

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA PRUEBA DE LA INFIDELIDAD EN LOS
SEGUROS DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS**



MARÍA XIMENA VARGAS MARTÍNEZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE
SEGUROS**

BOGOTÁ, NOVIEMBRE DE 2016

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: LA PRUEBA DE LA INFIDELIDAD EN LOS
SEGUROS DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS**



**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO DE SEGUROS**

MARÍA XIMENA VARGAS MARTÍNEZ

**RICARDO VÉLEZ OCHOA
DIRECTOR DEL PROGRAMA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE
SEGUROS**

BOGOTÁ, NOVIEMBRE DE 2016

NOTA DE ADVERTENCIA

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

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. LAUDO ARBITRAL ANDINO CAPITAL MARKETS S.A. COMISIONISTA DE.....	14
BOLSA EN LIQUIDACIÓN VS. LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE	14
SEGUROS S.A.....	14
1.1 HECHOS.....	14
1.2. PRETENSIONES DENTRO DEL TRÁMITE ARBITRAL:	16
1.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	17
1.4. PROBLEMA JURÍDICO.....	20
1.5. FALLO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO:.....	20
1.6. EVALUACIÓN CRÍTICA.....	20
2. LAUDO ARBITRAL ASESORÍAS E INVERSIONES S.A VS. AIG SEGUROS	
COLOMBIA S.A. (Antes Chartis Seguros Colombia S.A.)	28
2.1. HECHOS	28
2.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	31
2.4. PROBLEMA JURÍDICO	33
2.4. FALLO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO:.....	34
2.6. EVALUACIÓN CRÍTICA.....	34
CONCLUSIONES.....	41
BIBLIOGRAFÍA.....	43

INTRODUCCIÓN

Dentro del desarrollo de las actividades propias de entidades bancarias y financieras, se encuentran principalmente dos situaciones riesgosas que ponen en peligro la estabilidad financiera y operacional de las mismas, las cuales se identifican como el riesgo informático o tecnológico y el riesgo del personal.

En vista del aumento de casos en los que se generaban pérdidas cuantiosas como consecuencia del mal manejo de recursos por parte de los empleados de entidades bancarias y financieras, surgen en el mercado asegurador las Pólizas de Seguro Global Bancario, las cuales están encaminadas a proteger los intereses de las entidades aseguradas amparando un posible detrimento patrimonial como consecuencia de la materialización del riesgo cubierto (teniendo en cuenta las exclusiones pactadas y las condiciones); dichas pólizas cuentan con un Amparo de Infidelidad, que para el estudio de los laudos Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación Vs. La Interamericana Compañía de Seguros S.A. y Asesorías e Inversiones S.A Vs. AIG Seguros Colombia S.A. (Antes Chartis Seguros Colombia S.A.), será necesario proceder con la revisión de las modalidades de las cuales se hace un mayor uso:

- *Cláusulas de infidelidad y sus versiones*

MODALIDAD	DHP- 84	KFA-81
REDACCIÓN	“Como consecuencia de pérdidas que resulten directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado cometidos solos o en colusión con otros con la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida”	“Pérdida que resulte única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida o para obtener una ganancia económica para ellos mismos, cometidos en cualquier momento y donde quiera que sean cometidos y ya sea que los cometiera solo o en concurso con otros, incluyendo pérdida de bienes a través de cualquiera de tales actos por parte de empleados”.

MODALIDAD	DHP- 84	KFA-81
CARACTERÍSTICAS	<p>-Amparo de pérdidas sufridas por el asegurado.</p> <p>-Actos deshonestos cometidos por sí mismos o en concurso de terceros.</p> <p>-La intención manifiesta de que el asegurado sufra dicha pérdida- Acto deliberado.</p> <p>*EXCLUSIÓN: “j) Por pérdidas que resulten directa o indirectamente de negocios <i>trading</i> con o sin conocimiento del asegurado”.</p>	<p>-Amparo de pérdidas sufridas por el asegurado.</p> <p>-Actos deshonestos cometidos por sí mismos o en colusión con terceros.</p> <p>-Intención manifiesta de generar una pérdida al asegurado o con la intención de obtener un beneficio financiero propio.</p>

MODALIDAD	DHP- 84	KFA-81
DIFERENCIAS	<p>-Sólo se debe probar el acto encaminado a generar un detrimento patrimonial al asegurado.</p>	<p>-Se debe probar la intención manifiesta de querer causar la pérdida <u>o</u> probar una ganancia económica para sí mismos.</p>

En referencia a la clasificación anterior, se podría establecer en un estudio *a priori* que las modalidades de los amparos de Infidelidad formas DHP-84 y KFA-81 pueden presentar similitudes; sin embargo, debe tenerse en cuenta que al momento de la demostración de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía, así como los presupuestos probatorios de la forma DHP-84 como de la forma KFA-81 tienen una marcada diferencia.

Si bien en la modalidad DHP-84 se encuentra la denominada exclusión “J” en la que no se cubren las pérdidas provenientes de las operaciones *trading*, la modalidad KFA-81 por su parte no cuenta con una exclusión precisa como la ya mencionada, pero dentro de su contenido se señala que en efecto sólo se cubrirán los actos deshonestos y fraudulentos de los empleados del asegurado y no las pérdidas ocasionadas frente al desarrollo de las operaciones que impliquen el intercambio comercial, de valores, monedas, divisas, entre otros.

Cabe señalar que dentro de ambas formas DHP-84 y KFA-81 se hace necesario el cumplimiento de ciertos presupuestos encaminados a demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, por lo

que en la primera forma se establece cumplir sólo con la demostración de la intención manifiesta por parte del empleado de causar un detrimento patrimonial al asegurado, mientras que en la segunda forma se establece la comprobación de dos situaciones: 1- acreditar la intención de generar un detrimento patrimonial al asegurado y 2- probar el provecho indebido por parte de los empleados del asegurado.

- ***El problema de cobertura en operaciones Trading:***

Ahora bien, respecto de las características de las modalidades de amparos abordadas, cabe hacer referencia a las operaciones propias de la actividad bancaria y financiera, por lo que es necesario revisar las operaciones *trading*. Es menester entonces entrar a definir qué es una operación *trading* para establecer la problemática que dicha operación afronta respecto de su cobertura.

El Doctor Botero (2010) señala que: Por “*trading*” o “intercambios comerciales” debe entenderse aquellas operaciones mercantiles que hacen parte del ejercicio de los negocios normales de una entidad bancaria, financiera o comercial con carácter de operaciones regulares, propias del objeto social de la misma. Acorde con la definición expuesta, las operaciones *trading* por su naturaleza comercial, se encuentran expuestas a un alto grado de riesgo por la fluidez y rapidez con las que las mismas se desarrollan, pues se trata de negocios diarios a través de los cuales se pueden adquirir como enajenar activos en un lapso muy corto entre cada operación.

De acuerdo a lo que expone el Doctor Jorge Eduardo Narváez Bonnet en su artículo *Pérdidas operacionales y amparos de infidelidad bajo las pólizas globales bancarias*, señala el momento en el cual las operaciones comerciales pierden su *status* de operacional frente al amparo de infidelidad, pues este no tendría por qué afectarse si se tratase de fallas que nacen de la falta de seguimiento de protocolos o estándares en el desarrollo de las actividades normales de funcionamiento, al respecto cabe señalar, de acuerdo con Narváez (2012) que:

Son muy frecuentes los casos en que un empleado desatiende los manuales de procedimiento para la concesión de créditos y como consecuencia de la omisión, verbigracia, la ausencia de estados financieros completos del cliente, o la falta de análisis de su situación económica y financiera, el deudor no satisface el préstamo. Como es obvio, la pérdida sobreviniente no será indemnizable con base en la póliza.

Caso contrario se encuentra al momento en el que, en desarrollo de las actividades comerciales operacionales normales, el empleado por sí mismo o en complicidad con otros pretenden defraudar a su empleador, configurándose la posible afectación del amparo de infidelidad previo el análisis probatorio propio de dichas situaciones.

Conforme a lo ya enunciado, cabe hacer referencia a la modalidad DHP-84 más exactamente a su exclusión identificada como *J* y la cual es presentada por Narváez (2012) de la siguiente forma:

Por pérdidas que resulten directa o indirectamente de negocios “trading” con o sin conocimiento por parte del asegurado o de cualquier otra forma, y sea que esté representada o no por una deuda o saldo que muestre qué debe el asegurado sobre cualquier cuenta a un cliente real o ficticio, y no obstante cualquier acto u omisión por parte de cualquier empleado en relación con cualquier cuenta relacionado con tal negocio, endeudamiento o saldo.

Es así como se encuentra que todas aquellas circunstancias que sobrevengan de actividades operacionales propias de errores u omisiones que no sean casos en los cuales se pretenda el defraudamiento del empleador, estarían excluidas de amparo de infidelidad bajo la modalidad DHP-84.

Para lograr establecer los alcances de las coberturas que se contratan frente al amparo de Infidelidad de Empleados, Botero (2010) hace referencia a las modalidades DHP-84 y KFA-81 así:

- **La exclusión “J” respecto de la modalidad DHP-84 y los requisitos a nivel probatorio dentro de la modalidad KFA-81:**

Frente a la modalidad DHP-84, la exigencia para lograr acreditar la ocurrencia del siniestro es la demostración de que la pérdida tiene como causa el acto deshonesto o fraudulento del empleado con el propósito de generar detrimento patrimonial para el asegurado. Una de las características que hacen de la modalidad DHP-84 diferente a la modalidad KFA-81 es la exclusión “J”, la cual señala que las operaciones *trading* no serán cubiertas, pues estarán expresa y absolutamente excluidas de su cobertura.

Respecto de la modalidad KFA-81 no se excluyen expresamente las operaciones *trading*, por el contrario tienen cobertura a diferencia del contenido de la modalidad DHP-84 exclusión “J”; sin

embargo el contenido de la cobertura establece el cumplimiento de dos presupuestos para la acreditación de la ocurrencia que son: 1- La intención de causar la pérdida o el detrimento al asegurado y 2- La prueba del provecho económico efectivamente obtenido por parte del empleado.

Con relación a los requisitos que se deben cumplir para la demostración de la ocurrencia conforme al amparo otorgado por las pólizas KFA-81, el Dr. Bernardo Botero (Botero (2010)) considera que dichas exigencias se traducen en un desequilibrio contractual respecto del asegurado, pues se impone una carga probatoria excesiva para lograr demostrar dicha situación, por ello propone la adopción de medidas no tan extremas, evitando así que esa situación termine por convertirse en un acto de abusividad de cláusulas por parte de la aseguradora (siendo la parte “más fuerte”), situación que se pone de presente en los casos a estudiar.

Como se verá más adelante dentro del análisis propio de los laudos arbitrales, se deberán tener en cuenta los elementos distintivos de las modalidades DHP-84 y KFA-81, para lograr establecer los sentidos de sus fallos a fin de realizar un análisis detallado de circunstancias que en la práctica tienden a ser recurrentes y cuyo manejo puede resultar complejo por la particularidad de los hechos en relación con las cláusulas y modalidades correspondientes al amparo descrito.

**1. LAUDO ARBITRAL ANDINO CAPITAL MARKETS S.A. COMISIONISTA DE
BOLSA EN LIQUIDACIÓN VS. LA INTERAMERICANA COMPAÑÍA DE
SEGUROS S.A.**

FECHA: Octubre 11 de 2001

ARBITROS: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS (Presidente)

ANDRÉS ORDOÑEZ ORDOÑEZ (Árbitro)

JORGE SUESCÚN MELO (Árbitro)

ANTONIO PABÓN SANTANDER (Secretario)

1.1 HECHOS

1.1.1. El Banco Andino Colombia S.A, adquirió una póliza integral para Bancos e Instituciones Financieras No. BBB-0000523 con la compañía La Interamericana de Seguros contando con coaseguro con Seguros Comerciales Bolívar S.A., la cual cubría al Banco Andino y a las Sociedades dependientes del mismo, entre ellas Andino Capital Markets.

1.1.2. Andino Capital Markets, desde el 18 de octubre de 1995 se encontraba ejecutando un número amplio de operaciones Repo o de Reporto¹ a través del señor Humberto Castillo.

¹ ²Decreto 4432 de 2006*(diciembre 11). Por el cual se dictan disposiciones sobre las operaciones de reporto o repo, simultáneas y transferencia temporal de valores. Artículo 1°. Operaciones de reporto o repo. Las operaciones de reporto o repo son aquellas en las que una

1.1.3. La Bolsa de Medellín el 14 de abril de 1998 expidió la circular 014 a través de la cual reguló las operaciones de reporto.

1.1.4. Teniendo en cuenta el amplio número de operaciones de reporto que se encontraban pendientes por liquidar al momento de la expedición de la circular 014 del 14 de abril de 1998, la Bolsa de Medellín ordenó a Andino Capital Markets la obtención de los recursos necesarios para honrar las obligaciones que esta había adquirido al momento de ejecución de las operaciones de reporto, siendo necesario que Andino Capital Markets acudiera al Banco Andino para que este le proveyera los recursos.

1.1.5. Andino Capital Markets entre el 14 de abril y el 10 de agosto de 1998, realizó un desembolso por valor de \$6.678.255.015,37 para honrar las obligaciones que se asumieron frente a las operaciones de reporto realizadas por el Representante Legal de Andino Capital Markets y el señor Humberto Castillo.

parte (el "Enajenante"), transfiere la propiedad a la otra (el "Adquirente") sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el "Monto Inicial") y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero ("Monto Final") en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada.

Las operaciones de reporto o repo tendrán las siguientes características:

a) Los plazos a los cuales se podrán celebrar las operaciones serán establecidos por los reglamentos de las bolsas de valores y de los sistemas de negociación de valores. Cuando la operación no se realice a través de las bolsas de valores o de sistemas de negociación de valores, las partes acordarán el plazo de la misma.

El plazo de la operación inicialmente convenido no podrá ser superior a un (1) año, contado a partir de la celebración de la respectiva operación;

b) El Monto Inicial podrá ser calculado con un descuento sobre el precio de mercado de los valores objeto de la operación;

c) Los reglamentos de las bolsas de valores y de los sistemas de negociación de valores deberán incluir lo relativo al régimen de garantías y podrán contemplar la constitución y liberación de garantías durante el plazo de la operación, de conformidad con las variaciones en los precios de mercado de los valores transferidos. Tales garantías tendrán el tratamiento previsto en el artículo 11 de la Ley 964 de 2005.

Cuando la operación no se realice a través de las bolsas de valores o de sistemas de negociación de valores, las partes podrán acordar que durante la vigencia de la operación se transfieran o restituyan valores o dinero, de conformidad con las variaciones en los precios de mercado de los valores transferidos;

d) Podrá establecerse que, durante la vigencia de la operación, se sustituyan los valores inicialmente entregados por otros;

e) Podrán establecerse restricciones a la movilidad de los valores objeto de la operación;

f) Si durante la vigencia de la operación los valores objeto de la misma pagan amortizaciones, rendimientos o dividendos, el Adquirente deberá transferir el importe de los mismos al Enajenante en la misma fecha en que tenga lugar dicho pago.

1.1.6. Andino Capital Markets consideró la configuración del siniestro como consecuencia del pago señalado, y fue como el 21 de diciembre de 1998 presentó reclamación ante la compañía aseguradora La Interamericana, siendo esta objetada toda vez que, los hechos objeto de reclamación no tenía cobertura bajo la póliza BBB-0000523 además de no haber cumplido con la demostración de la ocurrencia y la cuantía del siniestro.

1.2. PRETENSIONES DENTRO DEL TRÁMITE ARBITRAL:

La parte convocante Andino Capital Markets, solicitó al Tribunal de Arbitramento lo siguiente:

- **PRIMERO:** Que se declare que Andino Capital Markets tiene el derecho de recibir por parte de La Interamericana de Seguros la indemnización por valor de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta y siete centavos (\$ 6.678.255.015,37), como consecuencia del siniestro cubierto por la póliza No. BBB-0000523 y previamente avisado a el 25 de agosto de 1998.
- **SEGUNDO:** Se declare que Andino Capital Markets acreditó ante La Interamericana de Seguros la ocurrencia y cuantía de la indemnización, conforme a lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio Colombiano de acuerdo a reclamación formal radicada el día 21 de diciembre de 1998.
- **TERCERO:** Se declare que las objeciones formuladas por La Interamericana de seguros a través de comunicaciones de fechas marzo 3 de 1999 y marzo 4 de 1999 y dirigidas a Andino Capital Markets son poco serias además de no contar con el suficiente fundamento legal.
- **CUARTO:** Se condene a La Interamericana de Seguros al pago de seis mil seiscientos setenta y ocho millones doscientos cincuenta y cinco mil quince pesos con treinta y siete centavos (\$ 6.678.255.015,37) por concepto de indemnización a la ejecutoria del fallo arbitral.

- **QUINTO:** Que se condene a La Interamericana de Seguros al pago de los intereses moratorios desde la fecha de la reclamación, esto es 21 de diciembre de 1998 y hasta la fecha de la indemnización, liquidados con la tasa máxima de interés bancario certificado por la Superintendencia Bancaria, aumentados en la mitad.

- **SEXTO:** Que se condene a La Interamericana de Seguros al pago de los gastos, costas procesales y agencias en derecho como consecuencia del trámite arbitral.

1.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.3.1. Se pronuncia el Tribunal de Arbitramento frente a la naturaleza y el contenido del amparo de deshonestidad de empleados, señalando la importancia de la calificación de los actos que se llegasen a imputar. Indica que dichos actos tienen la característica de ser fraudulentos y deshonestos, sean unos u otros, ambos deben estar permeados por una actitud dolosa por parte de quien los ejecuta.

En este sentido, frente a la imposición de probar que en efecto los hechos que dieron lugar a la afectación del amparo de deshonestidad de empleados, supone la realización de un estudio profundo frente al ánimo y la intención de quien generó el daño, pues entrar a probar que en efecto la conducta desplegada por el empleado tendía a generar un daño o a configurarse en un delito penal la mayoría de las veces es muy difícil, en cabeza de la parte convocante, en este caso Andino capital Makets en quien recae la prueba.

1.3.2. Señala que las operaciones bursátiles deben realizarse bajo los supuestos de idoneidad, es decir, a través de un sujeto que conozca el manejo de las operaciones que se pretenden ejecutar. Establece que las actividades que se desarrollan por los comisionistas de bolsa deben atender a las reglas, prácticas y costumbres propias de dicha actividad, pues las mismas no pueden quedar al “libre albedrío” de los profesionales y deben contar con el aval de la autoridad competente de su supervisión, para que al momento de su progresiva implementación dichas actividades no contraríen las reglas.

Indica que las pérdidas reclamadas por Andino Capital Markets se debieron al normal proceder de las operaciones comerciales propias del objeto social de la convocante, pues

se traduce en los riesgos operacionales específicos de la actividad de reporto y no a acciones que tiendan a revertir sus efectos en un actuar de mala fe.

- 1.3.3. El Tribunal analiza las actitudes que de los señores Juan Guillermo Pardo Patín (Representante Legal de Andino Capital Markets) y Humberto Castillo adoptaron frente al Riesgo Asegurado y una vez configurado el siniestro objeto de la reclamación; es así como parte del señalamiento que realizó Andino Capital Markets indicando que los comportamientos de los señores Juan Guillermo Pardo Patín y Humberto Castillo tendían a la obtención de una ganancia ilícita y que, como consecuencia de ello se había generado una pérdida cuantiosa a la convocante, catalogando sus actitudes de deshonestas y fraudulentas.

Es así como el Tribunal evidencia la actitud de indiferencia que la convocante tuvo durante el tiempo en el que se realizaron las operaciones de reporto antes de la entrada en vigencia la circular emitida por la Bolsa de Medellín, situación frente a la cual Andino Capital Markets no se opuso a la materialización del plan de trabajo propuesto y desarrollado por el señor Pardo Patín en conjunto con el señor Castillo, por el contrario, encontraron en ellas una fuente de ingresos robusta y estimulaban su desarrollo. Tanto así que el Banco Andino estaba enterado de dichas operaciones y sus resultados.

Durante la ejecución del esquema de trabajo propuesto para explotación de las operaciones de reporto, ni Andino Capital Markets ni el Banco Andino adoptaron medidas tendientes para la corrección de las anomalías y falencias que se presentaron, tal y como se logró probar a través de los dictámenes de revisoría fiscal realizados a los estados financieros de la comisionista Andino Capital Markets, situación que se logró corroborar pues luego de expedida la Circular 014 por la Bolsa de Medellín, el Banco Andino autorizó a Andino capital Markets seguir ejecutando operaciones de reporto para obtener de ella los recursos suficientes que permitieran honrar sus obligaciones.

Para el Tribunal es claro que algunos de los testigos (no la mayoría) a través de sus declaraciones apuntaban a desvirtuar el actuar de los señores Pardo Patín y Castillo, pues se señalaba que estos obtuvieron comisiones y ganancias irregulares producto de las operaciones de reporto, siendo dicha situación considerada por el Tribunal no como ilícita

sino riesgosa (por el riesgo propio de la operación), aparte que la obtención de salarios y comisiones no se debían constituir como *ganancias financieras personales ilícitas*.

- 1.3.4. El Tribunal es enfático en señalar que para que se logre afectar el amparo de Deshonestidad de Empleados, es necesario que se cumplan dos presupuestos: 1- La intención de causar una pérdida al asegurado y 2- La obtención de una ganancia financiera personal ilícita; presupuestos frente a los cuales el Tribunal considera no se cumplieron, pues de acuerdo a los testimonios de los compañeros de trabajo del señor Pardo Patín, no se encuentra un actuar doloso y desleal en el desarrollo de su cargo, por el contrario, se señala que siempre actuó correctamente impulsando el crecimiento de las ganancias para Andino Capital Markets.
- 1.3.5. El Tribunal señala que frente al desarrollo de las operaciones de reporto realizadas por el señor Pardo Patín en calidad de Representante Legal de Andino Capital Markets, así como la actividad del señor Humberto Castillo, las mismas fueron reales y en ningún momento violatorias de las disposiciones legales, por el contrario, siempre se ejecutaron a conforme al objeto social de Andino Capital Markets.

Frente a la actitud del señor Pardo Patín, evidencia que el mismo mantuvo la voluntad de materializar cabalmente su plan de trabajo, siempre *en pro* de la obtención de mejores resultados para la compañía, sin que su actitud estuviera permeada por un actuar desleal y deshonesto, sino que lo sucedido se debió al riesgo propio de las operaciones ejecutadas y de las cuales el Banco Andino y Andino Capital Markets tenía pleno conocimiento, tanto que las mismas se incitaban pues de allí devenían buenos resultados en beneficio de dichas entidades. Tampoco resultó probado que el actuar del señor Pardo Patín tendiera a obtener una ganancia ilícita para sí mismo ni de haber generado un detrimento patrimonial a Andino Capital Markets, pues por el contrario la actuación durante la ejecución de las operaciones de reporto fue correcta y ajustada a lo que la compañía quería obtener, esto es, ganancias.

- 1.3.6 Finalmente, el Tribunal llega a la conclusión de la no demostración de ocurrencia del riesgo por parte de Andino Capital Markets frente al amparo de Deshonestidad de Empleados, pues en ningún momento se estableció que en efecto las actitudes y

actividades desarrolladas por parte del señor Pardo Patín y Castillo estuvieran enmarcadas dentro de los supuestos desleales y deshonestos.

1.4. PROBLEMA JURÍDICO

- ¿La prueba de la intención del empleado de obtener una ganancia personal indebida, puede constituirse en cláusula abusiva y puede significar la exigencia de una prueba imposible en cabeza del asegurado?
- ¿Cuáles deben ser las condiciones a verificar para que exista cobertura bajo el amparo de infidelidad en tratándose de operaciones *trading*?

1.5. FALLO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO:

1. Declarar probada la excepción principal de —inexistencia de la obligación reclamada o ausencia de pérdida indemnizable a la luz del amparo de deshonestidad de empleados, propuesta por la parte convocada en el escrito de respuesta a la demanda que al proceso le dio comienzo.
2. Desestimar en su totalidad y como consecuencia de lo anterior, las pretensiones formulada por la parte convocante en la demanda.
3. Condenar a la entidad convocante a pagar a la convocada la cantidad de doscientos setenta y tres millones seiscientos cincuenta y cuatro mil ciento veinticinco pesos moneda legal colombiana (\$ 273.654.125) por concepto de costas.

1.6. EVALUACIÓN CRÍTICA

En el presente caso el Tribunal de Arbitramento basa su decisión bajo una serie de argumentos tendientes a establecer los alcances del amparo de “Deshonestidad de Empleados”, señalando en principio los elementos necesarios para que dicho amparo logre cubrir los eventos en los cuales procedería la atención de la reclamación afectando el amparo mencionado y por ende otorgando la debida indemnización.

Para lograr llegar al establecimiento de las razones que condujeron a los empleados involucrados a la materialización de la pérdida en el patrimonio del asegurado y por ende a la obtención de una ganancia personal financiera, se debe tener en cuenta la carga probatoria que, en el presente caso, se encuentra en cabeza de la entidad convocante. De acuerdo a lo señalado en el contenido del laudo objeto de análisis, se logra establecer que la modalidad del amparo de Infidelidad de Empleados reúne las características propias de la cláusula KFA-81, pues se establecen las dos circunstancias a probar 1- actos deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida o 2- para obtener una ganancia económica.

Al respecto se refiere el Doctor Narváez, indicando que la modalidad KFA-81 resulta ser más “gravosa” en cuanto le corresponde al asegurado entrar a probar dos situaciones que son la demostración de que el empleado realizó actos deshonestos con la intención de generar una pérdida a su empleador y además probar la obtención económica ilícita por dicho empleado, convirtiéndose entonces en un clausulado de difícil manejo en temas probatorios.

Por otra parte, el Doctor Botero (2010) señala una “Propuesta Intermedia” respecto de la exigencia probatoria, afirmando que:

lo pertinente a nuestro juicio, sería establecer para la cobertura de infidelidad, respecto del otorgamiento de créditos y de la realización de operaciones comerciales o de “trading”, una exigencia probatoria, si bien más severa que la consignada como regla general respecto de las actividades deshonestas o fraudulentas de los empleados al servicio del asegurado, no tan severa como la exigencia de comprobar físicamente el rea enriquecimiento del empleado defraudador, como lo consigan las formas KFA-81 y NMA 2626.

Frente a las propuestas realizadas por los Doctores Botero y Narváez, se considera que en efecto el asegurado debe probar la ocurrencia y la cuantía del siniestro conforme lo establece el artículo 1077 del Código de Comercio Colombiano, siendo el requisito fundamental para la atención de la reclamación.

Ahora bien, en cuanto al deber probatorio que tiene el asegurado de demostrar que en efecto sus empleados actuaron de forma deshonesto y que a partir de ello quisieron obtener un beneficio financiero propio, se debe realizar un exhaustivo análisis probatorio de las circunstancias que llevaron a la comisión del fraude por parte de dichos empleados, pues no se puede permitir que se minimice la carga de la prueba cuando de ella depende la decisión de atención o no del reclamo.

De este modo y para lograr determinar las condiciones de cobertura respecto de las operaciones *trading* y si dentro de las mismas se puede llegar a estructurar una situación de abusividad de las cláusulas que conforman a la modalidad KFA-81, es menester el análisis de ambas como a continuación se realiza:

¿Cuáles deben ser las condiciones a verificar para que exista cobertura bajo el amparo de infidelidad en tratándose de operaciones trading?

Frente a esta situación, las operaciones que se estaban ejecutando por parte de Andino Capital Markets a través de sus empleados, denominadas como operaciones *trading* más precisamente operaciones de reporto; dichas operaciones son propias del mercado y de las actividades que los empleados de la convocante debían, en ejercicio de sus actividades normales, desarrollar.

Los asegurados (entidades financieras y bancos) tienden a confundir que a través de las pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros, se encuentran amparadas las circunstancias de riesgo por la ejecución de las operaciones propias de las actividades que se desarrollan, y por lo tanto, pretenden que ese perjuicio con ocasión a las posibles pérdidas operacionales sea cubierto por la póliza en mención, más exactamente por la cláusula de Infidelidad de Empleados; frente a dicha situación, se basa la argumentación que da origen a la demanda por parte de Andino Capital Markets, pues consideran que las pérdidas ocasionadas como consecuencia de las operaciones de reporto obedecieron al actuar deshonesto de sus empleados, estando dicha circunstancia no probada en debida forma.

Cabe señalar que las operaciones de reporto realizadas por la compañía eran necesariamente riesgosas e implicaban una exposición considerable al momento de la obtención de resultados, pues de acuerdo a lo que se evidencia, el Banco Andino y Andino Capital Markets lo que

buscaban era obtener altos rendimientos y utilidades a partir de dichas operaciones, fue así como las mencionadas entidades apoyaban la labor de su representante legal y encontraban allí un sustento de crecimiento corporativo a pesar de tener en cuenta el riesgo al que estaban expuestos.

Por lo anterior, es necesario establecer los presupuestos necesarios para que opere la cobertura del amparo de Infidelidad respecto de las operaciones *trading*.

Modalidad DHP-73

¿Qué se cubre?: Se cubren aquellas pérdidas que provengan única y directamente de cualquier acto intencional o doloso de cualquiera de los empleados del asegurado, cometido solos o en complicidad o asocio de terceros.

¿Qué se exige para su comprobación?: Que el detrimento patrimonial se diera como consecuencia de un acto intencional, doloso o deliberado por parte del empleado.

Modalidad DHP-84

¿Qué se cubre?: Pérdidas que resulten directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado cometidos solos o en colusión con otros con la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida.

¿Qué se exige para su comprobación?: Comprobar la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida, por sí solo o en compañía de otros.

Cabe señalar que frente a la modalidad DHP-84, opera de entrada la exclusión denominada “J” *Por pérdidas que resulten directa o indirectamente de negocios “trading” con o sin conocimiento por parte del asegurado, en nombre del asegurado o de cualquier otra forma, ya sea que esté representada o no por una deuda o saldo que muestre qué debe el asegurado sobre cualquier cuenta a un cliente real o ficticio, y no obstante cualquier acto u omisión por parte de cualquier empleado en relación con cualquier cuenta relacionado con tal negocio, endeudamiento o saldo”.*

Modalidad KFA-81

¿Qué se cubre?: “Pérdida que resulte única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta

de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida o para obtener una ganancia económica para ellos mismos, cometidos en cualquier momento y donde quiera que sean cometidos y ya sea que los cometiera solo o en concurso con otros, incluyendo pérdida de bienes a través de cualquiera de tales actos por parte de empleados.

¿Qué se exige para su comprobación? Respecto de las operaciones comerciales (trading) se hace necesario comprobar la intención manifiesta del empleado de causar un detrimento al asegurado y una ganancia indebida para el empleado mismo o en beneficio de terceros.

Ahora bien, ya descritas las condiciones y requisitos de operancia y comprobación de las operaciones *trading*, se debe tener en cuenta además que uno de los temas que genera especial atención, es el relacionado con determinar si con la exigencia de la prueba que logre demostrar la pérdida sufrida por la entidad asegurada como la intención de provecho indebido que se obtuvo por los empleados, conforme a la cláusula de infidelidad modalidad KFA-81 que es la modalidad que se encuentra presente en el estudio del presente laudo, ésta resultaría en una cláusula abusiva, por lo que se hace necesario entrar a revisar la definición de cláusula abusiva.

¿Qué se entiende por cláusula abusiva?

Uno de los temas que genera especial atención, es el relacionado con determinar si con la exigencia de la prueba que logre demostrar la pérdida sufrida por la entidad asegurada como la intención de provecho indebido que se obtuvo por los empleados, conforme a la cláusula de infidelidad modalidad KFA-81 resultaría en una cláusula abusiva, por lo que se hace necesario entrar a revisar la definición de dicha circunstancia.

De acuerdo a lo establecido por el Profesor Rengifo (2004), se define como:

Cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor o del adherente un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y que puede tener o no el carácter de condición general puesto que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

Ahora bien, ya establecido el concepto de cláusula abusiva, es pertinente establecer si los elementos que componen dicha definición se ajustan a la situación enunciada frente a los presupuestos que deben probarse conforme a la cláusula de infidelidad en su modalidad KFA-81.

En primer lugar, se considera que si bien se exige la comprobación de unos presupuestos para lograr la atención del siniestro que afecte el amparo de infidelidad, dicha situación no traduce en detrimento injustificado para la entidad reclamante, por lo que no se configuraría un desequilibrio a nivel contractual. Se estima conforme lo establece el Tribunal de Arbitramento que esa debida comprobación de las circunstancias que se están alegando, más tratándose de la demostración de situaciones que se establecen tan propias del fuero interno de cada empleado, en la mayoría de las ocasiones son complejas de probar, pero no llevan a que se genere un desequilibrio frente al extremo activo del trámite arbitral.

Es así como cabe señalar un aparte de las consideraciones del Tribunal al respecto “(...) *comporta un desequilibrio contractual evidente que podría llevar a hacer nugatoria la reciprocidad esencial del contrato cuando se trata de siniestros dentro de circunstancias de actos deshonestos o fraudulentos cometidos en desarrollo de —préstamos u operaciones comerciales—, que hacen inaplicable esta condición dentro del contexto de unas condiciones que son dictadas y redactadas por el asegurador. En efecto, la prueba de la obtención efectiva, no solamente de la intención, en cuanto a la ganancia financiera personal ilícita suele ser imposible, y en ello le asiste razón a la convocante, porque muchas veces la ganancia permanece fácilmente oculta al escrutinio de la investigación o porque incluso puede no llegarse a realizar efectivamente por circunstancias ajenas al autor*”.²

Respecto de lo anterior, el Dr. Bernardo Botero (2010) acoge dicha postura, indicando que la exigencia probatoria no debe ser tan severa pues se debe buscar un punto intermedio frente a las exigencias probatorias cuando se trata de establecer el real enriquecimiento de aquel empleado que defrauda.

No obstante lo anterior, se considera que la cláusula que exige la comprobación de la ganancia ilegal por parte del empleado no se podría denominar como una cláusula abusiva que ponga en

² Laudo Arbitral Andino Capital Markets Comisionista de Bolsa Vs. La Interamericana Compañía de Seguros. Octubre 11 de 2001.

desventaja al asegurado frente a la demostración del hecho que dio origen a su detrimento patrimonial como consecuencia del actuar de sus empleados.

Frente a la carga probatoria de dicha situación, el Dr. Narváez (2012) hace alusión así:

Ese elemento intencional o volitivo debe acreditarse a través de la **prueba indirecta** y particularmente, de **indicios** que permitan inferir esa intención o con la simple prueba que la conducta del empleado en efecto, ocasionó una pérdida a la entidad asegurada. (Negrilla fuera del texto).

Enfrentados los planteamientos que señalan los Doctores Narváez y Botero, se coincide con lo establecido por el Doctor Narváez, quien indica que la prueba de aquella intención si se puede lograr. Si bien se encuentra que puede parecer una prueba un poco compleja, dicha circunstancia no resultaría en la configuración de que dicho presupuesto probatorio se convirtiese en una cláusula abusiva que podría poner en desventaja al asegurado.

Así mismo, respecto de la posible abusividad de la cláusula y teniendo en cuenta las posiciones de las partes dentro del contrato de seguros, se considera que el futuro tomador de la póliza cuenta con los elementos previos de evaluación para la adquisición de su póliza; antes de la suscripción del contrato de seguro, el asegurado debe hacer un análisis del producto a contratar, máxime cuando dichas pólizas junto con los clausulados y sus modalidades se encuentran en el mercado asegurador y financiero desde tiempo atrás, o más aun, teniendo la posibilidad de contratar un producto que logre satisfacer sus necesidades. Es así como se acoge la posición del Dr. Narváez frente a que existe la posibilidad de obtener la prueba de la intención del empleado de cometer el fraude, sin que se llegue a catalogar como abusiva la cláusula que así lo exige.

Teniendo en cuenta el trámite probatorio que se adelantó durante el desarrollo de la gestión arbitral, se allegan varios testimonios de empleados de Andino Capital Markets; dichos testimonios a través de los cuales se indica que en efecto los señores Pardo Patín y Castillo realizaban acciones tendientes a generar una pérdida a su empleador además de obtener un beneficio económico ilícito. De acuerdo al acervo probatorio que se menciona, el Tribunal no logra establecer el cumplimiento de los dos presupuestos necesarios para endilgar en cabeza de los señores Pardo Patín y Castillo un actuar contrario a una actitud correcta y honesta a través de acciones maliciosas tendientes a defraudar el patrimonio del asegurado, como tampoco evidencia

que los mismos hayan obtenido un provecho económico producto de las supuestas faltas cometidas.

En ese sentido, se encuentra evidente que la compañía convocante Andino Capital Markets no logró cumplir con los presupuestos establecidos en la póliza de Infidelidad de Empleados modalidad KFA-81, pues no acreditó que las acciones del señor Pardo Patín como las del señor Castillo Ramírez se tradujeran en una intención manifiesta de generar una pérdida al asegurado o la intención de obtener un beneficio financiero propio, más teniendo en cuenta que la convocante durante el desarrollo de las operaciones de reporto, conocía de las mismas y en razón a ello las avaló.

Así la cosas, es pertinente concluir que las consideraciones sobre las cuales el Tribunal basó el fallo son acertadas, en cuanto al análisis que se realizó al momento de determinar si se cumplió o no con los presupuestos necesarios para que opere el amparo de Deshonestidad de Empleados, teniendo en cuenta que, como quedó demostrado, no se logra probar la intención que pudo tener el señor Pardo Patín además de que la convocante tenía el conocimiento de aquellas situaciones, por lo que se considera acorde el sentido del fallo frente a dicha situación.

Así, respecto de lo que señala el Tribunal en cuanto al desequilibrio que se genera al momento de la demostración del siniestro, en este caso, en el cumplimiento de los presupuestos necesarios para la atención de la reclamación, no se comparte la consideración del Tribunal, pues como ya se había mencionado, la actividad probatoria es indispensable en la demostración de las situaciones objeto de la controversia.

**2. LAUDO ARBITRAL ASESORÍAS E INVERSIONES S.A VS. AIG SEGUROS
COLOMBIA S.A. (Antes Chartis Seguros Colombia S.A.)**

FECHA: Nueve (9) de diciembre de dos mil catorce (2014)

ARBITROS: SERGIO MUÑOZ LAVERDE (Presidente)

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ (Árbitro)

RICARDO VÉLEZ OCHOA (Árbitro)

GABRIELA MONROY TORRES (Secretaria)

2.1. HECHOS

- 2.1.1.** La compañía Comisionista de Bolsa *Asesorías e Inversiones S.A.* contrató Póliza de Comisionista de Bolsa con AIG Seguros Colombia S.A. asegurando transacciones no autorizadas y posibles pérdidas por infidelidad de empleados/actos dolosos de los trabajadores. Dicha póliza fue renovada de marzo 15 de 2011 a marzo 15 de 2012. Esta garantizaba un cubrimiento por Actos dolosos de trabajadores en cuantía de \$4.500.000.000 sub límite por evento.
- 2.1.2.** Los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado, realizaron durante la vigencia de la póliza operaciones de reporto sobre acciones de clientes de Asesorías e Inversiones sin previa autorización de los clientes y de la compañía como consta en las investigaciones adelantadas por el área de Control y la Auditoría.
- 2.1.3.** Producto de las operaciones mencionadas con anterioridad, Asesorías e Inversiones debió responder a los clientes defraudados indemnizándoles por las pérdidas acaecidas.

- 2.1.4.** Como medida frente a lo ocurrido, Asesorías e Inversiones presentó ante la Fiscalía General de la Nación una querrela contra los dos ex-empleados involucrados, por la comisión del delito de Abuso de confianza.
- 2.1.5.** Debido a los hechos mencionados con anterioridad y bajo la convicción del amparo de la póliza, Asesorías e Inversiones, presentó reclamaciones a AIG Seguros Colombia S.A., las cuales fueron objetadas argumentando, entre otras cosas que para que se cumpla el siniestro debe probarse la intención de cometer actos dolosos o fraudulentos y la obtención de un lucro financiero de manera deshonesto, el cual según las pruebas presentadas por la convocante, no se constituye.
- 2.1.6.** Tras haberse solicitado a AIG una reconsideración (frente a la objeción emitida) por parte Asesorías e Inversiones, producto de la cual se reconoce el dolo en las acciones de los implicados, la aseguradora reitera su negativa frente a la reclamación. Lo cual da lugar a que Asesorías e Inversiones convoque ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el respectivo Trámite Arbitral para resolver las diferencias entre la parte convocante y la convocada.
- 2.1.7.** Producto de dicha solicitud, el 19 de marzo de 2014, se realiza la Audiencia de Instalación del Tribunal, designando como Presidente al Doctor Sergio Muñoz Laverde, quien convoca a ambas partes a Audiencia de Conciliación el día 12 de Mayo de 2014, la cual se declara fallida y conlleva al Tribunal a adelantar Etapa Probatoria entre el 04 de Junio de 2014 y el 30 de Septiembre de 2014, tomando como pruebas los documentos, los testimonios y declaraciones aportadas por ambas partes, exhibición de documentos, dictamen pericial y oficios, entre otras.
- 2.1.8.** Una vez terminado el Periodo Probatorio, las partes presentan sus alegatos de conclusión de manera verbal ante el Tribunal el cual fija como fecha para la audiencia de lectura del Laudo el día 9 de Diciembre de 2014.

2.2. PRETENSIONES DENTRO DEL TRÁMITE ARBITRAL:

PRINCIPALES:

- **PRIMERA PRINCIPAL:** Se declare que las pérdidas que sufrió Asesorías e Inversiones S.A., como consecuencia de los actos fraudulentos de sus ex empleados señores Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado, se encontraban amparados por la póliza de Comisionistas de Bolsa No. 1000032 emitida por AIG Seguros.
- **SEGUNDA PRINCIPAL:** Se declaren amparadas todas las pérdidas ocasionadas a Asesorías e Inversiones S.A. hacia futuro, como consecuencia los actos de los empleados ya señalados, por las mismas causas durante el periodo de cobertura de la póliza.
- **TERCERA PRINCIPAL:** Declarar que AIG Seguros tenía conocimiento del riesgo cubierto a través de seguro de comisionista de bolsa No. 1000032.
- **CUARTA PRINCIPAL:** Declarar que Asesorías e Inversiones acreditó la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida ante AIG Seguros.
- **QUINTA PRINCIPAL:** Declarar que AIG Seguros incumplió las obligaciones contenidas en la póliza No. 1000032 por el no pago de los siniestros a la parte convocante, como consecuencia de la defraudación cometida por sus ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado.
- **SEXTA PRINCIPAL:** Se condene a AIG Seguros S.A. al pago de la debida indemnización a Asesorías e Inversiones por las sumas de dinero que esta deba sus clientes defraudados.
- **SÉPTIMA PRINCIPAL:** Se condene a AIG Seguros al pago de los intereses moratorios por valor de \$1.023.000.000 mil veintitrés millones de pesos, desde la fecha de radicación de las reclamaciones hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral, conforme a lo preceptuado en el artículo 1080 del Código de Comercio Colombiano.

- **OCTAVA PRINCIPAL:** Declarar que los ex – empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado actuaron en colusión.
- **NOVENA PRINCIPAL:** Se condene a AIG Seguros al pago de las costas y agencias en derecho causadas dentro del proceso.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, se encuentra que coinciden con las principales, a diferencia de la pretensión Primera Subsidiaria que establece:

- **PRIMERA SUBSIDIARIA.** Declarar que en la póliza de Comisionistas de Bolsa expedida por AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. bajo el número 1000032, el segundo inciso de la cláusula 1.1. KFA 81 que condiciona la cobertura de la misma a que se pruebe que los empleados deshonestos se enriquecieron con su ilegal proceder, es abusiva y por lo tanto ineficaz porque hace inoperante el amparo.

2.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.3.1. Con base en el Artículo 1056 del Código de Comercio, el Tribunal considera que por el acuerdo contractual llevado a cabo, bajo el contrato de seguros, para AIG Seguros es posible delimitar el cúmulo de riesgos asumido; teniendo en cuenta las limitaciones y excepciones legales dispuestas y lo establecido por la jurisprudencia, para el presente caso, el Tribunal se refiere a la interpretación restrictiva propia del contrato de seguro y que, así mismo, riesgos como el "amparo de infidelidad" se podrá condicionar mediante exigencias dispuestas en la póliza. Así, frente a la "Cláusula 1.1 KFA 81. Actos dolosos de los trabajadores.", el Tribunal considera que este amparo tendrá lugar solamente bajo la comprobación de actos dolosos o fraudulentos llevados a cabo por quienes tienen con el asegurado una vinculación como empleado, a través de los cuales se buscara intencionalmente generar una pérdida para el empleador o un lucro financiero deshonesto para beneficio propio o de un tercero, fuera del desarrollo de las actividades normales establecidas en su contrato de trabajo, reflejadas en comportamientos irregulares. Es debido a lo anterior que el Tribunal señala que para el caso concreto a tratar, las acciones ejecutadas por Leonardo Prado y Luz Myriam

Sánchez se encuentran dentro del normal desarrollo de sus funciones contractuales, las cuales sin embargo durante cierto periodo de tiempo fueron ejecutadas de manera irregular por lo que se consideran intencionales y dolosas, las cuales se dieron de manera reiterada, sin comprobarse que se hayan ejecutado en colusión, como lo señalaba la convocante.

- 2.3.2.** Por otra parte y, teniendo en cuenta las condiciones principales para que se constituya el amparo de acuerdo a la cláusula 1.1 KFA81, el Tribunal señala que los beneficios obtenidos por los ex-empleados de Asesorías e Inversiones no fueron producto de un desempeño anormal de sus funciones y que por tanto no generaron un lucro financiero deshonesto; se señala, sin embargo que dichas acciones se realizaron con el fin de superar las metas propuestas para sus empleos, lo cual no constituyó para ellos una ganancia económica fuera de la propia ligada a salarios y similares, al no existir evidencia de otro tipo de lucro financiero, no se determina que las acciones descritas por el convocado sean amparadas en el marco del contrato de seguro aquí correspondiente.
- 2.3.3.** Frente al supuesto carácter ambiguo de la "Cláusula 1.1 KFA 81. Actos dolosos de los trabajadores.", el Tribunal sostiene que ambas partes eran conocedoras de los riesgos amparados por la póliza de seguros de comisionista de bolsa y considera la inexistencia de ambigüedad en la mencionada cláusula, lo que, sin embargo, no libra a la aseguradora del cumplimiento del deber de información impuesto por la Ley 1328 de 2009 catalogado como principio orientador de las relaciones en materia financiera, de seguros y de mercado de valores. Pese a lo señalado anteriormente, para el Tribunal es determinante que la supuesta falta de información no fue planteada por la convocante en la demanda inicial, por lo cual no se toman medidas declaratorias o condenatorias frente a este tema y, por el contrario, se reafirma que dicha cláusula no resulta abusiva, sino que es legítima del ejercicio de la aseguradora de determinar los riesgos que se cubrirán en el contrato.
- 2.3.4.** Así, el Tribunal tiene en cuenta que cláusulas como la aquí tratada responden a las exigencias de la circunstancia que se está tratando, ante las cuales la aseguradora debe estar prevenida por la naturaleza de fluctuación de los negocios.

- 2.3.5.** Respecto a las Transacciones no autorizadas, las cuales fueron excluidas del contrato tras la renovación llevada a cabo el 9 de Agosto de 2013, el Tribunal señala que a pesar de haber estado estas amparadas en el momento que ocurrieron los hechos motivo de reclamación (previo a la renovación de la póliza), al no configurarse los elementos estructurales del amparo, no es posible que dichas transacciones sean cubiertas por la aseguradora.
- 2.3.6.** Frente al argumento de prescripción empleado dentro de las excepciones de mérito utilizadas por la parte convocada como parte de la contestación de la demanda, el Tribunal señala que es un elemento irrelevante debido a la no configuración del siniestro, lo que lleva a que no exista un término prescriptivo establecido.
- 2.3.7.** En torno al juramento estimatorio, el Tribunal estima que las pretensiones efectuadas por valor de \$1.400.000.000 por parte de la Convocada, no es desproporcionada y que, incluso resulta menor a la considerada por el perito, no obstante, como ya se ha mencionado no se cumplen las condiciones para que dichas pretensiones sean acogidas.
- 2.3.8.** El Tribunal resuelve denegar en su mayoría las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, reconoce la inexistencia de la obligación demandada y la inexigibilidad de la obligación demandada, argumentadas por la parte convocada y se abstiene de imponer sanciones vinculadas con el juramento estimatorio.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO

- ¿Qué se debe entender por lucro financiero deshonesto y cuáles deben ser los presupuestos a cumplir para su materialización?
- ¿Qué es el deber de información y cuál es el efecto que genera la falta de este, respecto de las relaciones contractuales?

2.4. FALLO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO:

- **Primero.** Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conocía el riesgo que cubrió mediante el contrato de seguro de Comisionistas de Bolsa No. 1000032, con lo cual prospera la pretensión tercera principal.
- **Segundo.** Denegar las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena principales de la demanda.
- **Tercero.** Denegar las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima subsidiarias de la demanda.
- **Cuarto.** Declarar que prosperan las excepciones formuladas por la parte Convocada denominadas “Inexistencia de la obligación demandada” e “Inexigibilidad de la obligación que se demanda”.
- **Quinto.** Denegar las excepciones formuladas por la parte Convocada denominadas “Inexistencia de la obligación por exclusión de cobertura” y “Prescripción”.
- **Sexto.** Abstenerse de imponer la sanción a la que hace referencia el artículo 206 del Código General del Proceso.
- **Séptimo.** Condenar a Asesorías e Inversiones S.A. a pagar en favor de AIG Seguros Colombia S.A., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de setenta y seis millones doscientos ochenta mil pesos (\$76.280.000), pago que deberá hacerse en un plazo de 20 días contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo.

2.6. EVALUACIÓN CRÍTICA

Una vez realizado el respectivo análisis del presente trámite arbitral, es necesario proceder a establecer los principales puntos que determinaron el sentido del fallo del Tribunal frente a la controversia suscitada. Es así como se encuentra relevante el análisis de las siguientes situaciones.

EL LUCRO FINANCIERO DESHONESTO

En principio, se señala la aplicación de la cláusula 1.1 modalidad KFA-81, respecto de los Actos Dolosos de los Trabajadores; es así como se mencionan los presupuestos necesarios para que dicha cobertura opere 1- El amparo recae sobre pérdidas resultantes directa y

únicamente de actos dolosos o fraudulentos cometidos por empleados del asegurado y 2- Con la intención de causarle a este una pérdida o de obtener un lucro financiero para ellos.

De acuerdo a lo anterior, el lucro financiero deshonesto se podría establecer como el producto de la intención deshonesto y fraudulenta de generar para sí un ingreso económico, situación que deviene de un actuar doloso y contrario a las labores normales del empleado generando una pérdida patrimonial para el empleador para la situación objeto de análisis.

La parte convocante señala dentro de las pretensiones que dan origen al trámite arbitral, se atiende a la solicitud de indemnización como consecuencia de las pérdidas generadas por los señores Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado, por cuanto los mismos percibieron un lucro financiero deshonesto por el desarrollo anormal de sus funciones.

El Tribunal por el contrario y de acuerdo al análisis de las pruebas allegadas al trámite, establece que los señores Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado se encontraban en ejecución de sus labores diarias, normales y corrientes, sin que por el contrario, como enfatizó la parte convocante, dichas actividades desarrolladas por sus ex empleados fuesen de carácter anormal.

De acuerdo a lo anterior el tribunal señala *“El Tribunal encuentra que el alcance que debe tener la expresión “normal desarrollo de sus empleos” está asociado a las labores que habitualmente, de ordinario o comúnmente llevan a cabo los empleados, en atención a lo previsto en el contrato de trabajo que los vincula con el asegurado. Así, para circunscribir el análisis al evento en que la asegurada es, como en este caso ocurre, una firma comisionista de bolsa, el normal desarrollo de las funciones de sus empleados estará dado por el hecho de que celebren operaciones que, habida cuenta de su cargo y de las funciones vinculadas al mismo, puedan ser por ellos adelantadas, en cuanto atañe a su naturaleza y cuantía.*

Pues bien, en el caso concreto, las operaciones repo, de compra y de venta llevadas a cabo por los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ correspondían a lo que, dentro del normal desarrollo de sus funciones, competía ejecutar a dichos empleados (no se ha discutido ni menos aún probado, que ello no fuese así). Cosa distinta es que dichas operaciones, aunque normales según el giro ordinario de sus funciones, se hayan ejecutado

de manera irregular, en la medida en que se procedió a su celebración sin disponer de las autorizaciones de los respectivos clientes”.

El asentimiento que realiza el Tribunal frente a la determinación del actuar doloso o no de los señores Leonardo Prado y Luz Myriam Sánchez, señala que la configuración del lucro financiero deshonesto permeado por un actuar doloso daría cabida a la atención del siniestro y su respectiva cobertura, sólo si los empleados actuaran fuera de las labores propias de su cargo, situación que como ya se evidenció, no se cumple, pues el actuar de los empleados siempre se ejecutó conforme a los presupuestos propios de su cargo, sin que en ningún momento hubiesen realizado actividades distintas a las asignadas, razón por la cual el Tribunal no estima que se esté frente a una situación anormal como se quiere sustentar por parte de la convocante.

Otra de las situaciones que menciona la parte convocante, se establece frente a la ambigüedad de la cláusula 1.1 KFA-81; respecto de la cual cabe hacer mención de lo establecido por el artículo 1624 del Código Civil Colombiano que señala: *“INTERPRETACION A FAVOR DEL DEUDOR. No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.*

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

De igual forma, el Tribunal establece tres presupuestos para que se llegue a configurar la ambigüedad de la cláusula, las cuales son:

- Que se trate de una cláusula ambigua que haya sido dictada o extendida por una de las partes o, lo que es lo mismo, que se trate de un contenido predispuesto.
- Que dicha ambigüedad no pueda ser superada empleando las normas de interpretación que en el Código Civil anteceden al artículo 1624, y
- Que dicha ambigüedad provenga de la falta de explicación que el predisponente haya debido dar a la otra parte.

Frente a dichos presupuestos, encuentra el Tribunal que no se cumplen los mismos respecto de lo que señala la parte Convocante, pues la misma tenía conocimiento de los riesgos que se encontraban amparados bajo la póliza contratada.

Por su lado, la parte convocante señala que, además de considerar la ambigüedad de la cláusula, se faltó al deber de información por parte de la compañía aseguradora, pues no puso a disposición la póliza y sus condiciones, relevantes para realiza un análisis previo a su contratación.

EL DEBER DE INFORMACIÓN

Para analizar la situación mencionada, se hace necesario establecer qué se entiende por el deber de información en temas contractuales, estando dicho deber incorporado en los deberes secundarios de conducta, los cuales tienen su génesis en el principio de la Buena Fe contractual; es así como lo indica el Doctor Solarte (2004):

existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe.

Dichos deberes secundarios de conducta, se encuentran clasificados por Solarte (2004) de la siguiente forma:

- En atención a su finalidad:
 - ✓ Deberes secundarios de finalidad negativa: Se refieren a deberes de protección.
 - ✓ Deberes secundarios de finalidad positiva: Se refiere a deberes de prestación.

De acuerdo a lo señalado por el Doctor Solarte Rodríguez, se encuentra que el deber de información se encuentra situado en la clasificación de deberes secundarios de finalidad positiva, pues se refieren a derechos de prestación, cuya finalidad se encuentra encaminada a la no afectación de intereses personales o patrimoniales de la parte contraria. Dichos deberes

deben estar presentes en las etapas precontractuales y postcontractuales para garantizar en principio el cumplimiento de las obligaciones pactadas y finalmente una terminación justa de las relaciones contractuales.

Así pues, la parte convocante dentro de sus alegatos de conclusión señaló que en efecto la convocada no cumplió con los presupuestos frente al deber de informar, pues estaba en cabeza suya la obligación de dar a conocer la póliza que se iba a contratar junto con las condiciones y demás elementos que la conformaban, para así lograrse un estudio previo a la contratación de la póliza que cubría los eventos objeto de controversia.

Frente a dicha situación, el Tribunal realiza un análisis respecto de las prácticas de protección propias, siendo necesario que la parte contratante deba realizar un estudio previo del contrato que pretende celebrar. Al respecto vale la pena señalar que frente a la situación de obligaciones que giran en torno al deber de información, en principio recae sobre la parte que cuenta con la propuesta contractual, que en este caso sería la compañía aseguradora, pero de igual forma se hace necesario que la parte que pretende contratar, haya realizado un análisis previo y detallado del acuerdo contractual.

Otra de las situaciones que vale la pena señalar frente al deber de información, se centra en establecer la calidad de las partes que pretenden contratar, puesto que, en la mayoría de las ocasiones se puede generar un desequilibrio contractual.

Conforme a lo anterior, se analiza si las partes cuentan con una condición similar en cuanto a sus condiciones personales y profesionales y partiendo de dichas circunstancias se debe evaluar si se está frente a un desequilibrio contractual y por ende estaría generando una desproporcionada carga obligacional. Cabe hacer mención a lo expuesto por el Doctor Chinchilla (2011) Imbett así:

En este orden de ideas existen dos extremos en la relación obligacional las cuales estarán caracterizados por la realidad económica, social y cultural. Así, tal realidad determinará el contenido del deber de información respecto de dichos extremos: el informante y el informado o el deudor de la información y el acreedor de la misma. Lo anterior, sin perjuicio de que tales extremos pueden llegar a nombrarse o denominarse de otras formas como sigue: por el empresario y el consumidor; el

ingeniero y el operario; el profesional o especialista en el negocio y el sujeto del común o no profesional; el aprovechador y el necesitado o el torpe. En suma, un sinfín de sujetos que según las características de la relación negocial hace que el contenido del deber de información sea menos o más estricto.

Con todo, podríamos afirmar que el solo hecho de ostentar una calidad específica o una posición especial, como sujeto contratante, permite exigirle un cumplimiento más o menos riguroso del deber de informar. Por esta razón, puede presumirse que los sujetos con calidad o posición especialmente cualificada en la relación negocial, tienen la información o los medios necesarios para la búsqueda de la misma y consecuentemente el deber de informarlo a su contraparte interesada en ella.

De acuerdo a lo elementos y presupuestos señalados en párrafos anteriores, resulta entonces necesario aterrizar su aplicación al caso concreto a través del cual la parte convocante sustenta en sus alegatos de conclusión que se estaría frente a una situación de falta al deber de información por parte de la compañía aseguradora. El tribunal es muy enfático al determinar que tanto la ambigüedad de la cláusula 1.1 modalidad KFA-81, así como un supuesto caso de falta al deber de información no están siendo vulnerados por parte de la convocada, frente a lo cual se comparten sus apreciaciones.

Se parte así del análisis que, si bien se encuentra necesario por parte de la compañía de seguros entrar a verificar dentro de las etapas contractuales el deber que le asiste de informar a sus clientes sobre los productos ofrecidos, de igual forma es necesario que, en este caso, donde la parte contratante Asesorías e Inversiones contaba con un conocimiento previo del tema y estaba al tanto de los riesgos que a través del contrato con la convocante se iban a cubrir, se apoya la tesis que adopta el Tribunal al indicar “ (...) *no es menos cierto que, dada la calidad de profesional que la Convocante tiene en materia de operaciones en el mercado de valores y habida cuenta del conocimiento del que dispone en relación con la forma particular en que el mismo opera, estaba en plena capacidad de conocer los riesgos a los que se enfrenta, y las condiciones en las que los mismos deben ser amparados*”. Por lo tanto, se comparte en su totalidad las razones que dieron sustento al fallo emitido por el Tribunal, frente a la desestimación de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, teniendo en cuenta la justificación que dio a todos los temas objeto de estudio, entre los que

se encuentran relevantes el deber de información, la abusividad y ambigüedad de las cláusulas pactadas, entre otros.

CONCLUSIONES

- Los riesgos de personal y los tecnológicos son los más recurrentes y por los cuales las entidades financieras y bancarias reportan la mayor cantidad de pérdidas patrimoniales, de allí surge la necesidad que dichas instituciones busquen proteger su patrimonio de los riesgos a los que se encuentran expuestos. De acuerdo a lo anterior, el mercado asegurador ha desarrollado un mercado robusto a través del cual se ofrecen pólizas que satisfacen las necesidades de sus clientes en casos puntuales como lo son las situaciones de infidelidad de sus empleados y los riesgos financieros.
- Las entidades financieras y bancarias que pretendan contratar pólizas que amparen los riesgos de infidelidad a los que se encuentran expuestos, deben realizar previo a la contratación de dicho producto, un análisis juicios de los riesgos que se encuentran cubiertos conforme a las condiciones de la póliza, pues dichas entidades son las encargadas de la valoración de sus mismas necesidades frente a los productos que se pretender contratar.
- De acuerdo a lo anterior y como se encuentra consignado en el análisis de los laudos, dentro del mercado asegurador se encuentran previstos varios productos diseñados para satisfacer las necesidades de cada tomador en casos de la adquisición de productos que cubran el riesgo de infidelidad de empleados, por lo tanto las modalidades DHP-84, KFA-81, DHP-73 entre otras, se ajustan a los requerimientos específicos de cada entidad contratante.
- Así mismo, se encuentra que conforme al análisis de los dos casos objeto de estudio, se menciona por ambas partes convocantes, la consideración de que la cláusula que exigen la comprobación de la intención de generar un provecho económico por parte de los empleados se predica abusiva, situación frente a la cual se considera que los clausulados se redactaron precisamente para evitar la cobertura de riesgos que, por su naturaleza y desarrollo, puedan resultar convirtiéndose en una situación que puede ser amparada por otro tipo de pólizas, como sería el caso de una póliza con cobertura de responsabilidad civil profesional.

- De igual forma, se encuentra no procedente que se predique la abusividad de una cláusula, por la exigencia de la demostración del perjuicio, que en estos casos obedece a lo dispuesto en el artículo 1077 del Código de Comercio Colombiano, pues es necesario que al momento de la solicitud de indemnización conforme a la materialización del siniestro, los asegurados cumplan con los presupuestos probatorios que logren acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida.
- Frente al deber de información que se señala en apartes anteriores, es necesario que las compañías de seguros sigan los presupuestos establecidos en la normatividad vigente frente a la protección del consumidor. Sin embargo se evidencia que frente a hechos en los que ambas partes cuentan con la capacidad social y el conocimiento respecto del negocio que se pretende suscribir, en este caso las convocantes, cuentan con el nivel necesario para previa la suscripción de contrato informarse frente al negocio.

BIBLIOGRAFÍA

- Botero, B. (2010). El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario.
Revista Ibero-Latinoamericana de seguros, 33 (19), 77-95.
- Narváez, J.E. (2012). Pérdidas operaciones y amparos de infidelidad bajo las pólizas globales bancarias. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, 21 (36), 149-165.
- Decreto 4432 de 2006. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Chinchilla Imbett, Alberto. (2011). *El deber de información contractual y sus límites*. *Revista de Derecho Privado*, n°. 21, julio-diciembre de 2011, (337), pp 327 a 350.
- Solarte, Arturo. (2004). *La Buena Fe Contractual y Los Deberes Secundarios de Conducta*. VNIVERSITA. 306 (24) 282-315.
- Laudo Arbitral Andino Capital Markets S.A. Comisionista De Bolsa En Liquidación Vs. La Interamericana Compañía De Seguros S.A., 2001.
- Laudo Arbitral Asesorías E Inversiones S.A Vs. AIG Seguros Colombia S.A. (Antes Chartis Seguros Colombia S.A.), 2014.