospechas de Pogue en agosto de 1986, motivo por el cual involucró al vicepresidente del banco, al

equipo jurídico y al equipo de auditoría interna para que investigaran dichas sospechas. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

Como resultado de dicha investigación, el presidente recibió un informe de auditoría en el cual se revelaron múltiples relaciones comerciales que sostenía Pogue con algunos de los clientes a los cuales se les había otorgado un préstamo. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

En febrero de 1987 el Banco remitió a F&D el aviso de siniestro, con la prueba de la pérdida sostenida por Capital, que consistía básicamente en una lista detallada de los préstamos que había otorgado Pogue y en virtud de los cuales había recibido una contraprestación ilícita a cambio. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

Hay cuatro grupos de préstamos otorgados por Pogue que causaron la insolvencia de Capital y su posterior bancarrota:

- a. Los préstamos de Jimmy Scott: Por los mismos Pogue recibió un apartamento dúplex y múltiples regalos.
- b. Los préstamos de Lareel: Pogue realizó negocios paralelos con uno de los clientes del banco, con el cual crearon una sociedad y a través de la cual realizaron la compra de un inmueble en Baton Rouge, la sociedad tuvo problemas financieros para realizar el pago del crédito hipotecario, motivo el cual Pogue ideó un fraude piramidal para rehabilitar sus finanzas.

La sociedad de Pogue le vendió el bien inmueble a otra sociedad, LAREEL, en cabeza de Thomas Keene, quien simuló un proyecto en el cual distribuiría unidades de la propiedad a distintos “inversionistas”, sin embargo, éstos jamás colocaron dinero,

pero si aparecieron solicitando préstamos a Capital y “firmando” pagarés por montos superiores a los del precio de la unidad. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

Pese a recomendación de un oficial de préstamo de Capital de rechazar las solicitudes, Pogue recomendó al Comité Ejecutivo de Capital que los préstamos sí se otorgaran a los “inversionistas” de LAREEL. Kenne finalmente, se quedó con el exceso en efectivo de los préstamos otorgados, y Capital quedó con una cartera con deudores o inexistentes o con alta calificación de riesgo a los cuales en principio jamás se les hubiese otorgado un crédito. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

- c. Los préstamos de Quadrant: En julio de 1984 Capital le otorgó préstamos millonarios a otra sociedad, Quadrant Partnership, cuyos socios también realizaban fraudes piramidales en concurso con Pogue, que resultaron en pérdida para Capital.
- d. Los préstamos de Robert Harger: Capital le otorgó préstamos a la sociedad Oakbourne Apartments Partnership Ltda del cual era socio Robert Harger, con el fin de pagar la deuda que Oakbourne había adquirido por la compra de inmuebles de propiedad de la sociedad de Pogue y Bunch.

La Corte empieza por establecer que, si bien la interpretación de la cláusula de descubrimiento en principio es objetiva, diversas cortes han sostenido que el descubrimiento de una pérdida no ocurre hasta tanto el asegurado conozca de hechos que demuestren que actos deshonestos han sido cometidos por sus empleados y haya entendido la importancia de dichos hechos. La sospecha respecto a una pérdida no constituye descubrimiento. Así, la Corte menciona como hitos jurisprudenciales los ya mencionados: FDIC v. Aetna Casualty

& Sur Co, y el caso de California Union ins. Co v. American Diversified Sav. Bank. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

F&D sostenía en juicio que la FDIC debía probar la deshonestidad o la ilicitud en cada uno de los actos de Pogue, y adicionalmente probar el nexo causal entre dichos actos deshonestos o fraudulentos con la pérdida soportada; así como, la cuantía de la pérdida resultante del fraude.

Sin embargo, la Corte estableció que era suficiente probar un “patrón general de deshonestidad”, más allá que un acto deshonesto para cada préstamo. Así, la Corte concluye que había suficiente evidencia de la cual el jurado pudo concluir que las transacciones respecto a LAREEL y Herring fueron descubiertas por Capital durante la vigencia de la póliza. En la prueba de la pérdida que aportó Capital, se incluían testimonios de aquellas personas que hicieron parte de los préstamos de Lareel y Herring, es decir, que se aportó la construcción fáctica de la conducta dolosa de Pogue. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

Como FDIC aportó pruebas de que los descubrimientos de estos dos préstamos se realizaron durante la vigencia de la póliza, la Corte establece que no era necesario que el aviso del siniestro y la posterior entrega de la prueba de la pérdida, identificara cada préstamo, así por tratarse de una unidad de evento se entenderán ligadas al primer descubrimiento las demás pérdidas que hubieren surgido únicamente del mismo patrón fraudulento que se descubrió originalmente. (Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, 1995)

El caso Nike Inc. Vs. Northwestern Pacific Indemnity Company

Iniciaremos con la exposición de un caso que consideramos absolutamente relevante para el presente trabajo, ya que la Corte realiza una interpretación y aplicación pro asegurado de lo

que se entiende por descubrimiento, frente a una ausencia de definición de descubrimiento en la póliza, motivo por el cual tomaremos un espacio para explicar en detalle este pronunciamiento.

Nike Inc demandó a Northwestern Pacific Indemnity Company por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de seguro debido a la negativa de esta compañía a realizar el pago por la infidelidad de uno de sus empleados.

Nike Taiwán una subsidiaria de Nike, distribuidor de los productos de Nike en Taipei, adquirió una Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros con Northwestern. Su Chi-Chiang (SU) era el gerente de cuentas mayoristas en Taiwán. Así las cosas, SU negociaba los acuerdos de distribución con los clientes y revisaba los términos de las ventas. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Uno de los clientes de Nike en Taiwán era Life Enterprise International (LIFE), cuyos directores principales los HUANGS eran amigos personales de SU. La pérdida reclamada a Northwestern resultó de las negociaciones realizadas por SU con LIFE y los HUANGS. En las negociaciones de los contratos de distribución por política de Nike, SU debió solicitar a LIFE garantías suficientes y cualificadas para respaldar y proteger a Nike en caso de incumplimiento de las obligaciones de LIFE. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

SU en virtud de la amistad sostenida con los HUANGS no solicitó garantías idóneas y, por el contrario, aceptó como garantía un bien inmueble que ya se encontraba hipotecado y aceptó como co-deudores a varios familiares de los Huangs que no tenían propiedades ni capacidad

crediticia y/o económica para respaldar la deuda. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Adicionalmente, SU realizó prácticas violatorias de las políticas de Nike en sus negociaciones diarias con LIFE, especialmente en lo que refería a la aceptación de cheques post fechados con más días de los que la política global aceptaba. De igual manera, SU otorgaba descuentos a LIFE en sus pedidos incluso cuando las órdenes no eran solicitadas con más de 6 meses de anticipación y violando las políticas de Nike, reduciendo deliberadamente el ingreso de Nike. Como si fuera poco, SU le vendía productos a LIFE en cantidades que dejaban entrever que más allá de que LIFE vendiera los productos en Taiwán, LIFE los estaba exportando a Japón, entrando así en competencia con las ventas propias que hace Nike en Japón. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Jeff Bolton, el gerente general de la subsidiaria de Nike en Taiwán, conocía ampliamente de las prácticas violatorias de las políticas de Nike que realizaba SU, las cuales manifiesta no solo realizaba con LIFE sino con otros clientes de igual forma, conocía de la práctica de los cheques post fechados, los descuentos sin justificación, y la sospecha de exportación de los productos Nike por fuera de Taiwán. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Ahora bien, Bolton sospechaba que SU podía estar recibiendo regalos por parte de LIFE, pero dicha práctica no lo preocupaba porque era sumamente común, asimilado a una “costumbre mercantil” de los negocios en Taiwán. Es decir, no tuvo sospechas de que SU recibiera sobornos u otros regalos que excedieran de la práctica ordinaria en Taiwán. Adicionalmente, LIFE era un buen cliente de Nike, pues siempre cumplía con sus obligaciones a tiempo. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Sin embargo, esta situación cambió cuando en junio de 1991, las deudas de LIFE con Nike empezaron a incrementarse de manera exponencial, incrementando así el riesgo de pérdida de Nike si LIFE incurría en incumplimiento. Los cheques post-fechados ayudaban a que la creciente deuda de LIFE se mantuviera oculta, lo cual permitió que la gerencia general quien ejercía la supervisión de Nike no se alertara. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

En noviembre de 1991, repentinamente LIFE dejó de pagar sus deudas y se rehusó a cumplir con sus obligaciones. Así, Bolton como gerente general de Nike confrontó a LIFE con el fin de obtener el pago de las deudas, sin embargo, LIFE realizó ciertas peticiones abusivas a Nike con el fin de proceder con los pagos, tales como, permitir que realizaran el pago de la deuda sin cobro de intereses de mora en un periodo mayor al permitido, así mismo, solicitó que Nike le entregara productos con anticipación a las fechas estandarizadas de entrega que tenía Nike, sumado a la concesión de descuentos no autorizados. Cuando Nike se negó a cumplir las demandas abusivas de LIFE, LIFE deliberadamente cesó los pagos de sus deudas por completo. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Nike, entonces descubrió que LIFE no tenía activos para respaldar la deuda y que los co-deudores tampoco tenían activos y/o liquidez que solventaran la deuda. Así Nike sostuvo una pérdida por aproximadamente \$2.34 millones de dólares. SU fue despedido de Nike Taiwán. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Tras el incumplimiento de LIFE, Nike contrató una firma privada de investigadores en Taiwán para, entre otras cosas, rastrear los activos de LIFE y de SU en un intento por determinar si había existido un beneficio ilícito por parte de SU. La investigación finalmente confirmó una estrecha amistad entre SU y los HUANGS, pero nada más. El investigador no

pudo encontrar o establecer que SU había recibido más que simples regalos cotidianos del negocio por parte de LIFE. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

En marzo de 1992, Nike interpuso una denuncia en Taipei acusando a SU y a los HUANGS de conspiración para “cometer la ofensa de incumplimiento del deber fiduciario”. Al mismo tiempo, Nike dio aviso de siniestro a Northwestern en abril de 1992, y posteriormente en diciembre de 1992 entregó su prueba de la pérdida. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Resaltamos que para dicha época Nike no tenía suficiente información (lo cual también fue planteado por la aseguradora en su objeción) que demostrara que SU hubiese tenido la intención manifiesta de causarle una pérdida a Nike o de obtener una ganancia ilícita, y por tal motivo no se había configurado una pérdida cubierta por la póliza. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

En febrero de 1994, el fiscal de Taipei que llevaba el caso falló a favor de Nike, indicando que SU y los directores de LIFE cometieron un delito de conformidad con la ley taiwanesa, y acusó formalmente a SU por sus actos criminales de conformidad con el artículo 342 del Código Penal taiwanés, el cual establece que: “La persona que maneje negocios de otro con la intención manifiesta de obtener un beneficio ilegal para sí o para terceras personas o cuyos actos son contrarios a sus deberes [...] y causa una pérdida de propiedad o de otros intereses será condenado a [...]”³ (Traducción propia) (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

³ “A person who manages the affairs of another with intent to procure an illegal benefit for himself or for a third person or to harm the interests of his principal and who acts contrary to his duties and thereby causes loss to the property or other interest of such principal shall be punished with

En septiembre de 1994, Nike contacta a Northwestern con la condena de SU, lo cual Nike consideraba probaba la infidelidad de SU. Northwestern ratifica su objeción alegando extemporaneidad. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Como cuestión preliminar, la Corte establece que las partes acordaron que, si bien el desencadenante de la disposición de notificación es el descubrimiento de una pérdida o de un suceso que puede convertirse en pérdida, el desencadenante de la limitación de la acción (prescripción) es el "descubrimiento de tal pérdida". Por lo tanto, la corte concluye que las partes acordaron que Nike tenía dos años desde el descubrimiento de la "pérdida", y no desde el descubrimiento de "un hecho que puede convertirse en una pérdida", para iniciar su acción. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Ahora bien, el punto fundamental de la controversia consiste en determinar cuándo descubrió Nike su **pérdida**.

Northwestern alega que Nike conocía los hechos y había apreciado su importancia al momento en que interpusieron la denuncia penal en marzo de 1992 o a lo menos para diciembre de 1992 cuando envió a la aseguradora la prueba de la pérdida. Ambas fechas estarían por fuera de los dos años para accionar por parte de Nike. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Nike alega que un juez (tercero imparcial) podría concluir que la investigación que realizó Nike le aportaba únicamente una base para sospechar de la participación de SU, pero que no fue sino hasta la condena que Nike obtuvo suficiente información para considerar que se había materializado un descubrimiento de la intención manifiesta y deshonesto de SU en el

imprisonment for not more than five years or detention; in lieu thereof, or in addition thereto, a fine of not more than 1,000 yuan may be imposed”.

fraude de LIFE. De ser la apreciación de Nike correcta, la acción no habría prescrito pues la condena se dio hasta febrero de 1994. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

En este caso en particular la póliza no tiene una definición de descubrimiento, motivo por el cual la Corte realiza un examen de la frase “descubrimiento de la pérdida”, contemplando el alcance natural y obvio de las palabras, y acude al precedente establecido en American Surety Company V. Pauly, citando que:

“No es suficiente para anular el derecho de acción del demandante sobre la póliza, que se demuestre que el demandante pudo haber tenido sospechas de una conducta deshonesta [...] Pudo haber tenido sospechas de irregularidades; pudo haber tenido sospechas de fraude, pero no estaba obligado a actuar hasta que no hubiera adquirido *conocimiento* de algún acto fraudulento o deshonesto específico” (Traducción propia) (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)⁴

Establece la Corte entonces, que la declaración de la Corte Suprema en Pauly refleja el entendimiento ordinario del término “descubrimiento”, que connota en su sentido simple “adquirir conocimiento” o “determinar la existencia de algo previamente desconocido o no reconocido”. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Así, la Corte continua su relato determinado que se deben cumplir los siguientes principios con el fin de determinar cuándo hay descubrimiento de una pérdida: primero y lógicamente

⁴ American Surety Company V. Pauly, 170 U.S. 133, 18 S.Ct. 552, 42 L.Ed. 977 (1898): “It is not sufficient to defeat the plaintiff’s right of action upon the policy that it be shown that the plaintiff may have had suspicions of dishonest conduct[.] * * * He may have had suspicions of irregularities; he may have had suspicions of fraud, but he was not bound to act until he had acquired knowledge of some specific fraudulent or dishonest act[.]”

la pérdida que se haya descubierto tiene que ser una pérdida que esté amparada por la póliza. Segundo, si bien el conocimiento en detalle de los pormenores de la pérdida no es necesario, el asegurado debe conocer suficientes hechos e información para que una persona razonable crea que las circunstancias de la pérdida están cubiertas por la póliza. Tercero, el estándar es objetivo y gira en torno a lo que una persona razonable concluiría o debería concluir de la información que tiene disponible, y así citando al reconocido abogado y árbitro norteamericano Thomas F. Segalla, establece que (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000):

“El descubrimiento tiene lugar, cuando el asegurado adquiere conocimiento suficiente, superior a la mera sospecha, que justificaría a una persona razonable y prudente creer que se ha producido un acto de deshonestidad [o, en este caso, robo] y una pérdida amparada por la póliza”⁵ (Traducción propia), (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Así, centrándose en el caso puntual, la Corte analiza la póliza argumentando que Nike se encuentra amparado contra las pérdidas por robo por parte de un empleado actuando solo o en colusión con terceros, y así, revisando que la póliza define robo como la “aprehensión” ilícita de dinero, valores o cualquier otra propiedad del asegurado, en este contexto entonces, el descubrimiento de una pérdida no se satisface con una mera sospecha, por razonable que esta fuera de que SU recibió beneficios económicos a través de la conspiración con terceros; y por lo tanto, para que a Nike se le atribuyera descubrimiento de la pérdida, debía tener conocimiento de hechos específicos que razonablemente harían que una persona concluyera

⁵ “Discovery takes place when the insured gains sufficient knowledge, greater than mere suspicion, which would justify a reasonable and prudent person to believe that an act of dishonesty [or, here, theft] and loss within policy coverage had taken place”.

que las acciones de SU fueron ilícitas o ilegales. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

La corte continua su discurso puntualizando que, si bien Nike conocía que SU había violado sus políticas internas en el manejo de los negocios, es decir, aceptando cheques post-fechados y la no constitución de garantías idóneas para respaldar la deuda; estas pérdidas, fruto de los actos incorrectos por la omisión en la aplicación de las políticas internas de Nike, no serían pérdidas cubiertas por la póliza. Entonces, el conocimiento de que un empleado ha violado las políticas internas de la compañía no implica necesariamente que se ha descubierto que el empleado ha cometido un robo (acto ilícito) y, por tanto, que ha acaecido una pérdida cubierta por la póliza. De hecho, en general, la violación por parte de un empleado de las políticas de la compañía no necesariamente establece que el empleado tenga la intención manifiesta de querer generar una pérdida, en lugar de ayudar al empleador. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Haciendo un paralelo con Colombia, esta situación se evidenció y fue materia de controversia en el laudo arbitral de Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidaciones contra La Interamericana Compañía de Seguros S.A., en el cual se concluyó que “si bien las operaciones de reporto que se ejecutaron fueron adversas para ACM dados los detrimentos patrimoniales que sufrió como consecuencia de ellas, no es menos cierto que el aludido funcionario obró con rectitud y buscando un buen resultado de negocios para la sociedad comisionista”. (Laudo Arbitral Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación vs. La Interamericana Compañía de Seguros S.A., 2001)

Entonces la Corte se cuestiona, si SU simplemente tenía un “criterio pobre” en los negocios, que LIFE aprovechó para dejar a Nike con una pérdida, o SU violó las políticas internas con

la intención manifiesta de ayudar a LIFE a defraudar a Nike. En ese sentido, es preciso identificar cuándo Nike obtuvo suficiente información para concluir que SU actuó con la intención manifiesta descrita en el punto anterior. (Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, 2000)

Para concluir el extenso resumen de este caso, la Corte expone que el argumento de Northwestern no es de recibo toda vez que una denuncia, no es un instrumento de acusación en sí mismo (es decir, sentencia condenatoria), sino que por el contrario únicamente provoca una investigación por parte de un fiscal que puede concluir o no en una acusación formal y posterior juzgamiento. Y, por tanto, como solo existía una sospecha de colusión por parte de Nike sin más evidencias, la denuncia interpuesta en marzo de 1992 no constituye descubrimiento. La Corte deja entrever que el descubrimiento se configura con la sentencia de febrero de 1994, y ordena revertir y remitir la concesión de juicio sumario a Northwestern.

Finalizando la exposición de este caso, que como podemos notar apela a un criterio subjetivo pro asegurado cuando hay ausencia de definición de descubrimiento, resalto ahora, los comentarios de la doctrina norteamericana en cuanto a la aplicación de estos modelos.

Comentarios de la doctrina norteamericana en cuanto al criterio objetivo y subjetivo:

Hay ciertos doctrinantes norteamericanos que consideran que el criterio subjetivo es imposible de reconciliar con el lenguaje simple con el cual se redactó la cláusula de descubrimiento del formato estándar No. 24. Sin embargo, la aplicación del criterio objetivo tampoco ha sido pacífica y estándar, pues como se ha notado a lo largo de la jurisprudencia expuesta cada Corte imprime un matiz propio, que puede tornar el modelo objetivo más o menos exigente dependiendo el circuito de que se trate. (Briganti, 2001)

Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito sostiene que el modelo objetivo no requiere que el asegurado tenga suficiente información para acusar a un empleado de haber cometido un acto deshonesto, antes de que sea alegado que ha descubierto la pérdida. (Briganti, 2001) Este estándar objetivo estricto fue criticado por el Octavo Circuito, en el caso de Perkins v. Clinton State Bank, en donde resaltó:

“Si el momento del descubrimiento se determina empleando un estándar objetivo estricto, un asegurado que es defraudado casi siempre incumplirá el requisito de notificación oportuna ya que el "descubrimiento" ocurrirá en el momento en que ocurra la pérdida (...)”⁶ (Traducción Propia) (Perkins v. Clinton State Bank, 1979)

El criterio objetivo estricto implica entonces, que se puede predicar descubrimiento por parte de un asegurado a partir de las posibles conclusiones que una persona razonable puede realizar, incluso antes de que tenga suficiente evidencia e información para acusar formalmente a un empleado de fraude o deshonestidad. (Briganti, 2001)

En esa medida se critica la aplicación estricta del criterio objetivo porque puede tender a ser pro aseguradora, y poco proteccionista de los derechos del asegurado, a saber:

“Algunos pueden sostener que la aproximación del tercer circuito es pro-aseguradora y muy estricto, así como poco práctico. De hecho, como los señalan dos comentaristas, “a veces es difícil, al menos inicialmente, distinguir la negligencia, la

⁶ “if the moment of discovery is ascertained by employing a strict objective standard, a negligent assured which is defrauded will almost always run afoul of the timely notice requirement since "discovery" will occur the moment the loss occurs. a bank that (negligently) believes the release of escrow documents is entirely proper can hardly be expected to immediately notify its insurer that it has suffered a loss”

falta de atención o la incompetencia, de la deshonestidad de los empleados”⁷(Traducción propia), (Briganti, 2001)

Así, “estos comentaristas basan esta declaración en el hecho de que el descubrimiento suele ser repentino y no planificado, y la deshonestidad o el fraude generalmente no se vuelven evidentes para el asegurado hasta que las personas dentro de una organización ofrecen información voluntariamente (generalmente solo sospechas de irregularidades) a su empleador”. Además, estos comentaristas sostienen que es posible que un asegurado inicialmente no reconozca la importancia de esta información, particularmente “cuando ningún individuo tiene una imagen completa de los eventos o cuando el conocimiento de las malas acciones por parte de los subordinados no ha sido informado a la alta gerencia”.⁸ (Traducción propia), (Briganti, 2001)

Nos parece importante puntualizar la percepción de Mark Wilson, litigante de los Estados Unidos de América, respecto al motivo por el cual las cortes se inclinan en la aplicación del criterio objetivo:

“El asegurador obviamente preferiría un estándar “objetivo”, en el cual el conocimiento de ciertos hechos conduce necesariamente al “descubrimiento” tal como se usa el término en la póliza. Sin embargo, si surge una disputa sobre el descubrimiento, el asegurado deseará

⁷ “Some may argue that the Third Circuit’s approach is pro-insurer and is too stringent and impractical. Indeed, as two commentators note, “[i]t is sometimes difficult, at least initially, to distinguish negligence, inattention or incompetence from employee dishonesty”. (Briganti, 2001)

⁸ “These commentators base this statement on the fact that discovery is often sudden and unplanned, and the dishonesty or fraud typically does not become apparent to the insured until individuals within an organization volunteer information – usually merely suspicions of wrongdoing – to their employer. Moreover, these commentators contend that an insured may not initially recognize the significance of this information, particularly “where no single individual has a complete picture of events or where knowledge of wrong-doing by subordinates has not been reported to senior management”.

argumentar que la póliza tiene un estándar “subjetivo” para el descubrimiento, por el cual las propias conclusiones subjetivas del asegurado en cuanto a la importancia de los hechos conocidos (independientemente de la razonabilidad de dichas conclusiones) determinarán si el asegurado “descubrió” el siniestro en un día determinado”⁹ (Traducción propia), (Wilson, 1999)

Lo que sucede normalmente en la práctica colombiana, aparejado al comentario de Wilson, cuando se trata de afectar la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros es que la compañía de seguros que expidió el producto alegue que el descubrimiento de la pérdida sucedió en una fecha temprana antes del inicio de la vigencia de la póliza e invocará como excepción la extemporaneidad en el aviso del siniestro, así como en la entrega de la prueba de la pérdida, y consecuentemente su prescripción.

También, cuando las compañías de seguros discuten cuándo ocurrió el descubrimiento y alegan que el mismo acaeció antes del inicio de la vigencia de la póliza, buscan trasladar o imponer la responsabilidad sobre otra compañía de seguros, cuando dos pólizas suscritas por dos aseguradoras diferentes posiblemente otorguen cobertura.

El descubrimiento como lo mencioné líneas arriba torna exigibles las obligaciones contenidas en el contrato de seguro en cuanto a dar el aviso a la compañía de seguros y entregar toda la documentación tendiente a probar ocurrencia y cuantía. También inicia el decurso de la

⁹ “The [insurer] would obviously prefer an “objective” standard, by which the knowledge of certain facts necessarily leads to “discovery” as the term is used in the bond. If a dispute over discovery arises, however, the insured will wish to argue that the bond has a merely “subjective” standard for discovery, by which the insured’s own subjective conclusions as to the import of the known facts (regardless of the reasonableness of those conclusions) determine whether the insured “discovered” the loss on a given day”.

prescripción en contra del asegurado con el fin de obtener el pago de la indemnización, y todo ello dependerá de que se establezca si el siniestro finalmente goza de cobertura.

Momento en que se entiende ocurrido el descubrimiento:

Con el fin de realizar un adecuado análisis para determinar cuándo ocurrió el descubrimiento se deben contestar las siguientes preguntas, las cuales usualmente desarrollan las cortes en Estados Unidos:

- a. ¿Cuánto y qué tipo de información o conocimiento constituye descubrimiento de una pérdida o un conocimiento suficiente por parte del asegurado?
- b. Como es el asegurado quien debe descubrir una pérdida en su patrimonio, y como el asegurado en las Pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros (usualmente) es una persona jurídica, organización o entidad financiera, ¿cuál de sus agentes o empleados debe tener dicho conocimiento? (Schoonover, 1981)

Entrando entonces en el análisis del Formato Estándar No. 24 y la modificación que introdujo una definición con el fin de zanjar las discusiones que se estaban presentando, concluimos que la misma no está exenta de posiciones antagónicas por cuanto para algunos la definición se encuentra más próxima a la “pura sospecha” que al “conocimiento”, mientras que otros opinan exactamente lo contrario. (Schoonover, 1981)

Sin duda, ese tipo de estipulaciones pretenden imponer al asegurado la obligación de actuar con la mayor diligencia ante la sospecha de que ha sido afectado por un acto de infidelidad, de tal forma que pueda implementar correctivos de manera inmediata que permitan mitigar la pérdida e identificar las maquinaciones fraudulentas que se vienen ejecutando y los artífices de las mismas. (Schoonover, 1981) Pues como lo comentamos en American Sur. Co

v. Pauly, que es un caso fallado antes de 1980, había establecido la corte que no hay siquiera un deber por parte del asegurado que tiene una sospecha de investigar más a fondo, con el fin de madurar la sospecha en descubrimiento.

Ahora bien, como hemos podido evidenciar a pesar de que se haya introducido una cláusula con el fin de unificar el estándar, ello no ocurre en Estados Unidos, y aún las cortes incluso siguen aplicando los hitos mencionados en Pauly, y, por tanto, es normal encontrar que hay cortes que aplican ante la discrepancia entre un criterio objetivo estricto y un subjetivo estricto, lo que coloquialmente llaman el estándar “de la persona razonable”. (Schoonover, 1981)

Este último estándar “intermedio” más conocido como “de la persona razonable”, sostiene que un asegurado descubre una pérdida de infidelidad cuando tiene "conocimiento", no una simple sospecha, como justificaría un análisis cuidadoso y que realiza un hombre prudente al asumir que ha ocurrido un fraude o deshonestidad cubierto por la póliza. (Schoonover, 1981)

Esta posición requiere que el asegurado tenga suficiente información que permita que una persona razonable asuma que una infidelidad cubierta por la póliza u otra pérdida cubierta por la póliza ocurrió u ocurrirá. Entonces, ¿cuánto y qué tipo de información o conocimiento constituye descubrimiento?

Se requiere conocimiento real antes de que se le permita a una aseguradora alegar que ha acaecido el descubrimiento, así se concluye que la definición, no es puramente objetiva como se quisiera pensar o se llegaría a concluir en principio. (Schoonover, 1981) Si un asegurado no tiene conocimiento y *entendimiento* real de los hechos que harían que una persona

razonable suponga que se ha incurrido o se va a incurrir en una pérdida cubierta, no está obligado a aprobar el test de la "persona razonable". Ello aunado a que varios litigantes coinciden en que la definición del Formato Estándar No. 24 no parece requerir que un asegurado emplee todos sus medios diligentemente para convertir una sospecha en un descubrimiento real (Schoonover, 1981). Sobre este último punto discrepo, ya que considero que en virtud de la diligencia y de los buenos oficios que debe emplear el asegurado en sus negocios, tiene un deber de investigar con mayor profundidad aquellas sospechas que tengan mérito y que en virtud de la experiencia, potencialmente puedan resultar en verdaderas pérdidas para el asegurado.

En el ámbito extrajudicial como judicial, queda aún la incertidumbre de cuánta y qué tipo de verificación sobre la información que posea un asegurado sobre un evento cubierto requeriría realizar una persona razonable para constituir un descubrimiento. Como lo hemos mencionado, en los procesos judiciales los asegurados defienden una fecha tardía de descubrimiento argumentando que una persona razonable (y en particular una persona cuidadosa) requeriría una certeza absoluta con base en los informes y/o cualquier otro tipo de información recibida por él, antes de acusar a otro de fraude o deshonestidad, ya que incluso las personas razonables pueden ser demandadas por difamación o verse envueltos en procesos laborales dispendiosos y cuantiosos ante la ausencia de prueba en contra de su trabajador. (Schoonover, 1981)

Ahora bien, es importante precisar que, si bien en el caso de Pauly se requería el conocimiento de hechos que harían que un hombre prudente y cuidadoso pudiera *acusar* a otro de actos deshonestos, hoy en día la póliza requiere el conocimiento de hechos que harían que una persona razonable *asuma* que ha ocurrido una pérdida.

Sobre este último punto, quienes aplican predominantemente el criterio objetivo afirman que no es necesario para que se repute que el descubrimiento ya sucedió, que el asegurado conozca la cantidad total o el alcance de la pérdida. Al respecto, hay pronunciamientos que establecen lo contrario, pues para ellos el descubrimiento de la pérdida no ocurre hasta tanto el asegurado no haya tenido un tiempo razonable para descubrir el alcance y la cuantía de su pérdida; a saber: City Loan & Sav. Co. V. Employer's Liab. Assur. Corp (Ohio 1964); Prior Lake State Bank V. National Sur. Corp (Minn. 1957); Morrellville Dep. Bank v. Royal Indem. Co (1928); Brown v. Maryland Cas. Co (Vt. 1940); Russell Gasket Co. V. Phoenix of Hartford Ins. Co (6th Circ, 1975). (Schoonover, 1981)

2.2.¿Quién supo qué y cuándo? El Desarrollo Jurisprudencial en Colombia Sobre el Concepto de Descubrimiento

En Colombia no es secreto que el trabajo legislativo no se acompasa con las realidades sociales que están en constante evolución, lo cual se hace más evidente en materia de seguros, ámbito en el cual la jurisprudencia ha adquirido una relevancia fundamental como fuente de Derecho. Este trabajo jurisprudencial también se complementa en el país con los desarrollos y aportes doctrinales sobre aspectos del seguro que han tenido relevancia para el mercado.

En cuanto al descubrimiento, ante la ausencia de definición en los clausulados que se utilizan en Colombia y la renuencia de los reaseguradores a introducir modificaciones, los asegurados han acudido a instancias judiciales con el fin de resolver ante un tercero objetivo la controversia que surge con las compañías de seguros en cuanto al momento en el cual se puede determinar ocurrió el descubrimiento de una pérdida.

Sea lo primero resaltar, que en Colombia no existe un modelo o criterio unificado que le permita a los tribunales, cortes, juzgados, tribunales de arbitramento, entre otros, determinar cuándo ha ocurrido el descubrimiento, y por ello, se evidencian pronunciamientos con posiciones disímiles, sin embargo, encuentro como un común denominador que, en ninguno de los pronunciamientos analizados para este trabajo, se aplica un criterio subjetivo como el expuesto en Nike v. Northwestern.

Iniciaré con la exposición de aquellos casos en los cuales considero se ha aplicado un criterio pro aseguradora o incluso objetivo estricto, haciendo especial hincapié en los procesos judiciales que han originado los fraudes al sistema pensional colombiano, para luego concluir con la exposición de los pronunciamientos considero están más cercanos a un modelo pro asegurado.

La Administradora Colombiana de Pensiones vs. Axa Colpatría Seguros

Colpensiones presentó ante el Tribunal cinco (5) siniestros diferentes, de los cuales cuatro (4) constituían unidad criminal. Dichas pérdidas afectaban el patrimonio de Colpensiones pues a través de diferentes modalidades de defraudación se buscó inducir en error a la Administración Pública para que otorgara pensiones irregulares a personas que de conformidad con el derecho colombiano aún no cumplían con los requisitos.

En este proceso se discutieron a saber: pérdidas correspondientes a adulteraciones en Historias Laborales; pérdidas en el Eje Cafetero y Valledupar, en estas dos últimas se discutía la pérdida de Colpensiones en virtud de la falsificación de dictámenes de pérdida capacidad laboral; las pérdidas debido a los cálculos actuariales por omisión, y lo conocido como otras tipologías, correspondientes a fraudes individuales de distintos ciudadanos que a través de

declaraciones juramentadas con contenido falso, presentación de documentos de identidad con contenido falso y falsa sentencia, obtuvieron de manera irregular el reconocimiento de una pensión de sobreviviente o vejez.

Pese a que el laudo analiza las unidades criminales de Historias Laborales, Eje Cafetero, Valledupar y Cálculos Actuariales por omisión; nos centraremos en los casos individuales de fraude con el fin de hallar un mismo hilo conductor entre las dos controversias adelantadas frente a AXA y frente a Previsora. En ambas controversias se busca determinar cuándo fue descubierto el fraude, es decir, el momento en que Colpensiones pudo razonablemente tener conocimiento de que habría otorgado un beneficio pensional irregular.

Colpensiones sostiene que el descubrimiento se materializa para dicha entidad con el cierre de la Investigación Administrativa Especial. Este es un procedimiento administrativo para la revocatoria en forma directa total o parcial de resoluciones por medio de las cuales se reconocen de manera irregular pensiones y se determinan presuntos responsables; la ley establece que se debe iniciar una actuación administrativa tendiente a definir los supuestos fácticos y jurídicos de la prestación y la existencia de una presunta irregularidad, para verificar y determinar con el cierre de la investigación administrativa especial la irregularidad total o parcial del reconocimiento de la pensión con fundamento en documentos falsos, presiones indebidas, inducción a error a la administración o cualquier otra práctica corrupta. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

En ese orden de ideas, el Gerente de Prevención del Fraude da inicio a la investigación administrativa especial con base en peticiones o quejas que somete a un juicio de valor a través de la etapa probatoria, la cual una vez culminada, permite determinar una práctica

corrupta, obligando al Gerente de Prevención del Fraude a emitir el auto de cierre de la investigación administrativa especial. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

La fecha de descubrimiento por parte de Colpensiones sobre la existencia de un hecho fraudulento, sostiene esta, se da con el cierre de la Investigación Administrativa Especial fecha en la cual cuenta con los fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios para establecer que la pensión reconocida al afiliado, debe ser objeto de modificación, revocatoria o reliquidación, dado que el reconocimiento se fundamentó en una práctica corrupta en contra de la Administración. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

Así, Colpensiones alega que no tiene la posibilidad de reclamar, ni extrajudicial ni judicialmente a la Aseguradora una pérdida sufrida en su patrimonio sino en la medida en que determina la *existencia real* de la pérdida para la entidad en virtud de una práctica corrupta una vez agotado el procedimiento administrativo, de acuerdo con las disposiciones constitucionales, legales y administrativas. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

Axa por su parte, objetó los siniestros argumentando, particularmente, que no existía evidencia de que Colpensiones hubiese sufrido una pérdida en sus bienes, ni que la causa de la presunta pérdida fuese la conducta de sus empleados, por lo que no había lugar a considerar que el riesgo asegurado se hubiese materializado. Así mismo argumentó que el descubrimiento se materializó por fuera de su vigencia y los siniestros se encontraban ya prescritos. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

El Tribunal al analizar la póliza encuentra que la misma carece de una definición de descubrimiento y por tal motivo, tras realizar un recuento de los criterios empleados en Estado Unidos de América para resolver las controversias en torno a cuándo se entiende ocurrido el descubrimiento, concluye que debe aplicar al litigio los siguientes criterios sobre el conocimiento:

“(i) Se refieren al conocimiento que se tenga “por primera vez”, de manera que atienden al primer hecho del que tuvo noticia;

(ii) este primer conocimiento no debe confundirse con una mera sospecha, en el sentido de que debe conducir a una persona razonable a considerar que se ha presentado o se presentará una de las pérdidas cubiertas por la póliza. Para estos efectos resulta útil la distinción que la doctrina norteamericana ha establecido entre “creer” y “asumir”, pues la “creencia” implica un mayor grado de comprensión de lo sucedido que la simple “asunción”;

(iii) que la pérdida ya haya ocurrido o vaya a ocurrir, es decir, parecería cobijar igualmente detrimentos futuros siempre que haya conocimiento sobre hechos actuales que permitan que una persona razonable “crea” que se va a presentar la pérdida; y

(iv) en relación con el alcance del “conocimiento”, no se exige un conocimiento detallado del monto de la pérdida ni de los pormenores del evento.” (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

En ese orden de ideas, el Tribunal parte de establecer que ningún aviso es requerido cuando el asegurado simplemente sospeche o tenga razones para sospechar irregularidades, pues el descubrimiento se configuraría cuando las meras sospechas iniciales “pasan a constituir

“hallazgos significativos” de posibles pérdidas que estarían cubiertas por el seguro” (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020) , y así citando laudos nacionales, estableció:

“(…) No escapa al entendimiento del tribunal que, en oportunidades, la fecha de descubrimiento de circunstancias que supongan realización del riesgo asegurado puede ser fácilmente inidentificable, pero que hay otras en las cuales puede mediar un proceso, más o menos amplio, “en donde primero nace la sospecha, va creciendo y finalmente llega al límite de la certidumbre”. Cuando quiera que las “sospechas” configuren hallazgos significativos de posibles pérdidas es necesario que se proceda a su información como elemento del estado del riesgo a la entidad aseguradora, en la etapa de formación del contrato de seguro”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

En ese entendido, el Tribunal sostiene que las simples sospechas que tenga el asegurado o sus intuiciones respecto a la existencia de actos fraudulentos no bastan para que se configure el descubrimiento, y, por tanto, se requiere de una investigación o profundización sobre las mismas para que el asegurado las corrobore o en su defecto las descarte. Sin embargo, el Tribunal reafirma el elemento principal que recopilamos en el criterio objetivo, en el sentido que el descubrimiento no implica o requiere tener un conocimiento completo de los detalles del siniestro o su cuantía, ya que en palabras del Tribunal “exigir un conocimiento detallado implicaría, en la práctica, equiparar la modalidad de descubrimiento con la de ocurrencia”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Es así que el descubrimiento para el Tribunal adoptando un parámetro objetivo se ubicaría en el medio de estos dos extremos (sospecha y certeza absoluta), y, por tanto, se deberá analizar en cada caso concreto lo que una persona razonable hubiera considerado colocada en idénticas circunstancias. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Así, aterrizando al caso en concreto, el Tribunal reiteró que el nivel de conocimiento de los hechos requerido para que se considere que ocurrió un descubrimiento no es el de certeza absoluta, y en ese entendido, determinó que el descubrimiento no supone la realización de un procedimiento administrativo, la contradicción de pruebas, la interposición de recursos, o la determinación precisa de cifras. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Concluyendo entonces, como el descubrimiento para el Tribunal aplicando un parámetro objetivo tiene lugar cuando el asegurado tiene conocimiento de hechos que llevarían a que una persona razonable infiera o considerara que ha ocurrido una de las pérdidas amparadas por el seguro, este no se produce con el cierre de las Investigaciones Administrativas Especiales. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Entonces, en la modalidad “otras tipologías” el Tribunal advirtió que el descubrimiento ocurrió con los informes de verificación preliminar con los que Colpensiones determinaba, luego de unas investigaciones internas, que había irregularidades en los documentos que fundamentaban su decisión de haber concedido una pensión. Cabe resaltar que dichas investigaciones internas se realizaban con anterioridad a la apertura del proceso

administrativo especial. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

a. Análisis del Concepto de Pérdida o Daño

Un elemento que resulta trascendente en la configuración del siniestro, y que, de hecho, debe tomarse en cuenta para resolver el problema jurídico del presente trabajo, es la materialización de un daño patrimonial indemnizable, más conocido como pérdida.

La póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros pertenece a la clasificación de los seguros de daños, los cuales tienen un carácter indemnizatorio, pues buscan reparar integralmente el detrimento patrimonial que sufra el asegurado como consecuencia de un siniestro amparado, sin embargo, la obligación se hace exigible cuando el asegurado acredita (sin tarifa probatoria) tanto la ocurrencia como la cuantía de su pérdida o daño. (Narváz Bonnet, 2014)

En consecuencia, establece el Tribunal, que el análisis de la ocurrencia del siniestro en los seguros de daños implica estudiar si se ha presentado un daño patrimonial que pueda ser calificado como “indemnizable”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Sobre este último punto, es importante aclarar que no todo daño, es decir, detrimento, menoscabo o deterioro que pueda afectar los bienes o intereses del asegurado, adquiere la relevancia jurídica para ser reparado al amparo de la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros. De igual manera, puede suceder que pese a que se haya materializado un riesgo amparado bajo la póliza este no sea susceptible de ser indemnizado pues pudo no generar consecuencias patrimoniales adversas en el asegurado. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Así, el Tribunal sostiene que, “para que el daño sea indemnizable o resarcible, se requiere que sea cierto, personal, directo y, por regla general, antijurídico”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)
(Subrayado fuera de texto)

Respecto de la certeza del daño, la doctrina ha señalado que “el daño debe ser cierto, por oposición a lo puramente hipotético, eventual o conjetural; lo que significa que debe haber certidumbre en cuanto a su existencia misma, en el caso de daño actual; o suficiente probabilidad, de acuerdo con el curso natural y ordinario de los acontecimientos (...), de que el mismo llegue a producirse, como prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente, en la hipótesis de daño futuro.” (Trigo Represas y López Mesa, 2004)

En ese entendido, no cabe duda alguna de que el daño debe ser **existente, constatable o verificable**, aunque establezca el tribunal que dichas características se predicen con independencia de que dicha existencia sea actual o futura; último punto sobre el cual plantearé una franca oposición en el siguiente capítulo. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

Así, “únicamente los daños que el demandante efectivamente haya sufrido o aquellos que se espera – con una alta probabilidad objetiva - que sufrirá como consecuencia de la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actuales, son susceptibles de ser resarcidos”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatría Seguros S.A. , 2020)

“De conformidad con lo anterior, para que surja la obligación a cargo de la compañía aseguradora es necesario que el riesgo asegurado se concrete en una pérdida o daño

patrimonial verificable, que afecte los intereses del asegurado”. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

b) Análisis del Concepto de Prescripción

Respecto a la prescripción, el Tribunal concluye que, si el riesgo asegurable es el descubrimiento de un hecho durante la vigencia de la póliza, tal descubrimiento es el siniestro, y en tal medida, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio, será desde ese momento que se contabilice la prescripción. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Entonces, en los seguros pactados en la modalidad de descubrimiento, sostiene, el conocimiento por parte del asegurado atinente a que se ha presentado una pérdida que tiene cobertura es el hito desde el cual comienza a contabilizarse el término de prescripción ordinaria. (Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 2020)

Resalto las palabras “hecho” y “daño” porque son utilizadas indistintamente por el Tribunal, y es ahí, donde se presenta el principal problema en el conteo de la prescripción, pues el conocimiento del acto deshonesto o fraudulento no es lo mismo en la práctica que el conocimiento de la materialización de una pérdida; sin embargo, más adelante profundizaré sobre este aspecto para plantearle al lector el problema jurídico.

Ahora bien, de manera similar a la que falló el Tribunal de Arbitramento en AXA v. Colpensiones, el Consejo de Estado en sentencia del 25 de enero de 2017, que dirimió la controversia entre el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario- FINAGRO y Seguros Colpatria S.A., estimó que el conocimiento exigido para que se considerara que se

había presentado el descubrimiento se configuró, en este caso, cuando culminó la investigación correspondiente y los directivos de la entidad financiera recibieron los informes que daban cuenta sobre la ocurrencia de posibles fraudes. (Consejo de Estado, Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario v. Seguros Colpatria S.A., 2017)

Al respecto, y adentrándonos brevemente en esta referencia, el 21 de abril de 2006, la Superintendencia Financiera de Colombia realizó una visita de inspección en FINAGRO y radicó un requerimiento que contenía un hallazgo consistente en la relación de todos los movimientos bancarios que se habían realizado sobre los recursos desembolsados fraudulentamente. Así, el Consejo determinó, “para efectos de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, se debe tener como fecha del descubrimiento del siniestro, el referido 21 de abril de 2006, con independencia de que, con posterioridad, las investigaciones de la liquidadora del Fondo Ganadero del Caquetá S.A. y las adelantadas en materia penal y fiscal, hubieren ampliado el conocimiento acerca de las actividades de los distintos funcionarios y de los terceros, en los hechos correspondientes”. (Consejo de Estado, Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario v. Seguros Colpatria S.A., 2017)

La Administradora Colombiana de Pensiones vs. La Previsora

En el proceso de la Administradora Colombiana de Pensiones contra la Previsora Compañía de Seguros que se adelantó en el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá del 26 de julio de 2022, se discutió la pérdida sufrida por Colpensiones ocurridas como consecuencia de actos fraudulentos cometidos por seis beneficiarios para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de manera irregular.

Los ciudadanos con el fin de obtener el reconocimiento de una sustitución pensional, aportaron declaraciones extrajuicio fraudulentas. Esta circunstancia, de manera individual llegó a oídos de la Administración a través de su línea de Integridad y de Transparencia, en donde un ciudadano anónimo comunicaba una anomalía o irregularidad en el otorgamiento de la pensión de sobreviviente de su familiar y/o conocido. (Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2022)

Previsora objetó cada uno de los reclamos argumentando principalmente que el descubrimiento por parte de Colpensiones había ocurrido con anterioridad al inicio de su vigencia, es decir, eran pérdidas que debía soportar AXA Colpatria. Dicho descubrimiento, según la compañía de seguros había ocurrido en la fecha en que la Administradora recibió la llamada anónima a través de su línea ética. (Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2022)

Por su parte, Colpensiones sostuvo que se entendía había acaecido siniestro cuando la entidad verificaba la existencia de una pérdida sufrida en su patrimonio y eso solamente ocurría cuando se establecía, mediante el procedimiento explicado en AXA vs. Colpensiones, el monto que fue indebidamente liquidado y pagado fraudulentamente; ya que con anterioridad, la administración no tenía la posibilidad de reclamar a la aseguradora una pérdida sufrida en su patrimonio, sino en la medida en que determinaba la existencia real de la misma una vez agotado el procedimiento administrativo. (Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2022)

Así mismo, Colpensiones sostuvo que el término de prescripción no debe contabilizarse en un solo momento puesto que un siniestro complejo y sucesivo comprende dos instantes: uno compuesto por el hecho condicional (descubrimiento) y otro el evento dañoso (determinación

de la pérdida), siendo desde el conocimiento de la pérdida patrimonial, el momento a partir del cual debe iniciar su conteo. (Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2022)

Me parece importante resaltar este último argumento, que será explicado con mayor detalle en el siguiente capítulo, pues la aplicación de un criterio objetivo estricto puede anular completamente los derechos del asegurado al predicar un descubrimiento que tiene impacto directo sobre el decurso de la prescripción, en un momento en el cual el asegurado desconoce por completo si en efecto ha o no ocurrido un fraude y, por tanto, una afectación patrimonial.

El juzgado concluye, que el descubrimiento puede configurarse “en 3 grupos de manera general desde el momento de su (i) ocurrencia, es decir cuando el asegurado adquiere el conocimiento de hechos que harían que una persona razonable suponga que ha ocurrido un siniestro que está amparado por la presente póliza, y en forma específica con el (ii) auto de apertura de la investigación administrativa especial y con (iii) la noticia criminal o vinculación en calidad de víctimas de Colpensiones a un proceso penal si fue ante de la apertura de la investigación, siendo las circunstancias enunciadas el baremo sobre el cual el despacho entrara a analizar la excepción de prescripción sobre los 6 casos objeto de estudio en esta causa”. (Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2022)

En ese entendido, aplicando sin uniformidad alguna el criterio objetivo de descubrimiento, e incluso con corte radical, el juzgado considera que en algunos casos el descubrimiento se presentó con la queja instaurada por el ciudadano, y en otros, con el informe de verificación preliminar antes de iniciar la Investigación Administrativa Especial.

Este laudo en particular, genera una distorsión frente a los avances que se habían alcanzado jurisprudencialmente, ya que el juez predicó había acaecido el descubrimiento por parte de Colpensiones cuando esta obtuvo una noticia preliminar sobre unos hechos (sin verificarlos), procediendo así a equiparar “descubrimiento” y “conocimiento” con la “mera sospecha”. Sobra mencionar que esta “práctica” ha sido severamente criticada por los tribunales norteamericanos, de conformidad con las extensas exposiciones que he realizado sobre la materia.

Otros Pronunciamientos Nacionales: Modelo Objetivo

Traigo a colación el pronunciamiento del Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia entre el Centro Comercial los Molinos P.H. v. SBS Seguros Colombia S.A., en el cual se resaltó:

“El riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento de pérdidas, implica necesariamente que la realización de la conducta lesiva en contra del empleador sea absolutamente desconocida para este, de tal suerte que, si se tuvieren indicios o sospechas de la materialización previa de algún riesgo, el mismo debería ser puesto en conocimiento de la compañía aseguradora, dando cumplimiento al artículo 1058 del Código de Comercio”. (Tribunal Arbitral del Centro Comercial los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A., 2022)

El Tribunal de Arbitramento que dirimió la controversia entre la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación y Aseguradora Colseguros S.A., señaló también respecto al primer conocimiento:

“El riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento ha de atender a los requisitos de futureidad e incertidumbre que, como atributos esenciales, señala el artículo 1054 del Código de Comercio al riesgo genéricamente concebido, para que sea admisible como asegurable en un contrato de seguro. De suerte que eventos cuya ocurrencia material haya sucedido con anterioridad a la iniciación de la vigencia del contrato de seguro, que sean conocidos por el tomador, han de ser informados al asegurador, pues sólo cuando son desconocidos para el tomador adquiere eficacia el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento, al concretarse la incertidumbre legalmente exigida”. (Tribunal Arbitral de Sociedad Fiduciaria Bermudez y Valenzuela S.A. En Liquidación VS. Aseguradora Colseguros S.A., 2002)

Casos pro asegurado

En el Laudo arbitral del ISS (En Liquidación) vs. La Previsora S.A. de 8 de octubre de 2015 al abordar lo relativo al conocimiento que es exigible al asegurado frente a una defraudación por parte de sus empleados, el Tribunal estableció lo siguiente:

“El Tribunal considera que el asegurado tiene conocimiento de los hechos desencadenantes del siniestro, en un caso como el que es materia de examen en este trámite arbitral, cuando adquiere certeza de la defraudación, de la época de ocurrencia de los hechos, del instante en que se materializaron, lo que sólo se produce, una vez se cumplen las labores de investigación y de confrontación de los registros y por lo mismo, lo que se torna relevante es el instante en que el asegurado aprehende esos detalles, aunque las apropiaciones de fondos efectivamente hubieran podido ocurrir

en un tiempo anterior”. (Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2015),

Así mismo expresó, respecto al descubrimiento y el término prescriptivo:

“Dicho de otra manera, el conocimiento de las circunstancias que constituyen el siniestro, se presenta cuando el asegurado sabe de la ocurrencia de los hechos con certeza razonable (...) Para el Tribunal, el conocimiento, que exige en materia de prescripción ordinaria el artículo 1081 del estatuto mercantil, implica la percepción directa de los hechos por parte del asegurado y tratándose, como en este caso, de una cobertura de ocurrencia, conllevaría que el asegurado pudiera determinar la materialización de los hechos que son objeto de amparo y, por supuesto, ese conocimiento debe obedecer a circunstancias de carácter fáctico u objetivo que le permitan establecer de manera razonable que ha sufrido una pérdida”. (Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2015)

Respecto al deber que surge de investigar por parte del asegurado para corroborar la información que ha obtenido, el Tribunal precisó que:

“No basta la mera percepción de los hechos por el asegurado a través de los sentidos, no debe tratarse de una mera conjetura o de una sospecha y por tanto, en frente de la cobertura de un seguro de manejo, será menester que actúe con base en ese conocimiento preliminar sobre una eventual defraudación, previa indagación o investigación y examen de esos hechos que percibe, que le permitan confirmar o desvirtuar esa sospecha, vale decir, obtener detalles de la manera cómo se llevó a

efecto la defraudación que le permitan inferir, de manera objetiva y razonable, que la pérdida se ha presentado como consecuencia de un proceder de aquellos calificados en la respectiva póliza como detonantes de la protección del asegurador”. (Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2015)

(...)

“A juicio del Tribunal, una de las acepciones del vocablo conocer que trae el diccionario de la Real Academia de la Lengua es: “Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas”; con fundamento en expediente interpretativo que autoriza el artículo 823 del estatuto mercantil, por lo que cuando el Tribunal expresa que el asegurado debe haber alcanzado un grado de certeza razonable, significa que la percepción de la realidad debe haber sido objeto de investigación y de algún grado de comprobación, para disipar cualquier duda y así evitar que el asegurado emita un juicio con base en apariencias o meras conjeturas”. (Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2015)

Para concluir llama la atención el momento en el cual se puede establecer ha ocurrido el descubrimiento para un asegurado, pues está cerca de un concepto de certeza, así:

“En otras palabras, podría predicarse conocimiento del asegurado, tan pronto éste se encuentre capacitado para determinar el posible grado de complejidad de las maniobras defraudatorias, el número de actos u operaciones ejecutadas y el período

utilizado para ese efecto”. (Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, 2015)

El laudo arbitral de Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación v. La Interamericana Compañía de Seguros S.A., considero consagró un criterio subjetivo, pues tiene en cuenta la complejidad que entraña el descubrimiento y del carácter dual que debe ostentar, en el sentido en que no solamente se debe configurar el descubrimiento del acto deshonesto o fraudulento, sino también el descubrimiento de una pérdida patrimonial real para el asegurado, así:

“Resulta por otra parte indiscutible que, a la luz de los términos de este tipo de pólizas y por la razón anotada antes, la configuración del siniestro en el caso de infidelidad de empleados no llega a conocimiento del asegurado, salvo que se trate de ilícitos flagrantes o brutales, sino después de un largo periodo de investigación y análisis posterior a la realización misma de las conductas, cuando además de la constatación objetiva de ellas, llega al asegurado la convicción o la prueba de su carácter deshonesto o fraudulento por una parte, y la de su resultado patrimonialmente dañoso por otra”. (Laudo Arbitral Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación vs. La Interamericana Compañía de Seguros S.A., 2001), (Subrayado fuera de texto)

Con el fin de concluir este capítulo, y aunado a lo mencionado respecto a la dualidad que debe presentarse en el descubrimiento, el Tribunal Arbitral del proceso adelantado por el Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (Caso 15891), estableció:

“De hecho, muestra la experiencia que la ocurrencia de una defraudación en tanto permanece oculta e inadvertida, resulta inane. Ninguna consecuencia genera desde el punto de vista económico en el ente asegurado, y así mismo ningún efecto produce en la relación aseguraticia. Es sólo cuando la entidad asegurada se percata del acaecimiento de maniobras defraudatorias perpetradas por sus empleados, o por terceros (respecto de los amparos distintos de infidelidad) y del impacto económico de las mismas sobre su patrimonio, que puede hablarse propiamente de una pérdida. Por ello, el concepto basilar en esta modalidad es el “Descubrimiento” **entendido como el hallazgo o develamiento de tales maniobras y de sus consecuencias económicas**, así las mismas no se hayan aún precisado en toda su tipología y extensión”. (Laudo Arbitral, Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo vs. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., 2020), (Subrayado y negrilla fuera de texto)

CAPÍTULO III

La Prescripción

Implicación práctica de la noción de descubrimiento y siniestro en el conteo prescriptivo

La acción derivada del contrato de seguro le permite a su asegurado reclamarle a la compañía de seguros la indemnización de sus perjuicios económicos una vez se determine que el siniestro goza de cobertura y se cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio. Cuando se cumple el plazo establecido en la ley para ejercer dicha acción sin haberlo hecho, cesa jurídicamente el respaldo patrimonial por parte de la aseguradora para el siniestro en particular, pues prescribió la acción derivada del contrato con el fin de evitar que se consoliden relaciones jurídicas perpetuas.

En ese entendido, el artículo 1081 del Código de Comercio, establece que:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años,

correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Así, la prescripción ordinaria, más conocida como subjetiva, iniciará su decurso cuando el interesado conozca o haya tenido conocimiento del hecho que da base a la acción, mientras

que la extraordinaria comienza a correr desde el momento en el que nace el respectivo derecho, con independencia del conocimiento por parte del interesado.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido unos requisitos esenciales para que opere el fenómeno prescriptivo, de conformidad con el régimen general establecido por nuestro ordenamiento jurídico colombiano, a saber, Carlos Ignacio Jaramillo mencionó:

- a) “En primer lugar, (...) es necesaria la inactividad del acreedor, es decir, que durante un lapso específico, este no se hubiere ocupado de exigir o de hacer efectivo el deber de prestación, correlativo a su derecho de crédito. Como lo ha resaltado la Corte Suprema de Justicia, "[...] una acción debe tenerse como extinguida cuando ella no se ha ejercido durante el tiempo que la ley ha señalado para su ejercicio" (sent. del 31 de octubre de 1950)
- b) De otra parte, se requiere el inexorable transcurso del tiempo previsto por la ley para que se materialice el fenómeno prescriptivo. Este lapso puede variar según cada régimen específico, tal y como sucede, por vía de ejemplo, en el caso del seguro (prescripción ordinaria y extraordinaria)
- c) Finalmente, es necesario que la obligación sea susceptible de prescribir, esto es, que constitucionalmente o legalmente no esté prevista como imprescriptible.” (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Así las cosas, es claro que la prescripción extintiva se estableció en el ordenamiento jurídico para sancionar la inactividad por negligencia de quien tiene legitimación en la causa para actuar y, por tanto, ésta no corre contra quien no puede accionar. Sobre el particular, el inciso final del artículo 2530 del Código Civil, consagra que:

“Artículo 2530. (...) No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista”.

Sobre este punto en particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo del 2000, expresó:

“(.) Aquel acerado y potísimo axioma de raigambre romana, conforme al cual "contra quien no puede ejercitar una acción no corre la prescripción" (*contra non valentem agere, non currit praescriptio*), también conocido a través del enunciado jurídico: "la acción que no ha nacido, no puede prescribir" (*actionis nondum natae, non praescribitur*), postulado éste que tiene como plausible cometido el garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción, siendo cognoscible por parte del interesado, pudo ser ejercida, eliminando por tanto, desde la raíz, la posibilidad de que una acción prescriba sin que el interesado, incluso, se haya enterado de su previa existencia”. (Corte Suprema de Justicia, M.G.D.A. Y E.C. v. Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., 2000)

¿Cómo se ha entendido en Colombia corre el término de prescripción en el seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros?

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de julio de 1977, estableció que el hecho que da base a la acción cuyo conocimiento detona el decurso de la prescripción ordinaria debe entenderse como el siniestro, así:

"Este hecho no puede ser otro que el siniestro, entendido éste, según el artículo 1072 *ibídem*, como 'la realización del riesgo asegurado', o sea del hecho futuro e incierto de

cuya ocurrencia depende el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador y correlativamente del derecho del asegurado o beneficiario a cobrar la indemnización." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 1977), (Laudo Arbitral Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa vs. CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., 2014)

Y, ahora bien, ¿cuál es el riesgo asegurado en las pólizas de riesgos financieros? Como hemos observado a lo largo del escrito, cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que el riesgo asegurado consiste en la materialización del acto deshonesto o fraudulento del empleado cuyo conocimiento detonaría el computo de la prescripción ordinaria (conocimiento de hechos generadores de pérdida), sin embargo, otra parte sostiene la teoría de que el riesgo asegurado es la materialización del detrimento patrimonial sufrido por el asegurado más el acto deshonesto, cuyo conocimiento activa el decurso de la prescripción ordinaria.

Al respecto, el Tribunal Arbitral que resolvió la controversia entre Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., sostuvo que:

“En el caso que ocupa la atención del Tribunal el riesgo asegurado es la pérdida sufrida por el asegurado, descubierta en la vigencia de la póliza de seguro. El siniestro se materializaría cuando el asegurado conoció la pérdida (el descubrimiento en el caso concreto, puesto que la póliza está así pactada), momento a partir del cual se computa tanto la prescripción ordinaria como extraordinaria”. (Laudo Arbitral Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa vs.

CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., 2014), (Subrayado fuera de texto)

Cobra sentido que el riesgo asegurado corresponda a la pérdida real sufrida por el asegurado en su patrimonio, pues puede ocurrir en la práctica que el asegurado tenga conocimiento de actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados que no le hayan generado ningún tipo de pérdida económica, razón por la cual la no le es dable accionar en contra de la compañía de seguros; de otra parte, también puede suceder que pese a que conoce del acto deshonesto, no tiene certeza de que el mismo tenga una repercusión económica en su patrimonio, y en dicho momento, su acción sin duda es incólume.

Carlos Ignacio Jaramillo, en la exposición de la teoría del descubrimiento, mencionó que “la posibilidad del contacto cognoscitivo con la realidad patrimonial, con el menoscabo económico sufrido por el establecimiento de crédito, estará llamado a integrar el riesgo contractual asegurable a través de un seguro global y, por contera, a conformar en su momento el siniestro, esto es cuando la incertidumbre de la afectación patrimonial deje su estado de pendencia (*incertus*) y se transforme en realidad ontológica”. (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Así, el respetado doctrinante apunta que “sólo habrá daño allí donde hay descubrimiento objetivo del mismo, de suerte tal que si no se descubre el daño no habrá responsabilidad; en el caso que detiene nuestra atención, del asegurador. Así, en el seguro global para entidades financieras, el daño o la pérdida se consolidará cuando se proceda a realizar el correspondiente asiento contable que da fe del menoscabo, de la lesión patrimonial sufrida por el asegurado, toda vez que sólo en ese momento nacerá, despuntará el perjuicio económico, objetivamente hablando. Con antelación al consabido descubrimiento, el

patrimonio de la institución financiera se considera libre de cualquiera afectación, en atención a que la pérdida, individualmente considerada, sólo surgirá en tanto y en cuanto se descubra la defraudación crediticia o, si se prefiere, la defraudación bancaria y se proceda, por lo tanto, a efectuar la pertinente anotación contable”. (Carlos Ignacio Jaramillo, 2013)

Ahora bien, cabe resaltar que como expusimos en el recuento jurisprudencial, se establece como práctica usual un cómputo de la prescripción desde el momento en que el asegurado descubre hechos generadores de pérdida, con la precisión de que no exigen que el asegurado conozca la suma exacta, los detalles de la pérdida o incluso si la pérdida ya se materializó. Ello hace, que en la práctica colombiana el elemento rector del siniestro sea el conocimiento del hecho, siendo entonces la liquidación o el conocimiento de la pérdida, un elemento que según hemos visto no altera la materialización del siniestro.

Considero a todas luces que esta posición genera una contradicción en detrimento de los derechos del asegurado, y lo expondré a través de un caso práctico que mencioné con anterioridad:

En el proceso del Centro Comercial los Molinos P.H., la compañía de seguros objetó el siniestro y no accedió a las pretensiones de pago del asegurado, pues consideraba que “no se ha acreditado a la fecha la existencia de una real pérdida y/o cuando menos, la extensión y cuantía de la presunta infidelidad y, mucho menos, en concreto, la apropiación de los dineros correspondientes a cheques cobrados por la tesorera que hubieran sido emitidos bajo la excusa de pagar facturas de servicios públicos falsas” (Tribunal Arbitral del Centro Comercial los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A., 2022)

Sin embargo, la aseguradora no dudó en invocar como excepción la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro así, “para el caso que nos atañe, el cómputo del término de prescripción empezó a contabilizarse en el momento del descubrimiento de los hechos e irregularidades presuntamente constitutivos del fraude, razón por la cual habría operado el fenómeno de la prescripción”. (Tribunal Arbitral del Centro Comercial los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A., 2022)

Entonces, respecto a este punto se discute precisamente el objeto de la acción, que se asocia con la posibilidad objetiva de ejercicio y no exclusivamente con la ocurrencia del riesgo asegurado. Así, la Corte Suprema de Justicia, interpretando los artículos 1072, 1054 y 1081 del Código de Comercio, que son transversales a los seguros, plantea que al ser la finalidad de los seguros de daños proteger el patrimonio afectado por la ocurrencia de un riesgo previsto en la póliza; en el campo jurídico, los componentes del riesgo asegurado, a saber, el hecho condicional y el evento dañino, son distintos. (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

El hecho condicional, hace referencia a la materialización de la circunstancia futura e incierta, mientras que el evento dañino, se relaciona con el resultado obligacional, siendo entonces el siniestro “el riesgo en estado de daño”. (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

Como lo mencionamos en el acápite del daño, el siniestro “invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador” (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

Así, “si bien, el hecho condicional y el evento dañino, *prima facie*, suelen surgir simultáneos, suficiente para confundirlos, lo cierto es, para generar responsabilidad, al margen de los tiempos, ambos deben aparecer concurrentes en una misma o en diferente época”. (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016), (subrayado fuera de texto)

En el caso que nos ocupa, en las pólizas de infidelidad y riesgos financieros, hay ciertos hechos conocidos por el asegurado que carecen de contenido indemnizatorio, (como lo alegó SBS en nuestro ejemplo) y hasta tanto no se tenga certeza de una pérdida (detrimento patrimonial real) no nace la posibilidad cierta, entendida como acción, para reclamarle la indemnización de un perjuicio a la compañía de seguros, so pena de obtener sin sorpresa alguna, una objeción.

Entonces: ¿Es posible diferenciar los momentos del descubrimiento del fraude y el momento del descubrimiento de la pérdida para efectos del conteo de los términos de prescripción en Colombia?

Se ha establecido como regla general en materia de seguros que hasta tanto no acaezca el riesgo, este se mantiene como una condición suspensiva a la luz del contrato de seguro, en un estado latente a la espera de que como acontecimiento futuro e incierto acontezca o no. Una vez acaece el riesgo, nace a la vida jurídica la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado, por “haberse configurado el siniestro, mutándose por regla general en obligación pura y simple y por tanto exigible automáticamente”. (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

Ahora bien, jurídicamente aun cuando la obligación nace con el acaecimiento de la condición, y por tanto, marca la vigencia de la póliza que deberá afectarse, su exigibilidad no es

inmediata; “de consiguiente, nace la obligación pero no se encuentra consolidada, **no se halla en estado de exigibilidad**, para que brote de inmediato la contabilización del término prescriptivo” (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016), (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta, que el riesgo asegurado en la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros se compone de dos elementos esenciales que no pueden desligarse o escindirse, siendo estos el acto deshonesto o fraudulento más la pérdida patrimonial, habrá de aplicarse lo establecido en el artículo 1542 del Código Civil, conforme al cual “no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente”. (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

Como estableció la Corte Suprema de Justicia:

“De este modo, en consonancia con la naturaleza del riesgo, surgen dos categorías o elementos diferenciables del propio riesgo (...): 1. La ocurrencia del hecho condicionante y 2. El *eventus damni* o daño asegurado. El primero como hecho futuro e incierto ligado con la posibilidad o probabilidad de ocurrencia, que da nacimiento a la obligación como consecuencia del acaecimiento de la condición. El segundo, es el evento dañoso, que bien puede ser, simultáneo o posterior a la condición, como consecuencia desfavorable, perjuicio, pérdida o detrimento patrimonial para el asegurado por haber malogrado sus utilidades o rentas en este caso, elemento que da lugar a la exigibilidad de la obligación, cuando por entero se consolida el *eventus damni* o el evento asegurable inserto en la prestación materia de reparación o indemnidad (...).” (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

(...)

“En esa línea, la obligación de la entidad aseguradora surge si acaecen los dos elementos configurativos: el riesgo asegurado y el evento dañino, y si entre ellos existe una relación de causa a efecto. Como se trata de hechos totalmente distintos, esto explica la razón por la cual no necesariamente deben ocurrir en un mismo momento (...)” (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

Se concluye de lo anteriormente expuesto que cuando la materialización de la condición por sí misma no genera perjuicio, y por ello, se hace necesario esperar un tiempo indispensable para establecer que ha ocurrido un daño real o un perjuicio económico, el siniestro estrictamente dicho no se ha estructurado, sin embargo, considero que debe reportarse a la compañía de seguros, con el fin de establecer la vigencia que se afectará, y aun cuando no se tenga más que una sospecha se actúe de una manera conservadora en relación con las obligaciones y exclusiones estipuladas en la póliza.

A saber, en los condicionados colombianos existen cuatro (4) cláusulas íntimamente ligadas que pueden provocar este reporte de circunstancia. La primera de ellas desarrolla el artículo 1075 del Código de Comercio y está relacionada con la oportunidad del aviso a la Compañía de Seguros, pues establece que el asegurado deberá dar aviso dentro un lapso determinado siguiente al conocimiento de cualquier pérdida que pudiera dar lugar a una reclamación bajo la póliza; esta está aunada a las exclusiones del producto que pueden provocar una objeción por parte de la aseguradora, (sin perjuicio de la problemática expuesta), pues la aseguradora podrá eximirse de responsabilidad:

- a. Por pérdidas descubiertas fuera de la vigencia de la póliza;

- b. Por pérdidas surgidas de hechos o circunstancias que hayan sido notificados a otra aseguradora;
- c. Por pérdidas surgidas de hechos o circunstancias conocidos por el asegurado antes de la fecha de inicio de la póliza y que no hubieren sido reportadas a la aseguradora con antelación al inicio de su vigencia.

Ahora bien, reiteramos que a dicha fecha solo existirá una mera expectativa, un reporte de circunstancia, sin ninguna consecuencia jurídica, pues no le es jurídicamente factible al asegurado pretender una indemnización de perjuicios, si no ha establecido si efectivamente ha sufrido tal, y en esa medida, tampoco es justo que corra en su contra la prescripción ordinaria, pues no tiene la posibilidad de accionar, y por tanto, no media negligencia, ni inactividad.

Tal y como lo menciona la Corte Suprema de Justicia, “el lapso prescriptivo echa a andar desde el momento en que haya posibilidad de hacer valer el ameritado derecho (..), toda vez que sería absurdo e injusto a todas luces computar el plazo cuando tales circunstancias se mantienen ocultas” (Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, 2016)

En todo caso, me permito aclarar que existirán casos en los cuales, sin duda alguna, acaecerá la condición de manera concurrente con el evento dañino, y en tal medida, se hará exigible la obligación y tendrá el asegurado la posibilidad de acreditar la ocurrencia y la cuantía de su siniestro, y así contra el en dicho momento correrá la prescripción ordinaria también.

No hay que olvidar, la naturaleza jurídica de los seguros de riesgos financieros, en el sentido que son propiamente seguros de daños, y como tal, se caracterizan porque buscan proteger el patrimonio de su asegurado, y así, el siniestro supone invariablemente “la materialización de

un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurado. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 1999)

Conclusiones

Teniendo en cuenta, que si bien el planteamiento es jurídicamente viable, aún queda bastante camino por recorrer pues como logramos anotar la jurisprudencia que juega un rol especial en el desarrollo de los seguros, mantiene una posición objetiva respecto al momento en el cual se entiende configurado el descubrimiento, inclinándose por considerar que se debe predicar ha ocurrido el mismo a partir del primer conocimiento, el cual generalmente se produce cuando el asegurado culmina su primera investigación con independencia del grado de certeza que logre alcanzar. Esto se apareja a la tendencia que se evidenció en los pronunciamientos, de confundir en único elemento y en único instante la ocurrencia del hecho condicionante y el daño; aunque en muchas ocasiones también se evidencie que se ignora la existencia misma de una pérdida patrimonial.

Como quise hacer explícito en el caso de Nike vs. Northwestern, así como en el caso del Centro Comercial los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A., es imprescindible para que se entienda exista un siniestro indemnizable bajo la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros, que en primer lugar milite un acto deshonesto o fraudulento, es decir, la certeza por parte del asegurado de que existió una acción de su empleado directa y voluntariamente encaminada a causarle un daño o buscando percibir un lucro ilícito a través de maniobras deshonestas, y en segundo lugar se configure un daño o menoscabo patrimonial; ello con

independencia de que se configuren ambos elementos en un mismo momento o en momentos claramente diferenciables, estructurándose así la relación causa-efecto. En ausencia de uno o ambos indistintamente jamás nacerá la obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora y en paralelo, tampoco hará justicia que corra la prescripción contra quien está en imposibilidad de accionar.

Buscando entonces una alternativa, para que en la práctica si se puedan diferenciar ambos momentos y, haciendo especial hincapié en que el contrato de seguros es un acuerdo de voluntades, y que tanto aseguradora como asegurado pueden llegar a ciertos consensos siempre y cuando no se contraríen las normas imperativas aplicables al contrato de seguro; es factible vía condicionado particular consignar de manera expresa que: a) la información enviada a la aseguradora sobre el conocimiento de hechos o circunstancias que permiten inferir que se ha cometido un fraude amparado bajo la póliza, constituye ocurrencia del siniestro bajo la póliza vigente cuando se informó, y b) que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro correrán a partir del conocimiento o determinación de que en efecto se ha sufrido una pérdida económica, aun cuando su cuantía exacta sea desconocida por parte del asegurado.

Sobra decir, que, aunque quisiéramos que esta fuese la solución definitiva, no podemos olvidar, que la negociación, en todo caso dependerá de la capacidad que tenga el asegurado desde el punto de vista comercial, pues hay ciertos asegurados que sin posibilidad de negociación deberán aceptar las condiciones generales que coloca su compañía de seguros y se sujetarán al azar que representa la interpretación sobre cuándo habrá de entenderse ocurre el descubrimiento y a partir de qué momento deberá iniciar el decurso de la prescripción.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, como alternativa práctica que puede emplear inmediatamente el asegurado con el fin de evitar discusiones respecto a la cobertura y la vigencia que deba afectarse, y, por tanto, qué aseguradora deberá responder por el siniestro; el asegurado podrá realizar, como sugerimos líneas arriba, un aviso preventivo o un aviso de circunstancia a la Compañía de Seguros, en virtud del cual informe que tiene indicios creíbles de que podría estar ante un evento de fraude y pérdida cubierta por la póliza, no obstante, frente a los mismos iniciará un proceso de investigación que le permita a través de la recopilación de elementos fácticos, técnicos y jurídicos determinar por un lado que fue víctima de un acto deshonesto o fraudulento y en segundo lugar que el mismo le ha ocasionado una pérdida económica, y con ello de manera inmediata deberá iniciar las labores para determinar la extensión (cuantía) de su pérdida.

Esta alternativa permite “matricular” el siniestro en una póliza y en una aseguradora determinada, lo cual deberá a su vez abrir el espacio con la aseguradora para definir que dicho reporte de circunstancia no habilita jurídicamente al asegurado para pretender una indemnización de perjuicios, si no ha establecido si efectivamente ha sufrido tal, y en esa medida, tampoco deberá correr en su contra la prescripción ordinaria, pues no tiene la posibilidad de accionar, y por tanto, no media negligencia, ni inactividad, hasta tanto no tenga plena certeza que tanto deshonestidad como pérdida se han configurado.

BIBLIOGRAFÍA

American Sur CO of New York v. Pauly, No. 168 (United States Supreme Court April 18, 1898).

Atkim, W. T. (1967). What constitutes Discovery of loss within the meaning of the word "loss" under financial institution and fidelity bonds. *American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law*, 74-75.

Briganti, P. A. (2001). Inside the Mind of the Reasonable Person: Determining When Discovery of Loss Has Occurred under a Fidelity Bond in the Third Circuit, 46 Vill. L. Rev. 801 . <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol46/iss4/3> .

Burke, J. M. (2000). Recent Developments in Fidelity Insurance. <http://www.sdma.com/images/recentdevfidinsurance.html>.

California Union Insurance v. American Diversified Savings Bank, No. 89-55013 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit 17 de september de 1990).

Carlos Ignacio Jaramillo, J. (2013). *Derecho de Seguros: estudios y escritos jurídicos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Temis.

Colombia, G. d. (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. *Código de Comercio*. Colombia.

Colombia, G. d. (2 de abril de 1993). Decreto Ley 663 de 1993. *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*. Colombia.

Colombia, G. d. (5 de enero de 1993). Ley 35 de 1993. Colombia.

Colombia, G. d. (18 de julio de 1997). Ley 389 de 1997. Colombia.

Consejo de Estado, Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario v. Seguros Colpatria S.A., Radicación numero: 25000-23-26-000-2008-00090-01(48887) (C.P. Marta Nubia Velásquez Rico 25 de enero de 2017).

Corte Suprema de Justicia, M.G.D.A. Y E.C. v. Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., 5360 (M.P. Nicolás Bechara Simancas 3 de mayo de 2000).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (M.P. José María Esguerra Samper 4 de julio de 1977).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 5065 (M.P. Nicolás Bechara Simancas 22 de julio de 1999).

Corte Suprema de Justicia, Sentencia Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. vs. Aseguradora Colseguros S.A., SC18594-2016; Radicación n° 11001-31-03-038-2010-00703-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez 19 de diciembre de 2016).

Corte Suprema de Justicia; Sala de Casación Civil, SC7814-2016; Radicación No. 05001-31-03-010-2007-00072-01 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona 15 de junio de 2016).

Efrén Ossa Gómez, J. (1958). Revisión del Código de Comercio. En *Acta Número 17*. Bogotá: Supersociedades.

FDIC v. AETNA CAS. AND SUR. CO., No. 89-5866. (United States Court of Appeals, Sixth Circuit. 24 de may de 1990).

Federal Deposit Insurance v. Fidelity & Deposit Co. of Maryland, No. 93-3758 (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit 27 de Feb de 1995).

Guarantee CO. of North America v. Mechanics Savings Bank & Trust, No. 224 (United States Supreme Court 3 de abril de 1899).

J, R. V. (2021). La Dogmática: la forma de simplificar la realidad y poder explicarla a todos. En A. B. Rodríguez, *Metodologías de Investigación Jurídica. Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes.

J. Efrén Ossa, G. (1988). *Teoría General del Seguro*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Jaramillo, C. I. (1992). Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana: visión retrospectiva y comparada. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*. Vol. I, Núm. 1, 27-85.

Jaramillo, C. I. (2011). Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil - adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como "Claims Made". *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 20 (35), 201-202.

Jaramillo, C. I. (2012). *La Prescripción en el Contrato de Seguro: Tratamiento Legal, Jurisprudencial y Doctrinal*. Bogotá: Editorial Temis- Pontificia Universidad Javeriana.

L, C. D. (2008). *Financial Institution Bonds*. American Bar Association.

Laudo Arbitral Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación vs. La Interamericana Compañía de Seguros S.A. (Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Andrés Ordoñez Ordoñez, Jorge Suescun Melo y Antonio Pabón Santander, 11 de octubre de 2001).

Laudo Arbitral Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación VS. Aseguradora Colseguros S.A. (José Fernando Torres Fernández de Castro, Alejandro Venegas Franco y José Maria Neira Garcia, 30 de agosto de 2002).

Laudo Arbitral Instituto de Seguros Sociales ISS (en liquidación) VS. La Previsora S.A. Compañía de Seguros (Adriana López Moncayo, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y José Guillermo Peña Gonzalez, 8 de octubre de 2015).

Laudo Arbitral Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forozosa Administrativa vs. CHUBB de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A. (Carmenza Mejía Martínez, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Juan Manuel Díaz- Granados, 2 de diciembre de 2014).

Laudo Arbitral Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo vs. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., CASO 15891 (Antonio Pabón Santander, María Del Pilar Galvis Segura y Jorge Santos Ballesteros, 10 de julio de 2020).

Malecki, D. S. (2006). Who Knew What When? *Rough Notes*, 149.

Morales, Bernado Botero. (2010). El Amparo de Infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros; Vol. 33, Núm. 19, 77-95.*

Murphy, G. W. (1977). Allegations, assertions, and charges as discovery of loss. *American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law. Vol. 12, No. 4 (Summer 1977), 986-994.*

Narváez Bonnet, J. E. (2014). *El Contrato de Seguro en el Sector Financiero*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Narváez Bonnet, J. E. (2012). Pérdidas operaciones y amparos de infidelidad bajo las pólizas globales bancarias. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros; Vol. 36, Núm. 21*, 149-165.

Narváez Bonnet, J.E. (2015). El contrato de seguro y los contratos de la actividad financiera: cobertura y tendencias del seguro global bancario. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros; Vol. 24, Núm. 43*, 72-73.

Nelson, M. K. (2000). CRITICAL ISSUES IN DETERMINING EMPLOYEE DISHONESTY COVERAGE. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal/ Vol. 44, No. 3/4*, 938.

Nike v. Northwestern Pacific Indemnity Company, Nos. C96-0209CV; CA A97847 (Oregon Court of Appeals 22 de marzo de 2000).

Perkins v. Clinton State Bank, 593 F.2d 327 (United States Court of Appeals, Eighth Circuit 27 de febrero de 1979).

RESOLUTION TRUST CORP. v. FIDELITY & DEPOSIT CO., No. 98-6368 (United States Court of Appeals, Third Circuit. 4 de february de 2000).

Resolution Trust Corporation, As Receiver for City Savings, F.s.b., in Receivership, v. Fidelity and Deposit Company of Maryland (U.S. Court of Appeals for the Third Circuit 4 de february de 2000).

Schoonover, P. D. (1981). Discovery, Notice and Automatic Cancellation Under Revised Form 24. *American Bar Association. Section on Insurance, Negligence and Compensation Law. Vol 16, No. 5 (Summer 1981)*, 962-978.

Sentencia 2 de julio de 2014, Radicación No. 76001-31-03-013-2002-00098-01 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 2 de julio de 2014).

Sentencia Fiduciaria la Previsora S.A. v. Seguros Colpatria S.A., Radicación. 25000-23-26-000-2011-00530-01 (49.004) (Consejo de Estado 4 de abril de 2016).

Sentencia Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros, Radicado 110013103040 2021 00064 00 (JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, 26 de julio de 2022).

Sentencia del 19 de junio de 2013, Hospital San Antonio de Guatavita v. La Previsora Compañía de Seguros, Radicación No. 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; Subsección B 19 de junio de 2013).

Sentencia del 3 de octubre de 2019, Aseguradora Colseguros S.A. v. Nación- Contraloría General de la República, No. Único de radicación 25000 23 24 000 2003 00054 01 (Consejo de Estado 3 de octubre de 2019).

Tribunal Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones VS. AXA Colpatria Seguros S.A. , 15943 (ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ; JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO; ALEJANDRO VENEGAS FRANCO, 22 de diciembre de 2020).

Tribunal Arbitral del Centro Comercial los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A. (Juan Guillermo Hincapié Molina; Juan Pablo Cárdenas Mejía; Arturo Solarte Rodríguez 18 de agosto de 2022).

Trigo Represas, F. &. (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil. El Derecho de Daños en la Actualidad: Teoría y Práctica. Tomo I.* Buenos Aires: Ed. La Ley.

Wilson, M. E. (1999). *How to Prepare and Present a Fidelity Claim: Advice for the Insured.*

THE BRIEF 54.