

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FIDUCIARA CALDAS S.A.

VS

SEGUROS ATLAS .S.A.

LAUDO ARBITRAL

En la ciudad de Santafé de Bogotá a los ocho (8) días el mes de noviembre de 1995, siendo las 2:00 p.m. procede el Tribunal a proferir el LAUDO ARBITRAL en el proceso de FIDUCIARIA CALDAS S.A. VS SEGUROS ATLAS S.A. previas las siguientes consideraciones.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos presentados por la parte actora para sustentar sus pretensiones fueron las siguientes:

1.1. SEGUROS ATLAS expidió la póliza global de entidades financieras N 208 vigente entre febrero 20 de 1993 y febrero 20 de 1994, en favor de FIDUCIARIA CALDAS S.A.

1.2. En dicha póliza se amparó el riesgo de infidelidad de empleados.

1.3. Debido a una defraudación cometida en la negociación de los certificados de cambio Nos. 0090664, 0096635, 0096633, 0159443 y 0157866, los días 17 y 21 de mayo de 1993, FIDUCALDAS S.A. tuvo una pérdida de \$413.100.000.

1.4. El día 8 de marzo de 1994 FIDUCALDAS S.A. RECUPERO LA SUMA DE \$200.956.042, sumas que habían quedado retenidas en el fondo común ordinario administrado por FIDUCALDAS, por orden de la Fiscalía.

1.5. Que SEGUROS ATLAS pagó a FIDUCALDAS como indemnización la suma de \$230.103.642.60 así: La suma de \$100.000.000 el día 20 de abril de 1994; \$125.000.000 el día 20 de abril de 1994 a título de compensación por primas y 5.103.642.60 en junio 17 de 1994.

1.6. Del siniestro se avisó a la aseguradora el día 27 de mayo de 1993.

1.7. SEGUROS ATLAS S.A. junto con la reaseguradora designó como ajustador a la firma GRAHAM MILLER & CO. a quien se entregó toda la documentación pertinente desde agosto 30 de 1993.

1.8. GRAHAM MILLER & CO, en su calidad de ajustador, recomendó el pago de \$230.103.642.60, una vez descontado la suma de \$182.358.40 correspondiente a sumas retenidas por orden de la Fiscalía y el deducible de \$5.000.000.

1.9. La compañía de SEGUROS ATLAS SA., aceptó en principio su responsabilidad pero demoró el pago de la indemnización expresando la existencia de divergencias entre la póliza de seguros y el contrato de reaseguros.

1.10. La aseguradora dejó de cancelar la indemnización correspondiente a los costos legales y honorarios de abogado incurridos por la FIDUCIARIA para recuperar parte de los dineros defraudados.

1.11. Con el fin de instaurar la denuncia penal, constituirse en parte civil y recuperar las sumas defraudadas, la Fiduciaria incurrió en gastos y honorarios de abogado por la suma de \$35.000.000, los cuales se reclaman en este aspecto.

2. PRETENSIONES

La parte actora formuló como pretensiones las siguientes:

2.1. Que se declare que la compañía de SEGUROS ATLAS S.A. realizó tardíamente el pago de la indemnización a la FIDUCIARIA CALDAS S.A. por el siniestro que afectó la póliza global de entidades financieras No. 0208, en relación con las pérdidas derivadas de la defraudación de que fue víctima la FIDUCIARIA CALDAS S.A, ocurrida en mayo 17 y mayo 21 de 1993 y descubierta en mayo 26 del mismo año.

2.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene la SEGUROS ATLAS S.A, a la totalidad del pago del siniestro de los intereses de mora liquidados a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento de pago, esto es, el doble del interés corriente bancario (art. 884 C. de Co.), junto con la corrección monetaria de las sumas no pagadas, sobre la cantidad de \$413.100.000 desde el día 30 de septiembre de 1993 hasta el día 8 de marzo de 1994; sobre la cantidad de \$330.463.601, desde el día 9 de marzo de 1994 hasta el día 20 de abril de 1994; sobre la cantidad de \$128.898.152 desde el día 21 de abril de 1994 hasta junio 17 de 1993 y sobre la cantidad de \$136.505.407 desde esta última fecha y hasta cuando el pago se realice.

2.3. Que se declare que la compañía de SEGUROS ATLAS S.A. no ha efectuado el pago del seguro correspondiente al amparo de costos legales y honorarios de

abogados de la póliza global de entidades financieras No. 0208, en favor de la FIDUCIARIA CALDAS S.A.

2.4. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la compañía SEGUROS ATLAS S.A. al pago de la totalidad de la indemnización correspondiente. Junto con los intereses de mora y la corrección monetaria, liquidados desde que se causaron y hasta cuando se efectúe el pago del seguro.

2.5. Que en subsidio de la anterior declaración y condena, se declare que SEGUROS ATLAS S.A. debe reconocer y pagar a FIDUCIARIA CALDAS S.A. la totalidad de los gastos por concepto de costas judiciales y honorarios de abogados, incurridos por ésta última para evitar la extensión de la pérdida y para intentar su recuperación.

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA

SEGUROS ATLAS S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito o de fondo:

3.1. Excepciones basada en el hecho de que la obligación de pagar la indemnización a cargo de la compañía de SEGUROS ATLAS S.A. surgió sólo el día 24 de marzo de 1994, fecha en que se indicó la viabilidad del pago por parte del ajustador designado a instancias del corredor de seguros.

3.2. Excepción basada en la inexistencia de cobertura y por lo tanto en la inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de SEGUROS ATLAS S.A. en relación con los honorarios de abogado cubiertos por FIDUCIARIA CALDAS S.A.

3.3. Excepción basada en la inexistencia de la obligación a cargo de SEGUROS ATLAS S.A. de reembolsar los gastos u honorarios de abogado como gastos incurridos y pagados por el asegurado para evitar la extensión de la pérdida y para proveer el salvamento.

3.4. Excepción en la imposibilidad legal de demandar el pago de intereses moratorios a la tasa legal comercial, junto con corrección monetaria.

3.5. Excepción basada en el hecho de solicitar intereses y corrección monetaria sobre sumas que no corresponden a la pérdida probada e indemnizada, sobre sumas que no constituyeron pérdida para la aseguradora y por pérdidas anteriores a la fecha en la que la aseguradora pudo cumplir con la carga de demostrar la ocurrencia de un siniestro asegurado en la póliza, sobre sumas que corresponden al deducible pactado en la póliza y a cargo del asegurado y sobre sumas en la relación con las cuales la asegurada percibió o debió percibir intereses remuneratorios.

3.6. Excepción basada en el cobro de corrección monetaria y de intereses sobre los intereses demandados.

II. EL TRAMITE PREARBITRAL

1. El día 20 de enero de 1995, las partes de común acuerdo suscribieron un contrato de compromiso mediante el cual diferían la solución de su conflicto a la decisión de un Arbitro Unico quien deberá fallar en derecho. En el mismo documento se nombró como Arbitro Unico al Dr. JORGE HUMBERTO BOTERO.
2. El día 6 de febrero de 1995 FIDUCIARIA CALDAS S.A. mediante apoderado, presentó la demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
3. El día 6 de febrero de 1995, la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria.
4. El día 26 de abril de 1995, se celebró la audiencia de conciliación, habiéndose declarado fracasada dicha instancia, por falta de avenimiento de las partes.
5. Estando debidamente integrado el Tribunal se celebró la audiencia de instalación el día 15 de mayo de 1995.

III. EL TRAMITE ARBITRAL

1. Instalado el Tribunal el día 15 de mayo de 1995, se nombró como Secretario del mismo al Dr. JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, se fijaron las sumas correspondientes para atender gastos y honorarios del proceso y se señaló como sede, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
2. Dentro del término legal, se consignaron las sumas decretadas para atender gastos y honorarios del proceso.
3. El día 2 de junio de 1995, se celebró la primera audiencia de trámite, el Tribunal se declaró competente para conocer de la litis y se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

IV. ETAPA PROBATORIA

El Tribunal decretó y practicó las siguientes pruebas solicitadas por las partes:

1. El interrogatorio de parte del Dr. MARIO GOMEZ ESTRADA, Representante Legal de SEGUROS ATLAS S.A.

2. Declaraciones de los testigos FRANCISCO PARRA GARCES, LUIS ALBERTO SUAREZ, BERNARDO GAITAN MAHECHA , FELIPE MONCALEANO, ANDRES MARULANDA, SERGIO MUTIS, JULIO CESAR LEON, GUSTAVO RUIZ y JOSE RODRIGUEZ ROA.

3. Exhibición de documentos por parte de la firma HEATH COLOMBIANA DE SEGUROS ATLAS LTDA.

4. Se ordenó oficiar a la Fiscalía 183 - Unidad 7 de Patrimonio Económico con el fin de que remitiera con destino al Tribunal la copia de las actuaciones penales correspondientes.

V. ALEGATOS

El día 20 de septiembre de 1995 a las 2:00 p.m. se desarrolló la audiencia de alegatos, en la cual las partes formularon oralmente sus alegaciones habiéndose entregado por Secretaría copias escritas de las mismas.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia y clase de proceso

Por tratarse de un asunto susceptible de resolverse por transacción, el cual sido claramente determinado por las partes en el contrato de compromiso de enero 20 de 1995, el Tribunal se declaró competente para decidir el litigio.

Se trata de un proceso arbitral de mayor cuantía, según lo revela el examen de las pretensiones de la demanda, confiado por las partes a la determinación que adopte un árbitro único.

2. Legalidad de la cláusula "control reclamos"

La cláusula "control reclamos" plasmada en la póliza que las partes le han indicado al Tribunal como pertinente para resolver este litigio (cuaderno de pruebas N . 2, folio 503), dispone lo siguiente:

"No obstante cualquier cosa en contrario es condición precedente a cualquier responsabilidad bajo esta póliza que:

a) El reasegurado de aviso inmediatamente al reasegurador de cualquier pérdida o acontecimiento que pueda generar un reclamo recobable bajo esto.

b) El reasegurado deberá suministrar al reasegurador toda la información disponible con respecto a tales pérdidas o acontecimientos y los reaseguradores tendrán el derecho de contratar con ajustadores/asesores o investigador y

controlar todas las negociaciones, ajustes o acuerdos en conexión (sic) con tales pérdidas o acontecimientos".

Según el demandado, la indemnización a su cargo fue pagada oportunamente, salvo en una pequeña fracción, respecto de la cual acepta pagar los correspondientes intereses de mora (cuaderno de pruebas N . 1, folio 141). Sustentan esta afirmación en el hecho de que el dictamen último y definitivo del ajustador designado por el asegurador y, al parecer, el reasegurador, fue proferido el 24 de marzo de 1994. Esta fecha en su sentir, determina cuando comienza a transcurrir el lapso legal de un mes dentro del cual el asegurador debe pagar la prestación indemnizatoria.

La demandante a lo largo del proceso ha negado validez a la cláusula, estimándola reñida con normas legales de carácter imperativo. Si tuviere razón en su planteamiento, la oportunidad en el pago del siniestro no dependería de la posición adoptada por el reasegurador o sus agentes. Sería menester, por el contrario, examinar la conducta del asegurado con el fin establecer en qué momento éste satisfizo la obligación legal y convencional de demostrar la existencia del siniestro y su cuantía. Así las cosas, resulta ineludible para este Tribunal pronunciarse sobre la validez de la cláusula transcrita.

No hay duda de que esta cláusula supedita el cumplimiento de obligaciones a cargo del asegurador. No otra cosa significa que "sea condición precedente a cualquier responsabilidad bajo esta póliza" la realización de los avisos y el sometimiento a los controles que ella contiene. Tampoco es cuestionable que el cumplimiento de tales condiciones tiene el propósito de suspender hasta su realización la obligación consistente en pagar el siniestro; tal es el alcance del poder de control de "todas las negociaciones, ajustes o acuerdos" que se otorga a un tercero. El pago mismo - conviene recordarlo- implica un acuerdo o convención; si así no acontece, el acreedor solo se libera de su gravamen acudiendo al procedimiento de pago por consignación, en cuyo caso la voluntad del acreedor es suplida por el juez.(Código Civil, arts. 1656 y ss).

El tercero, a quien la póliza faculta para decidir la exigencia de pago es el reasegurador, bien sea que éste actué directamente o a través de ajustadores, asesores o investigadores.

Nada de esto es compatible con la ley y con la estructura del contrato de seguro, como pasa a demostrarse.

El Código de Comercio, art. 1080, modificado por la Ley 45/90, art. 93, regula la oportunidad para el pago de la indemnización a cargo del asegurador, disponiendo, a renglón según, que:

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre el tomador y el asegurador y la oportunidad en el pago de éste (el seguro, en caso de siniestro no podrá diferirse a pretexto del reaseguro".

Resulta indudable que la estipulación contractual examinada "difiere" el pago del siniestro al visto bueno del reasegurador, que es exactamente la conducta proscrita por la Ley. Satisfecha por el asegurado la obligación de acreditar la realización del evento objeto de amparo, deviene exigible la cardinal responsabilidad de pagar el siniestro dentro de un determinado lapso determinado por la ley, o, es cierto casos, la convención. Estos último según la previsión contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, art. 185.

Un autor distinguido comenta la norma así:

"Esta previsión halla su origen en la legislación chilena y como antecedente habría que precisar que se trata de evitar que por efecto de la incidencia del reaseguro se puedan vulnerar los derechos de tomadores y asegurados, con ocasión de un siniestro, a más que se trata de preservar la identidad del asegurador como parte proveedora en el contrato del servicio de protección."¹

Puede arribarse a la misma conclusión acudiendo al texto de otra norma legal que tiene por propósito, extrañamente, determinar que no es el contrato de reaseguro. Dispone, en efecto, el art. 1135 del Código de Comercio.

"El reaseguro no es un contrato a favor de terceros, el asegurado carece, en tal virtud, de acción directa contra el reasegurador, y éste de obligaciones para con aquél".

Es evidente que si el asegurado no puede pretender que el reasegurador contratado por el asegurador efectúe el pago de la indemnización derivada de la materialización del riesgo, es recíprocamente cierto que tampoco gravitan sobre el asegurado obligaciones frente al asegurador como las que le impone la cláusula "control reclamos".

El carácter imperativo de las dos normas legales transcritas podría afirmarse teniendo cuenta, exclusivamente, su contenido y los términos empleados por el legislador. Además, ha sido señalado expresamente por éste con relación a la primera de ellas (Código art. 1162).

No podría ser de otra manera. Es de la esencia del contrato de seguro la transferencia de uno o varios riesgos asegurables a un asegurador y la correlativa obligación de éste de cumplir la obligación condicional que dimana de la realización del siniestro (C. de Co. art. 1045). Ocurrido éste su obligación se torna pura y simple, sea cual fuere la conducta que el reasegurador, o cualquier otro tercero, asuma.

En la práctica, si la obligación primordial del asegurador pudiese condicionarse a la conducta que el eventual reasegurador adopte, el reasegurador vendría a ser el verdadero asegurador y éste último actuaría como un mero agente del primero, lo cual equivaldría a dismantelar el sistema diseñado con tanto detalle en la ley.

Así resulte obvio debe señalarse que existe una completa autonomía entre las contratos de seguro y reaseguro. El reaseguro tiene por propósito exclusivo proteger al asegurador que ha otorgado unos amparos en virtud de un contrato distinto, constituyendo éste la causa eficiente de aquél.

Se generaría, además, una gran incertidumbre si la cláusula tuviere validez porque los aseguradores no suelen informar a sus clientes quiénes son los reaseguradores directos y estos, a su vez, con no poca frecuencia efectúan otras retrocesiones en la medida en que sea necesario para dispersar los riesgos. Así las cosas, el asegurado difícilmente sabrá quién, es el reasegurador al que debe informarle el siniestro y que controlará "todas las negociaciones, ajustes o acuerdos en conexión (sic) con tales pérdidas y acontecimientos".

De hecho, en el voluminoso expediente adjunto a este proceso no hay prueba de quien sea el reasegurador; apenas sabemos quién es su corredor.

Este estado de desconocimiento del asegurado sobre la entidad del reasegurador no es exclusiva de nuestro medio.

"El contrato de seguro, contra cuyo riesgo el asegurador se ha reasegurado, permanece de tal forma separado y absolutamente independiente del reaseguro que normalmente el asegurado ignora que su asegurador se ha reasegurado."²

No escapa a este Tribunal la baja capacidad de retención del sistema asegurador colombiano tratándose de riesgos de cuantía relativamente elevada como los que son objeto de cobertura a través de pólizas globales. Estas circunstancias determina que para el asegurador resulta crucial, en el plano de las realidades económicas, la posición del reasegurador; su demora en el pago del siniestro, o el rechazo de la cobertura objeto del reaseguro, podría crearle dificultades financieras para la atención puntual de sus obligaciones frente al asegurado. Pero por avasallante que sea esa realidad, y severas las limitaciones que de ella derivan en la conducción de los negocios, no resulta factible para el juez desatender normas jurídicas de imperativo cumplimiento.

Lo anteriormente expuso no significa que la cláusula "control reclamos" calificada como ilegal si se halla plasmada en el contrato de seguro, no pueda ser estipulado en el contrato de reaseguro. No sólo porque no existe norma alguna que en este contexto la prohíba, sino porque, además, allí inserta o permitiría al reasegurador controlar las indemnizaciones que el asegurador reconozca, lo cual es

ampliamente razonable: en la proporción estipulada, tales indemnizaciones revertirán hacia el reasegurador en virtud del principio de comunidad de riesgo que sobre ellos gravita. Justamente por esto el Código de Comercio, art. 1134, dispone que:

En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo de contrato de seguro" (Se ha destacado).

Cabe incluso conjeturar que la cláusula "control reclamos" ha sido simplemente trasladada del contrato de reaseguro al de seguro. No. de otra manera se entiende que imponga obligaciones al "reasegurado", que no es, como a primera vista podría pensarse, el asegurado sino el propio asegurador en cuanto celebra el contrato de reaseguro.

El Ingeniero Felipe Moncaleano, quien trabaja en el negocio de reaseguro desde 1980 (cuaderno principal, folios No. 143), explica la cláusula control reclamos así:

"Básicamente el espíritu y la intención de dicha cláusula es el de que solicita el reasegurador a la aseguradora, no al asegurado, al que una vez ocurrido un siniestro, debe está, la aseguradora, informarle muy rápidamente al reasegurador de dicha ocurrencia y la cláusula también estipula que la aseguradora no podrá tomar ninguna decisión, ni aceptar ninguna responsabilidad sin haber antes recibido la instrucción de parte del reasegurador, ese es básicamente el espíritu.

La razón por la cual el reasegurador solicita esta cláusula a la aseguradora se da en algunos casos, no en todos los casos y se da especialmente cuando la retención de la aseguradora, la parte del valor asegurado con que la aseguradora se queda por su cuenta y riesgo es pequeña, lo que significa que de todo siniestro cuando hay una retención pequeña es el reasegurado el que va a pagar la mayor proporción y este quiere entonces por lo tanto ser quien está tomando las decisiones."

Las razones anteriores conducen, pues, a sostener que la cláusula de "control reclamos" en tanto condiciona la obligación resarcitoria del asegurador al control ejercido por el eventual reasegurador, pugna con las normas legales de las que se ha hecho mención. Tal pugnacidad constituye causal de nulidad absoluta. Según el Código de Comercio art. 889, adolece de nulidad absoluta el negocio jurídico, "cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa". Como no existe regla excepcional para remediar el vicio anotado, la consecuencia indefectible es la nulidad de la estipulación.

Como las manifestaciones de la parte demandante en tal sentido contenidas en su alegato de conclusiones no son suficientemente explícitas (cuaderno de alegatos,

folios 13 y ss.), el Tribunal decretará la nulidad de manera oficiosa. Procede de esta manera prevalido de la facultad que le otorga el Código Civil, art. 1742, subrogado por la Ley 50 de 1936, art. 2, no sin advertir que ésta determinación, como lo ha reconocido la jurisprudencia,³ respeta la congruencia que debe existir entre el litigio planteado por las partes y la sentencia. Así se dispondrá en la parte dispositiva del laudo.

3. Demostración del siniestro y su cuantía a través del ajustador

Al oponerse a las pretensiones de la demanda, Seguros Atlas S.A. asumió que su obligación de pagar el siniestro quedó establecida el 24 de marzo de 1994, fecha ésta en la cual se produjo el informe final del ajustador designado por el asegurador con el beneplácito implícito del reasegurador (Cuaderno principal, folios 29). De este modo, tácitamente acepta que el asegurado puede satisfacer la obligación de demostrar el siniestro y su cuantía (C. de Co. art. 1077), mediante la entrega de la documentación correspondiente al ajustador.

Esta manifestación de la parte demandada podría dispensar al Tribunal de cualquier esfuerzo tendiente a determinar si, en efecto, la actuación cumplida a través del ajustador produce efectos frente a la compañía de seguro; es decir, si para el sólo propósito de demostrar el siniestro y su cuantía, el ajustador debe ser tenido como un representante del proveedor de los amparos.

No obstante el laudo se ocupará del punto por su innegable trascendencia doctrinal; evidentemente, si la tramitación del reclamo ante el ajustador carece de idoneidad para cumplir las obligaciones probatorias que gravitan sobre el asegurado, no comenzará a transcurrir el plazo que tiene el asegurador para pagar el siniestro so pena de reconocer intereses de mora.

El laudo discurrirá sobre este tema, además, porque durante la fase prejudicial de ésta controversia Seguros Atlas S.A. sostuvo tal falta de idoneidad. En carta de diciembre 23 de 1993 dirigida por la aseguradora a la demandante (cuaderno de pruebas No, 2 folio 529/30), se lee que "a la fecha el asegurado no ha presentado a la compañía la reclamación formal aparejada en los documentos que exige la ley". Este punto de vista fue reiterada en carta de enero 21/94: "La compañía puede demostrar en cualquier momento que no se le ha presentado reclamación formal sino mas bien aviso de siniestro" (Idem, folio 535). Para sustentar esta posición expuso en la primera de estas misivas:

"

Ahora bien es pertinente anotar que la intervención del Ajustador no exime al Asegurado de la obligación que la Ley le impone de acreditar el acaecimiento del siniestro y la cuantía de la indemnización con documentos u otros medios probatorios que sustenten su reclamo los cuales ha de entregar oportunamente y

facilitar el examen de los libros, papeles e informaciones que el asegurador o el ajustador le solicite.

Se ha de aclarar también que el ajustador de seguros no representa al asegurador, no se trata de un subordinado o dependiente de determinada Compañía, sino que es un auxiliar de las aseguradoras, quien obra con plena autonomía e independencia de la Compañía o Compañías que han asumido el riesgo del siniestro de que se trata.

La Superintendencia Bancaria comparte la opinión anterior y en enjundioso concepto sobre el tema concluye que: "A la vista de todas y cada una de las consideraciones precedentes esta Superintendencia, en desarrollo de su función consultiva, se permite señalar que la relación nacida entre el Asegurador y el Ajustador, por no provenir de un contrato de mandato representativo sino precisamente de uno de arrendamiento de servicios, es una relación carente de repercusiones frente al beneficiario del seguro, e inclusive frente al asegurado en razón a que las actuaciones adelantadas por el ajustador de pérdidas, extrañas por completo al contexto representativo, no comprometen jurídicamente a la aseguradora. Por contera, las apreciaciones del ajustador, por más decantadas y depuradas que sean no vinculan al asegurador que siempre, como resultado de su autonomía e independencia, estará en capacidad de aceptar y también de menospreciar el informe del ajustador, aun cuando vaya acompañado del documento comúnmente llamado "convenio de ajuste"

Como no existe normativa legal sobre el contrato de ajuste, para discernir su propósito y esencia es menester acudir, en primer término, al texto del contrato que haya sido celebrado con motivo del siniestro objeto del debate. Faltando éste como ocurren el presente caso, el Tribunal determinará sus contornos guiado por la elaboración doctrinal pertinente y la vida práctica de los negocios.

En estudio que el Tribunal comparte⁴ se encuentra la siguiente definición:

"El ajustador o liquidador es una persona natural o jurídica especializada en seguros, y cuya actividad o empresa consiste en elaborar, usualmente a petición de una asegurador pero en forma independiente, a cambio de una remuneración, informes sobre el origen de los daños y pérdidas de los bienes asegurados y las circunstancias en que ocurrieron su naturaleza, cuantía y el monto indemnizable a luz del contrato de seguro":

Desarrollando esta definición señala que el proceso de ajuste se desenvuelve en tres diferentes fases, sí: a) En primera instancia se investiga el curso de eventos determinantes del evento dañino con el fin de determinar si se encuentra amparado por la póliza. b) Despejado este interrogante en forma afirmativa, se trata de establecer la causa eficiente de cada una de las pérdidas y señalar su

cuantía. c) En el tercer y último módulo se trata de fijar la cuantía de la indemnización a cargo del asegurador.

Evidentemente, el ajustador no representa al asegurador para establecer si existe un siniestro indemnizable en una determinada suma de dinero. Siempre podrá la compañía de seguros adoptar una posición distinta sino le persuaden los criterios de la firma ajustadora. Distinta es la situación con relación a la segunda etapa del proceso de ajuste:

"Opinamos que en la segunda etapa del ajuste, donde tan solo hay una tasación de las pérdidas y daños reales del objeto asegurado, con independencia del contrato de seguro, el ajustador actúa como un mandatario con representación del asegurador. En efecto, el ajustador desde un comienzo se presenta ante el asegurado como la persona designada por la compañía con quien éste tiene contratado el seguro. La conducta del ajustador que solicita al asegurado informaciones, explicaciones, documentos y al mismo tiempo va aceptando del segundo, inclusive por escrito (inventario), en forma inequívoca, la demostración de la pérdida (libros, facturas, declaraciones de renta y balances, Inventarios, comprobantes, etc), así lo comprueba. Si el asegurado no entendiera, por la costumbre comercial y por el comportamiento del propio ajustador, que por su intermedio demuestra su pérdida al asegurador, no dedicaría tiempo a tratar con aquel"5

El Tribunal suscribe este criterio, Si para la mera tarea de documentar el siniestro fuere menester suministrar al asegurador las mismas pruebas y datos que, dada la naturaleza de su labor, exige el ajustador, el asegurado se vería forzado a adelantar doblemente una misma tarea.

De este modo, el asegurador no puede desentenderse de la evolución del proceso de ajuste; las pruebas que el asegurado provea al asegurador tendrán la virtud de demostrar el siniestro y su cuantía, ocurrido lo cual comenzará a transcurrir el lapso para el pago de la indemnización.

Desde luego, es perfectamente posible que el asegurador exija al asegurado directamente o a través del ajustador información y documentación adicionales que conduzcan a la determinación plena de que hay lugar a la indemnización. Esta facultad debe ser ejercida de buena fe y con estricta lealtad lo cual impide la petición de pruebas irrelevantes o superfluas cuyo ostensible propósito sea postergar el pago.

Mas también está al alcance del asegurador, una vez examinada la documentación que el ajustador le suministre, objetar la reclamación. Esta objeción debe ser seria y fundada (Código de Comercio, art. 1053), y tendrá que estar acompañada de las pruebas adecuadas (Idem, art. 1077).

Es pertinente destacar, por último, que el carácter de representante del asegurador atribuido al ajustador, para el único propósito de que pueda cumplirse ante él la presentación de la reclamación, puede ser excluida expresamente en el contrato de seguro. No existiendo normas legales que disciplinen el contrato de ajuste, rige en este campo a plenitud del principio de la autonomía dispositiva de las partes. Cuestión distinta es que si de este modo se procede la intervención del ajustador pierda buena parte de su utilidad.

Estas consideraciones de carácter general son suficientes para que el Tribunal afirme, con la restricción que acaba de indicarse, que el asegurado puede demostrar la realización de la obligación condicional del asegurador a través del ajustador designado por éste.⁶

Existen dos razones adicionales para reforzar esa conclusión en el caso sometido a la decisión de este Tribunal. La primera consiste en que el proceso de ajuste no ocurrió a espaldas del asegurador. Existen abundante prueba al respecto en el expediente; así, por ejemplo, en carta del 22 de diciembre de 1993 del Presidente de Seguros Atlas al Presidente de la Fiduciaria Caldas se lee que "En desarrollo de las gestiones adelantadas para la atención de las pérdidas sufridas por la Fiduciaria en la negociación de varios certificados de cambios hemos permanecido en estrecho y constante contacto con los reaseguradores, evaluando las circunstancias de tiempo y lugar en que se verificaron los hechos" (Cuaderno de pruebas No. 1 folio 119).

La segunda razón consiste en que la cláusula "control reclamos" cuya nulidad decretará el Tribunal, precisamente conduce a que el asegurado -erróneamente denominado reasegurado- tenga que suministrar al reasegurador o sus agentes ("ajustadores/asesores o investigador"), toda la información relativa al evento dañino que se supone amparado. Así la cláusula sea ilegal, mal puede el asegurador, para liberarse de su responsabilidad, reprochar al asegurador que haya actuado en la forma prevista en el contrato.

4. Momento de demostración del siniestro

El análisis que precede conduce a que deban examinarse las acciones probatorias desplegadas por el asegurado frente al ajustador. Para estos propósitos es menester tener en cuenta la cobertura denominada "Infidelidad de empleados", o sea, según el texto de la póliza:

"las 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."

Este fue, en efecto, el riesgo que el ajustador consideró materializado en su reporte interino de agosto 30 de 1993 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 76). Para

sustentar su conclusión de que los actos defraudatorios habían sido cometidos con la participación de la tesorera y la asistente de tesorería de la Fiduciaria se lee lo siguiente en el informe del ajustador (cuaderno de pruebas N . 1 folios 78 y s.s.)

"A. INDICIOS GRAVES EN CONTRA TESORERA

1 . Ante la magnitud de la cuantía y el total desconocimiento de los supuestos clientes, de conformidad con el manual de procedimientos, se debió obtener previa a la operación, firma del superior que autoriza la misma.

2 . Para la operación de fecha mayo 17 de 1993 firmar el pago de cheques, sin contar con la otra firma autorizada.

3 . Para la operación de mayo 21, firmar tanto la carta que autoriza el pago como los cheques, sin contar con la otra firma autorizada.

Concluyen en esta funcionaria otros indicios de alguna menor entidad, pero que en conjunto pueden reforzar la apreciación de su participación en el ilícito. Son ellos: recomendar a los defraudadores para la apertura de una cuenta corriente en la Oficina Principal del Banco de Caldas. Cuando se tiene establecido que aparentemente desconocía sus antecedentes personales y/o comerciales: autorizar la constitución de encargos fiduciarios y la cancelación de los mismos, sin contar con las firmas del fideicomitente del representante legal; y del beneficiario: autorizar retiros de los encargos fiduciarios sin contar con el registro obligatorio de firmas.

B: INDICIOS GRAVES EN CONTRA ASISTENTE DE TESORERIA

"1 . No haber consultado, como era su obligación según el manual de procedimientos, el archivo del título extraviados, hurtados o reportados por cualquier circunstancia, para asegurarse de que los que estaban recibiendo no estaban en la lista de no negociables.

Este indicio dada la cuantía de las dos transiciones con las que se cometió el delito, a saber la suma de \$413.000.000.00 m/Legal es de suma gravedad para la asistente de tesorería, ya que el mínimo de prudencia indica que no se debían consultar los listados que remite el Banco de la República.

El indicio se agrava aún más al reiterarse la omisión, pues no solamente se presenta en la operación del 17 de Mayo, sino que la retención se recibió para la operación del 21 de Mayo del presente año.

Aún para el más desprevenido, la conducta asumida por la asistente no tienen justificación alguna, máxime si se tiene en cuenta que la actividad no es ocasional para ella, sino que por el contrario, es del tesoro [sic] ordinario de sus funciones;

que la cuantía de las transacciones impone para el funcionario el máximo de prudencia y cuidado, y que así no lo quiera, es su deber cumplir con el manual de procedimientos establecidos por su empleador.

2 Todo parece indicar que para la primera de las operaciones (mayo 17), nunca verificó la cadena de endosos, ya que si lo hubiera hecho, jamás hubiera negociado los certificados de cambio de la segunda operación, esto es, la efectuada el 21 de Mayo del año en curso. Este indicio de responsabilidad la compromete también gravemente pues dentro del medio financiero la verificación de endoso es conducta apenas de cuidado normal, con miras a evitar la comisión fraudes.

Pero aún, para la segunda de las operaciones vuelve y repite en parte la conducta omisiva, en efecto, era su obligación verificar la cadena de endosos el mismo día que se realizaba la negociación, esto es, el 21 de Mayo de 1993, pero según las investigaciones solamente obra en consecuencia hasta el 25 de Mayo, cuando la operación ya se había realizado, cuando ya se había girado el dinero fruto de la misma, es decir cuando ya se había cometido el delito.

Toda esta conducta se ve agravada, cuando para el 26 de Mayo la empleada remite los títulos a las FES con un mensajero, con el fin de completar la interrumpida cadena de endosos, sin noticiárselo a su superior jerárquico, (la tesorera de la Fiduciaria Caldas)

3 . A todo ello debe agregarse que, se ha podido verificar en el curso de las investigaciones, que de los certificados correspondientes a la segunda operación, carecían de una hoja anexa para endosos, circunstancias que debió llamar la atención, en orden a se solucionada por el tenedor antes de proceder a la compra de los títulos de valores. Esta omisión impidió que no pudieran verificar plenamente los endosos y por ende la validez de los mismos, constituyendo otro indicio grave en la conducta de la mencionada funcionaria.

4 . De conformidad con el manual de instrucciones, corresponde a ésta empleada dar autorización de entrega de cheques al auxiliar de caja de tesorería, quies [sic] es quien debe hacer la entrega física de los mismos. En este caso, por el contrario, la investigación ha podido establecer, que fue ella misma quien entregó los cheques, y que además los entregó sin exigir identificación alguna a la persona que los retiraba, tal como debía ser, por tratarse de persona diferente a la beneficiaria.

C. OTROS INDICIOS DE RESPONSABILIDAD

Es conveniente resaltar, que por parte de empleados del Banco de Caldas se cometieron irregularidades, que contribuyeron con no poca eficacia a la comisión

del delito, irregularidades de dadas las circunstancias se pueden calificar como indicios graves; son estas:

1 . La apertura de una cuenta diario a nombre de la sociedad que se presentó como fechada para el fraude, con fundamento en una fotocopia de un certificado de constitución y gerencia que presenta serias adulteraciones, comprobables a simple vista y por lo tanto fácilmente.

2 . No se solicitaron fotocopias de Cédula de Ciudadanía de los representantes de Inproduquín, como requisito para la apertura de la mencionada cuenta.

3 . Se pagaron siete cheques girados por la Fiduciaria Caldas, sin tener certificación del abono en cuenta, o que a pesar de tenerla, no cuentan con la firma autorizada.

4 . Fuera de lo anterior, hay como antecedente la defraudación en una "cuenta diario" en la sucursal. Las Granjas, que curiosamente aparece a nombre de una Sra. con igual No. de cédula de la que se presentó como representante de Inproduquín, pero que figura con sus apellidos cambiados. Todo parece indicar por investigaciones internas, que hay complicidad de empleados porque se utilizó un talonario extraviado en poder del banco y porque se perdieron los comprobantes de las defraudaciones.

CONCLUSION: Del análisis probatorio acabado de realiar [sic], se puede afirmar que hay serias probabilidades de que la Asistente de Tesorería, esté seriamente involucrada en el delito, ya que en ella confluyen los más graves y la mayor parte de los indicios, todos ellos sin descartar la participación de la Tesorera, dado que ella también realiza conductas altamente irregulares, situaciones que, unidas a las anomalías cometidas por parte del funcionario del Banco de Caldas, dan a pensar que hubo infidelidad en el fraude y que bajo este lente se debe mirar la cobertura de la póliza."

El precedente análisis del ajustador fue elaborado - y este así lo reconoce- sobre la base de los informes y documentos que le fueron suministrados por el propio asegurado los días 8 de julio, 30 de julio, 2 de agosto, 10 de agosto y 26 de agosto de 1993. De este modo el informe de ajuste refleja, como si fuera un espejo, la conducta del asegurado en el empeño de acreditar la existencia del amparo.

Entre esos documentos figura el denuncia criminal presentado por el Presidente de la Fiduciaria ante la Fiscalía General de la Nación (cuaderno de pruebas No. 1, folio 162). Ciertamente este documento no contienen una sindicación formal de empleados específicos de la entidad defraudada, aun cuando claramente se indican los nombres de la tesorera, Margarita Sepúlveda y su asistente, Julia Edith Fontecha, a quienes imputa un amplio cúmulo de irregularidades en el desempeño de sus funciones.

".....

- 1) No se confrontó la referencia que PEDRO JOSE SANCHEZ y ANA MARIA OSPINA DE GOMEZ hicieran ante la FIDUCIARIA CALDAS con relación a sus negocios con el BANCO CALDAS sucursal Chicó que no existían;
- 2) Se omitió, consideró deliberadamente, la revisión del listado del BANCO DE LA REPUBLICA sobre títulos no negociables, al respecto deseo aclarar que dicho BANCO envió una primera relación (documento número 26), con el consecutivo 0013168 de fecha abril 28 de 1993, en ella se incluyó el número 90663 que no correspondía a ninguno de los certificados de cambio negociados, pero que fue aclarada por el boletín 0013479 de abril 30 de 1993 (documento número 27) donde se anota la corrección del número;
- 3) No se estableció el último endoso en la segunda operación relacionada con los certificados de cambio Nos. 0159443 (documento número 18) y 0157866 (documento número 19) que carecen de la firma del último endosante.
- 4) No se estableció la cadena ascendente de los endosos en todos los certificados negociados;
- 5) Se admitió un certificado de constitución y gerencia de la sociedad INPRODUQUIN Ltda, de la Cámara de Comercio, en fotocopia sin autenticar y contienen serias inconsistencias (sic) fáciles de detectar, al efecto: en su página primera, se dice que el capital social está dividido en veinte cuotas y en la relación con los accionistas totalizan (sic) 200; y siendo el capital de \$10.000.000.00 en la distribución entre accionistas aparecen \$100.000.000.00 y en la página segunda donde se autoriza límite de negociación aparece en letras veinte millones de pesos y en número \$100.000.000.00 (documento número 28=c), lo que demuestra su falsedad ostensiblemente;
- 6) No se cumplieron los requisitos inherentes a la apertura de la cuenta diario, faltó la fotocopia de la cédula, y en las ofertas comerciales la firma de los documentos correspondientes (documentos números 28-2930-31 y 32).
- 7) El cliente era desconocido para la Fiduciaria, de manera que no debía efectuarse operación alguna sin la previa confrontación de las referencias del caso y la comprobación de su existencia y solvencia;
- 8) Se entregaron los cheques de las operaciones a un tercero sin exigir la autorización correspondiente y sin verificación de cédula;

9) Los cheques entregados a la firma INPRODIQUIN LTDA. Solamente tenían la firma de MARGARITA SEPULVEDA cuando lo usual y corriente es que lleven dos firmas autorizadas.

10) Solicitar la apertura de cuenta corriente, como ocurrió en el BANCO CALDAS, principal son conocer la firma documentaria y sin referencia;

11) Se hicieron pagos de cheques irregularmente: el número 7410780 (documento número 5) no tiene certificación de abono en cuenta; el número 7410781 (documento número 6) tiene sello de certificación [sic] en cuenta del primer beneficiario sin la firma autorizada;

12) Se efectuaron retiros de encargos fiduciarios sin que la oferta estuviera firmada, lo mismo que las tarjetas de firma autorizada;

13) Los pagos de sumas mayores a \$7.500.000.00 requieren llenar un formulario de la Superintendencia Bancaria, si es en efectivo.

14) Los dos últimos certificados de cambio (documento números 18 y 19) por sus características debía tener la hoja anexa para los endosos, de la cual carecían.

15) Al enviar los certificados para completa [sic] la cadena de endosos y advertidad [sic] la Dra. MARGARITA SEPULVEDA por el Dr. HAROLD HERNANDEZ de que se trataba de título investigados, la cita y se solicita que los lleve, pero que no informe a sus superiores [sic] ;

16) Los cheques 7410820 por \$22.000.000.00 y 74410821 por \$60.000.000.00 (documentos números 21 a 21^a) con cruce de sello restrictivo, no tienen certificación de abono en cuenta.

17) Los cheques 7410777 por \$31.500.000.00 (documento número 8) y 74107778 por \$41.500.000.00 (documento número 9) y número 7410822 por \$30.600.000.00 (documento número 22) con sello restrictivo tienen certificación sin firma.

18) Precisamente el día 21 de mayo de 1993, fecha de la segunda operación y de la redención de encargos fiduciarios, se cayó (sic) el sistema del BANCO CALDAS y estuvo inactivo hasta el día siguiente, lo que es extraño ya que generalmente esas caídas se reponen en un ahora, por los sistemas de seguridad operantes, lo que tiene influencia en la interrelación de datos y confrontaciones.

....."

Desde luego, todas estas protuberancia anomalías son indicativas de una maquinación defraudatoria y no, apenas, de errores operacionales, los cuales, ciertamente, no son objeto de cobertura en la póliza global objeto de este litigio.

Existe abundante acopio probatorio para afirmar que la aseguradora entendió que la documentación aportada por el asegurado, que dio lugar al reporte producido por el ajustador en agosto 30 de 1993, fue suficiente para persuadirle de la materialización de un riesgo cubierto por el seguro, tal como pasa a demostrarse enseguida.

En carta de agosto 24 de 1993, es decir, incluso antes de que se produjera el informe No. 2 del ajustador, la Compañía de Seguros manifestó a Arango Uribe Asociados Ltda. - corredor designado por la Fiduciaria Ltda.- que: "A la fecha estamos a la espera del reporte final del ajustador Graham Miller con el fin de efectuar los recaudos pertinentes y proceder al pago de la indemnización". (Cuaderno de pruebas No. 1 Folio 110).

*En carta de octubre 13 de 1993 de Seguros Atlas al mismo corredor de seguros se afirma que "se ha determinado que la cobertura afectada fue la de infidelidad y así se ha hecho conocer a los reaseguradores". (Cuaderno de pruebas No. 1, folio 112).

*El 29 de noviembre de 1993, de nuevo la aseguradora se dirige a la firma corredora para indicarle que "el día martes 30 de noviembre tenemos una reunión con el citado corredor (de reaseguros) para presionar la decisión del pago por parte del reasegurador" (Cuaderno de pruebas No. 1, folio 117). Es evidente que si va presionarse el pago es porque se entiende demostrado el siniestro.

Otros elementos de juicio que se hayan debidamente probados en el expediente confirman la conclusión según la cual la tardanza en el pago del siniestro no obedeció a que el asegurador no hubiese entendido como suficiente la documentación del reclamo desde el momento en que fue emitido el reporte No. 2 del ajustador en agosto 30 de 1993. En efecto: puede leerse en el referido informe del ajustador (cuaderno de pruebas N . 1, folios 44 y 45), lo siguiente:

"CLAUSULA DE INFIDELIDAD POLIZA ORIGINAL

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".

Se nos ha informado, sin embargo, que las condiciones de reaseguro se rigen por la póliza típica del COAEF con excepción de la cláusula de seguro N . 1 infidelidad- que corresponde al texto K.F.A. (1981). Siendo así, el texto aplicable de reaseguro a la cláusula de seguro N . 1 -infidelidad- es como sigue:

"CLAUSULA DE INFIDELIDAD POLIZA DE REASEGURO

Pérdida que resulte única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos 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, donde quiera que ocurra bien sea cometidos por sí solos o en colusión con otros, incluyendo pérdida de bienes a través de cualquiera de tales actos de empleados.

No obstante, lo anterior es convenido que con respecto a transacciones o negociaciones de títulos mercancías, futuros, préstamos, transacciones de la naturaleza de un préstamo u otras extensiones de crédito, esta póliza cubre solamente pérdidas que resulte única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta de obtener y que resulte en una ganancia financiera indebida para ellos mismos aparte de salarios, honorarios, comisiones, promociones y otros emolumentos similares".

Invitamos a observar la significativa diferencia que se presenta entre estos textos".

Este comentario del ajustador produjo, como es por completo comprensible, una actitud de reticencia en el reasegurador. Al respecto es interesante la comunicación por fax dirigida por Heath de Colombia que, como sabemos, es el corredor de reaseguros correspondiente, dirigida a Seguros Atlas (cuaderno de pruebas N . 1, folio 115). Allí se lee lo siguiente:

"El martes 23 fuimos informados que el Director de Siniestros había decidido para el siniestro al suscriptor que cotizó Banco de Caldas y Fiducaldas debido a la mención que hace Graham Miller sobre la diferencia de clausulados entre el seguro y el reaseguro especialmente en el amparo de infidelidad.

El suscriptor [sic] nos solicitó diéramos una explicación por escrito de porqué se emitió con un clausulado diferente al cotizado.

Nosotros dimos la respuesta el miércoles 24 (adjuntamos copia), y ahora el suscriptor nos ha solicitado una copia de la póliza original con cada uno de los anexos o certificados de renovación o modificación.

Nuestra opinión es que el suscriptor está molesto por la diferencia presentada, pero creemos que la sustentación efectuada por Graham Miller y la recomendación de pagar el siniestro será seguida por el reasegurador, Sin embargo debemos esperar su decisión antes de informar o decidir ante Fiducaldas".

Este documento configura un indicio sólido de que la demora en el pago del siniestro obedeció a las diferencias de clausulado entre el contrato de seguro y el

reaseguro. No es extraño que así se haya sido. Si el asegurador hubiese cedido la totalidad o una porción sustancial del siniestro al reasegurador, desde luego su expectativa consistía en que éste le suministrara los recursos necesarios para pagar el siniestro.

Otro indicio comprometedor contra el asegurador es el contenido en la comunicación de Seguros Atlas para Arango Uribe Asociados de marzo 12 de 1994 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 127). Allí se lee lo siguiente:

"Nos permitimos informarles que los reaseguradores del negocio citado en la referencia nos han indicado que a pesar de las dudas existentes en principio podrían considerar como amparados por la póliza de manejo, los hechos ocurridos en la Fiduciaria Caldas en la negociación de varios certificados de cambio, pero a su vez nos están presionando por alguna decisión sobre los términos renovación.

Así las cosas, nos han informado que no habrán más extensión para la póliza cuya prórroga vence el próximo 20 de abril. Por lo que recomendamos solicitarle al banco una pronta definición". (Subrayas ajenas al texto).

Así las cosas, las razones determinantes de la demora en el pago no están vinculadas a una supuesta ineptitud o insuficiencia de la documentación suministrada por el asegurado. En realidad, la tardanza en el pago estuvo determinada por dos factores que le son ajenos. En primer término, a las dificultades del asegurador para obtener del reasegurador el reembolso del siniestro. Las diferencias de amparo entre ambos contratos tuvieron que jugar en este campo una importancia preponderante. Y en segundo término, a las presiones del reasegurador para que el asegurador obtuviese la renovación del contrato antes del pago del siniestro. Esta conducta del reasegurador es altamente censurable. Resulta inadmisibles que se condicione el pago de una cobertura a la renovación de la póliza.

Todas estas consideraciones han persuadido al Tribunal de que el asegurado tiene razón cuando afirma que el siniestro quedó cabalmente acreditado desde que el ajustador profirió el tanto veces mencionado dictamen N . 2 de agosto 30 de 1993. Incluso con mayor rigor, podría afirmarse que la acreditación del siniestro ocurrió unos pocos días antes; el 26 de ese mismo mes y año, fecha en la cual el asegurador aportó el último reporte tenido en cuenta por el ajustador para proferir su dictamen. Sin embargo, el Tribunal utilizará la fecha del 30 de agosto para el cómputo del interés de mora a cargo del asegurador, tal como lo pide el demandante.

Cierto es que con posterioridad al reporte elaborado por el ajustador en agosto 30 de 1993, la compañía de seguros formuló críticas a la documentación suministrada por el asegurado. Fundamentalmente, interesa considerar las contenidas en carta del 24 d enero de 1994 (cuaderno de pruebas No. 2 folio 536):

"En la denuncia penal presentada observamos como se menciona tangencialmente el nombre de dos empleados de la Fiduciaria Caldas, sin que puede derivarse del análisis de la misma que dichos empleados figuren como sindicados directos de los ilícitos cometidos.

En cuando al ordinal b. en sus literales primero y segundo sobre falsificación y estafa, son apreciaciones que nada influyen para la demostración de actos fraudulentos de los empleados de la Fiduciaria Caldas S.A., bien fuera directamente o en complicidad con actos cometidos por terceros. Además, a la Compañía no se le han presentado pruebas fehacientes sobre la tipicidad de estos delitos que son nuevos hechos por ustedes expresados, y que como lo hemos manifestado en diversas oportunidades correspnde (sic) al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, es decir, que el hecho o hechos cometidos encajen dentro de las diversas coberturas que contempla la póliza."

No tiene razón la institución demandada. El Código de Comercio, art. 1080, es contundente en cuanto que el asegurado puede cumplir las cargas probatorias que le incumben por medios extrajudiciales. Por consiguiente, no puede exigírsele, como *conditio sine qua non* para el reconocimiento de la cobertura que provea un documento de naturaleza judicial: la denuncia criminal. Desde luego, una denuncia criminal bien formulada y sustentada puede, en ciertos casos, aportar sólidos elementos de convicción sobre la realización del siniestro; pero estos mismos resultados pueden lograrse por vías extraprocesales.

Así mismo, como puede ocurrir que los actos deshonestos o fraudulentos no constituyan delito, la formulación de denuncia criminal sería claramente impertinente: haría incurrir al denunciante en responsabilidad penal por el delito de falsa denuncia contra personas determinadas (Código Penal, art. 167).

Por último, no puede exigírsele al asegurado que provea "pruebas fehacientes sobre la tipicidad de estos delitos" por la por la poderosa razón de que la calificación de las conductas dentro del universo de los tipos delictuales es función privativa de la justicia penal. En verdad, las pruebas que el asegurado debe suministrar son las de la realización de actos deshonestos o fraudulentos, constituyan ellos a no delito y sea cual fuere la calificación correcta desde la óptica criminal.

En verdad podría el amparo haberse estructurado de modo tal que sólo hubiese cobertura cuando los eventos dañinos sean delictuales y la responsabilidad penal haya sido demostrada. Pero -como es evidente- ese no fue el riesgo contratado; asumirlo así implicaría desvirtuar el texto de la póliza y desconocer la obligación libremente asumida por el asegurador.

5. base para el cómputo del interés de mora

El compromiso de las partes contendientes, del cual deriva la competencia de este Tribunal, no lo faculta para modificar monto de la indemnización a cargo del asegurador por concepto de la cobertura denominada "infidelidad de empleados". Pero en la medida en que debe establecerse el capital generador del interés moratorio solicitado por el demandante, la revisión de esa cifra resulta inexorable. Así mismo, es necesario tener en cuenta las fechas en que la asegurada recuperó parte de los dineros objeto de la defraudación, tanto como las fechas de pago de la indemnización por la aseguradora. Todas estas cuestiones inciden en la determinación de la sanción que por retardo fijará el Tribunal.

Por último, será menester tener cuenta que, aun cuando tardíamente, el asegurador pagó la totalidad de las suma a su cargo por concepto del amparo que viene examinándose. Estas circunstancia incidirá en la cuantía de la mora.

Acomete ahora el Tribunal el examen de cada una de esta cuestiones.

5.1. Determinación de la cuantía del siniestro

Según la demandante, la defraudación de que fue objeto tuvo un valor de \$413.100.000.00; no obstante, admite que el 8 de marzo de 1994 recuperó \$200.956.042.00 valor éste que fue congelado por orden de la Fiscalía General de la Nación y devuelto a la Fiduciaria (Cuaderno principal, folio 4). A su vez, la demanda considera que la partida últimamente nombrada no constituyó pérdida para la asegurada (Idem, folio 24).

Considera el Tribunal que la razón está de parte de la demandante. La fiduciaria efectivamente entregó las sumas convenidas con los defraudadores con el fin de adquirir unos certificados de cambio que por haber sido robados carecían de valor. Esa entrega se materializó mediante el giro de cheques, las transferencia de fondos y la realización de las inversiones ordenadas por ellos. El informe del ajustador esa contundente al respecto (cuaderno de prueba 2, folio). De este modo, la Fiduciaria padeció una disminución de su patrimonio de cuantía igual a la de las transacciones que consumaron la defraudación. Que una porción de esos recursos haya permanecido dentro de la Fiduciaria carece de importancia porque lo cierto es que ésta, así tuviera los fondos físicamente bajo su control, no vino a adquirir la facultad de disponer de ellos sino cuando se produjo la orden de descongelación por la Fiscalía General.

Lo anterior significa, entonces, que las sumas recuperadas por la demandante como consecuencia de las decisiones adoptadas por la Fiscalía General deben ser tenidas como valores del salvamento del siniestro; no como un menor valor de éste. Desde luego, como cuando la aseguradora estuvo dispuesta a pagar la indemnización tal recuperación ya se había producido, correctamente determinó que sólo estaba obligada a pagar el valor neto resultante, previa sustracción del

deducible que de acuerdo con la póliza debía aplicarse. De lo contrario, la Fiduciaria habría recibido un enriquecimiento carente de causa.

Así pues, para establecer el interés de mora a cargo de la aseguradora se tomará la primera de estas cifras y no la segunda.

5.2. Determinación del deducible

Ambas partes aceptan que el deducible a cargo del asegurado es de \$5.000.000.00. Esta cifra, como ya se dijo, no será modificada por el Tribunal, sin perjuicio de que éste, acudiendo al texto mismo del contrato de seguro, establezca un valor diferente para el sólo efecto de fijar la sanción moratoria.

El documento que recoge según manifestaciones de las partes, el contrato de seguro señaló lo siguiente:

"Que en caso de siniestro amparado por la póliza global entidades financieras se tendrán en cuenta los siguientes deducibles así: Para siniestros mayores de \$75.000.000.00 por evento el deducible que operará será del 10% con un mínimo de \$15.000.000.00" (Cuaderno de pruebas N . 2 folio 498).

De lo anterior se desprende que el monto del deducible debió ser de \$41.310.000.00 no de \$5.000.000.00 como lo acordaron las partes. La primera de estas partidas será tomada en cuenta por el Tribunal para determinar la sanción moratoria.

5.3 Generación de réditos por concepto de los dineros congelados por orden de la Fiscalía que estuvieron en poder de la demandante.

Para acatar las instrucciones de la Fiscalía General, la Fiduciaria dispuso la congelación de \$114.828.995.00 (cuaderno de pruebas No. 1, folio 97). Tal congelación estuvo vigente entre el 11 de junio de 1993 y el 8 de marzo de 1994. Sin que exista ninguna razón jurídica - porque la Fiscalía se limitó a congelar los recursos -, la demandante dispuso que los mismos dejaran de devengar intereses. Desde luego, si tales intereses se hubieran percibido habría disminuido el monto de la indemnización a cargo de la aseguradora y, por esa vía, la sanción moratoria correspondiente.

Para probar el monto de tales réditos, la Compañía de Seguros pidió un dictamen pericial, el cual fue decretado y practicado en los términos planteados por ésta. No obstante, la demandante lo objetó por hallarlo incurso en error grave, consistiendo este en que:

"Los peritos basaron la liquidación de intereses en el cálculo del "costo de oportunidad " de los dineros y no en los rendimientos que efectivamente debieron

producir los recursos depositados en el fondo común ordinario "FIR" administrado por la Fiduciaria Caldas S.A. " (cuaderno principal, folio 261).

No prosperará la objeción por cuanto los peritos realizaron su labor exactamente en los términos que le fueron señalados por la parte solicitante y este Tribunal. Mas como, en efecto, la determinación exacta de los intereses que dejó de causar la Fiduciaria en perjuicio de la Aseguradora cabalmente se determinan suponiendo que los recursos debieron permanecer en donde se hallaban cuando la Fiscalía ordenó su congelación, y hasta cuando esta misma autoridad dispuso liberarlos en favor de la Fiduciaria, el Tribunal decretó, oficiosamente, en audiencia celebrada el día 23 de octubre del año en curso, la prueba necesaria para establecer esta cuantía. Como la Fiduciaria efectuó la liquidación respectiva con tres distintas tasas de comisión para remunerar la gestión de la Fiduciaria (Cuaderno de pruebas No. 1, folios 329 a 331) el Tribunal utilizará la del 9%. En consecuencia, la sanción moratoria a cargo de la Aseguradora se disminuirá en \$18.853.804.oo.

5.4. Determinación de las fechas de salvamento y pago del siniestro

Finalmente, para determinar las sumas que habrán de generar interés moratorio en beneficio de la Asegurada se tendrá en cuenta lo siguiente:

- a) El día 8 de marzo de 1994, la aseguradora recuperó \$200.956.042.oo
- b) El día 20 de abril de 1994, recibió de la aseguradora un pago parcial de \$100.000.000.o
- c) El 20 de abril de 1994 recibió la cantidad de \$125.000.000.oo, mediante compensación convencional con la prima generada por la renovación de la póliza y el día 17 de junio de 1994 la cantidad de \$5.103.642.oo.

Esta secuencia de pagos no es objeto de disputa. Así lo confiesa la demandante (cuaderno principal, folio 4) y lo acepta la demandada (Idem, folio 24).

5.5. Incidencia del pago del siniestro en la sanción moratoria

El art. 1080 del Código de Comercio, modificado por la ley 45/90, art. 83 prescribe en lo pertinente:

"El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago".

Como la indemnización fue de todas maneras satisfecha, aun cuando después de transcurrido el plazo que la ley concede al asegurador, para efectos de la cuantificación de la sanción moratoria es menester establecer cual es la obligación a cargo de éste; su importe es el capital que genera el interés moratorio.

Para el Tribunal la norma transcrita inexorablemente conduce a que la obligación a cargo del asegurador sea la de pagar la indemnización debida. Satisfecha ésta, se extingue la prestación principal y, por ende, mal pueden causarse intereses moratorios. Sin embargo como resulta absurdo que sea indiferente el momento de pago de los intereses moratorios generados por el pago tardío del siniestro, el Tribunal debería imputar los abonos parciales efectuados a la obligación indemnizatoria a los intereses causados en las fechas en que ellos tuvieron lugar, en primer término; y en segundo, al capital constituido por la prestación principal. De este modo, el siniestro no habría sido pagado en su integridad y sobre el saldo insoluto correría los intereses moratorios vigentes al momento del pago hasta cuando éste se realice.

El anterior curso de acción tendría un fundamento legal inequívoco. Según las reglas ordinarias para la imputación de los pagos, los abonos efectuados por el deudor se aplican primero a los intereses pendientes y luego al capital (Código Civil, art. 1653). No obstante, no puede procederse de esta manera porque las partes le han indicado de modo inequívoco al Tribunal que entienden cabalmente pagado el siniestro a cargo del asegurador.

Aun cuando la demanda no lo expresa, de la pretensión formulada se desprende la siguiente mecánica para liquidar los intereses de mora a cargo del asegurador. Sería menester, para efectos de determinar el capital generador del interés penitencial, distinguir entre la situación que precede al pago tardío de la indemnización, y la que se presenta después de que éste se satisface y hasta cuando se cancela la obligación moratoria. Cumplida con tardanza la prestación indemnizatoria hay lugar al pago de interés moratorio. Si este no se cancela simultáneamente con aquella, los intereses ya causados constituyen la obligación a cargo del asegurador que genera intereses moratorios hasta cuando finalmente sea atendida.

No obstante, esta forma de liquidación carece de fundamento legal porque implicaría transgredir las normas que prohíben el anatocismo (Código de Comercio, art. 886).

En estas circunstancias, y para preservar la equidad que debe regir entre las partes, el Tribunal determinará las sumas causadas por concepto de interés en las fechas en que el saldo de la prestación principal fue reduciéndose gracias a las recuperaciones efectuadas por la aseguradora y los pagos parciales efectuados por el asegurador. Tales cifras serán sometidas a ajuste compensatorio por inflación

y devengarán intereses a la tasa del 6% anual desde el día en que ellas se hicieron exigibles hasta cuando sean finalmente satisfechas.

El Tribunal adopta este criterio fundado en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Esta ha dicho que:

"..Tiene definido la jurisprudencia que para los eventos en que se deba restituir una suma de dinero a consecuencia de la declaratoria de la nulidad de un negocio jurídico, su devolución debe ordenarse con ajuste monetario, aun ex-officio, sin que en este último evento, el fallo que así se pronuncie, se resienta de inconsonancia..7

Ciertamente, en esta ocasión la Corte se refirió a las restituciones procedentes en el evento de anulación de un contrato, pero la misma regla debe seguirse en cualquier otro evento en que deba atenderse un obligación dineraria cuyo monto haya sido envilecido por la inflación.

Además, como la sola corrección monetaria apenas alcanza para compensar la pérdida de poder adquisitivo del dinero, pero no abarca la remuneración ordinaria que el acreedor habría obtenido si en tiempo oportuno hubiese recibido las sumas debidas, la condenación a intereses a la tasa de 6% efectivo anual viene a generar la retribución mínima de mercado correspondiente bajo el supuesto de que no existiera inflación.

En el fallo que acaba de memorarse la Corte Suprema condenó al pago de intereses bancarios corrientes además del ajuste compensatorio de la inflación, decisión que fue criticada en el salvamento de voto suscrito por el H. Magistrado Carlos Esteban Jaramillo, quien con toda razón sostiene que esa modalidad de condenación implica un enriquecimiento ilícito para el acreedor. En efecto, la tasa de interés bancario corriente comprende tanto la remuneración adecuada del acreedor como el ajuste necesario para evitar la depreciación del capital. Más adelante el Tribunal retomará este tema.

6. Determinación de la tasa de interés de mora

El art. 1080 del Código de Comercio es de meridiana claridad: el asegurador deberá pagar la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago. Se trata, pues, de una sola tasa para todo los períodos de cómputo; no de varias lo cual hace más fácil pero menos equitativa la liquidación. De otro lado, el interés moratorio máximo es, por disposición del art. 884 del Código de Comercio, el doble del interés bancario corriente.

Como el interés bancario corriente se prueba con certificación expedida por el Superintendente Bancario, el Tribunal allegó de modo oficioso el documento

respectivo (cuaderno principal, folio 225). En consecuencia, el interés moratorio a cargo del asegurador será del 76.36% efectivo anual.

Como de acuerdo con esa misma certificación, el interés que cobran las entidades de crédito por las operaciones de crédito ordinario es en la actualidad del 41.23% anual, el límite máximo del interés convencional es del 61.84%, es decir, un 50% más alto que el primero. Se traen a colación estas cifras porque la Superintendencia Bancaria ha sostenido que "En cuanto al límite máximo de intereses moratorios es preciso tener en cuenta que en el caso de que la tasa establecida para el interés de usura (C.P., art. 235) sea inferior, se tendrá esta última como nuevo límite en materia de intereses".⁸

El Tribunal no comparte el punto de vista de la Superintendencia Bancaria, que es el mismo de Fasecolda⁹. Condenará, por consiguiente a la Aseguradora a pagar una tasa igual al duplo del interés bancario corriente sin ningún límite. Fundamenta esta determinación en las consideraciones que siguen.

El Código Civil, art. 2231, dispone lo siguiente:

"El interés convencional que exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, será reducido por el juez a dicho interés corriente, si lo solicitare el deudor."

Desde luego, la convención sobre interés puede estar referida al interés de plazo, al penitencial o ambos. Pero el contexto al que pertenece esta disposición -el régimen de contrato de mutuo o préstamo de consumo- da a entender que se trata de un interés remuneratorio de plazo.

Esta apreciación puede confirmarse teniendo en cuenta el Código Penal, artículo 235, Modificado por el D. 141/80, art. 1 cuyo texto es el siguiente:

"Usura. El que recibe o cobre directa o indirectamente de una o varias personas en el término de un año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos". (Se ha destacado).

Evidentemente este precepto contiene un límite, cuya superación ha sido erigida como delito, para el interés de plazo o corriente. Nótese que la norma refiere a las operaciones de préstamo; no al interés penitencial o moratorio que gravita sobre el deudor que no ha efectuado el pago oportuno de su obligación.

Un argumento final en pro de la tesis adoptada es el siguiente. Si se asumiera que el interés de mora no puede superar en un 50% al interés cobrado por los bancos en sus operaciones ordinarias, cifra esta que, sin duda, es el límite del interés de plazo, tendríamos que concluir que ambas modalidades de interés tienen uno y el mismo techo. Esta es una conclusión absurda. Conduciría a que el carácter penitencial del interés moratorio desapareciera.

Un autor distinguido anota que la tesis adoptada por el Tribunal goza de numerosos adeptos.

"Adicionalmente, se llama la atención en el sentido de que el ciento cincuenta por ciento de los intereses en los créditos de libre asignación puede terminar siendo inferior al duplo de la tasa de interés corriente, que el artículo 884 del Código de Comercio permite cobrar, con lo cual la norma posterior, de carácter criminal, habría modificado parcialmente la previa del ámbito mercantil, al no permitir, en la medida en que constituye delito, el cobro de intereses por el doble de la tasa corriente certificada, sino hasta el límite en que dicha duplicación no supere el tope establecido en el artículo 235 del Código Penal.

Por último el enunciado de esta última norma habla de cobrar o recibir entre otras cosas, "a cambio de préstamos de dinero", sin especificar, como habría debido hacerse, que se refiere únicamente a intereses remuneratorios, ya que no debería haber abuso sancionable penalmente [sic] cuando quieran que se están aplicando los límites máximos previstos en el artículo 884 del Código de Comercio para el supuesto de la mora. Por tal razón, muchos defienden la tesis, no aceptada por la mayoría de la doctrina penal, consistente en que la referencia al cobro de réditos "a cambio de préstamos de dinero", debe entenderse vinculada solamente a los intereses convencionales, toda vez que los moratorios no derivan únicamente del uso [sic] del dinero, sino también del retardo en su devolución."¹⁰

7. Amparo de costos legales y honorarios de abogado

Sostiene la demandante que Seguros Atlas S.A. no ha pagado la indemnización correspondiente a la cobertura denominada "costos legales y honorarios de abogado", razón por la cual pretende que se le pague la suma de \$35.000.000.00, que es el valor de las expensas en que incurrió por este concepto.

Para resolver este aspecto del litigio es necesario acudir al texto de la póliza (cuaderno de pruebas N 2, folio 513):

"Esta póliza indemnizará al Asegurado por los costos judiciales y los honorarios razonables de Abogados, incurridos y pagos por el asegurado, en la defensa de cualquier juicio o procedimiento legal presentado contra el Asegurado; para imponer responsabilidad al Asegurado por cualquier pérdida reclamo o daño que

constituya para él una pérdida válida y recuperable, sufrida por el Asegurado de acuerdo con los términos de esta póliza."

En la contestación de la demanda y luego en su alegato de conclusiones el apoderado de Seguros Atlas señala que jamás se inicio contra Fiduciaria Caldas S.A. ningún juicio o procedimiento legal. Reconoce que el representante legal de la compañía fue vinculado al proceso penal que se inició con motivo de la defraudación, pero afirma que no puede confundirse para efectos del amparo pactado las personas del asegurado y su funcionario.

El Tribunal comparte ese punto de vista y no accederá a la pretensión de la sociedad demandante.

8. Reembolso de gastos de salvamento

De modo subsidiario, y bajo el supuesto de que no prospere la pretensión de cobertura que acaba de analizarse, la demandante solicita que le sean reembolsadas tales expensas legales con fundamento en el Código de Comercio, art. 1074. Esta disposición dispone, en síntesis, que son de cargo del asegurador los gastos que el asegurado razonablemente haya realizado para evitar la propagación del siniestro y proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

Para resolver esta solicitud debe tenerse en cuenta que la contratación del abogado Bernardo Gaitán Mahecha tuvo por objeto la atención de tareas que no generan gastos reembolsables con el fundamento legal que acaba de expresarse. Así fluye claramente del testimonio de rindió dentro del proceso (Cuaderno principal, folios 162 y ss.).

Está también demostrado que la sociedad demandante contrató los servicios del abogado Luis Alberto Suárez, con quien estipuló honorarios por la suma de \$18.000.000.00 (cuaderno principal, folios 184 a 187). De su declaración se desprende que una porción de sus gestiones estuvo encaminada a prestar a la demandante asesoría en la formulación de su reclamación contra Seguros Atlas S.A.; y que la otra parte de sus esfuerzos tuvo por propósito buscar la recuperación de los fondos cuya congelación había ordenado la Fiscalía General.

Para el Tribunal resulta incuestionable que los honorarios derivados de la primera de sus tareas no son reembolsables pero que, por el contrario, la parte correspondiente a la segunda de ellas debería recaer sobre la sociedad aseguradora. En efecto, las diligencias realizadas ante la Fiscalía con relación a los fondos congelados por esta, tenían el propósito específico de reducir la cuantía de la obligación indemnizatoria del asegurador y así efectivamente ocurrió.

Sin embargo, no hay en el expediente prueba adecuada para distribuir el honorario global entre las dos áreas de actividad encomendadas al abogado Suárez. Por

este motivo, el Tribunal considera razonable la suma de \$3.000.000.00 como valor reembolsable por el asegurador. Así lo dispondrá en la parte resolutive de esta laudo.

Como la cuantía de esta prestación no proviene de la actividad probatoria de la demandante sino del arbitrio del juez, no hay lugar a interés moratorio siempre que el pago se efectúe dentro del término de ejecutoria del fallo.

9. Concurrencia de interés moratorio y ajuste monetario

Bajo el supuesto de que la aseguradora pagó tardíamente las coberturas contenidas en la póliza global como consecuencia de actos de infidelidad cometidos por sus empleados y expensas legales, la Fiduciaria Caldas solicita que, además del interés moratorio establecido en el art. 1080 del Código de Comercio la institución demandada sea condenada a pagar corrección monetaria sobre esas mismas partidas.

El Tribunal no acogerá esta pretensión. El interés de plazo tiene la virtud de remunerar al acreedor según las condiciones normales del mercado, compensarle los riesgos implícitos de la operación y, por último, evitar la erosión del capital que deriva de la depreciación monetaria. En estas circunstancias, siempre y cuando el interés no sea objeto de intervención estatal y exista una mínima transparencia en el mercado, habrá una conexidad inescindible entre el tipo de interés nominal vigente en la economía y el ritmo de incremento en el nivel general de precios. Sencillamente, a mayor inflación corresponde un tipo de interés nominal más elevado.

Como el interés de mora se establece con base en el de plazo, abarca los mismos conceptos que este y, además, penaliza el retardo del deudor en el pago a su prestación.

La corrección monetaria, por su parte, tiene como propósito exclusivo evitar la depreciación de las obligaciones dinerarias, de modo tal que si fuere procedente recaudar, en forma simultánea, intereses de mora y corrección monetaria, el deudor quedaría obligado a pagar dos veces lo mismo y padecería un quebranto patrimonial carente de justificación. Este es el criterio jurisprudencial dominante.¹¹

10. Liquidación de la condena

Procede el Tribunal a efectuar la liquidación de las condenas previas las siguientes consideraciones:

10.1 Valor o cuantía del siniestro \$413.100.000.00 Monto del deducible \$ 41.310.000.00

Base para la liquidación de intereses \$371.790.000.00

10.2 Intereses moratorios:

a) Por la suma de \$371.790.000.00 base para la liquidación desde el 30 de septiembre de 1993 al 08 de marzo de 1994, a una tasa del 76.36%:
\$125.388.656.10

Por la suma de \$170.833.958.00 (suma resultante de deducir de \$371.790.000.00 el abono de \$200.956.042.00, recibido el 08 de marzo de 1994, proveniente de los dineros congelados por la Fiscalía) desde el 09 de marzo de 1994 al día 20 de abril de 1994, a una tasa del 76.36% anual: \$15.219.027.80

10.3 En consideración a que el día 20 de abril de 1994 el saldo por capital era la suma de \$170.833.958.00, pero se recibió la suma de \$230.103.642.60 como abono final, el Tribunal entiende que la Fiduciaria recibió el exceso a título de abono a intereses, es decir, la suma de \$59.269.684.60, la cual habrá de ser compensada oficiosamente.

10.4 Igualmente, se habrá de compensar la suma de \$18.853.804.00, determinadas por el Tribunal como los rendimientos que debieron producir los encargos fiduciarios en poder de la demandante y congelados por orden de la Fiscalía.

10.5 Se condenará a la demandada a pagar una suma de \$3.000.000.00 por concepto de honorarios de abogados destinado a labores de recuperación y salvamento.

10.6 Sobre la suma de \$125.388.656.10 se pagará la corrección monetaria desde el día 8 de marzo de 1994 hasta su pago efectivo, adicionada con interés del 6% anual sobre el saldo final; es decir, una vez calculada la corrección monetaria.

10.7 Sobre la suma de \$15.219.027.80 se pagará la corrección monetaria desde el día 20 de abril de 1994 hasta su pago efectivo, adicionada con intereses del 6% anual sobre el saldo final; es decir, una vez calculada la corrección monetaria.

10.8 Efectuadas las compensaciones mencionadas a los puntos 10.3 y 10.4 se condenará a pagar a título de intereses moratorios la suma de \$62.484.195.30, sin perjuicio de la corrección monetaria determinada en los puntos 10.6 y 10.7.

11. Costas y agencias en derecho

En el contrato de compromiso suscrito por las partes el día 20 de enero de 1995, se acordó que en el respectivo proceso arbitral no habría condena en costas y agencias en derecho, por lo cual así lo dispondrá el Tribunal.

VII PARTE RESOLUTIVA

Este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE:

PRIMERO.- Declárase absolutamente nula la cláusula denominada "CONTROL RECLAMOS" incluida en la póliza del contrato de seguro antecedente de este litigio.

SEGUNDO.- Declárase que Seguros Atlas S.A. realizó tardíamente el pago de la indemnización del siniestro ocurrido los días 17 y 21 de mayo de 1993, el cual dio origen a esta contención.

TERCERO.- Por haber realizado tardíamente el pago del siniestro, condénase a Seguros Atlas S.A. a pagar en favor de Fiduciaria Caldas S.A. la suma de \$62.484.195.30 a título de intereses moratorios.

CUARTO.- Condénase a Seguros Atlas S.A. a pagar en favor de Fiduciaria Caldas S.A., la corrección monetaria certificada por el Banco de la República, sobre la suma de \$125.388.656.10, liquidada desde el día 8 de marzo de 1994 hasta su pago efectivo. Este valor será adicionado con intereses del 6% anual sobre el saldo final; es decir, una vez calculada la corrección monetaria.

QUINTO.- Condénase a Seguros Atlas S.A. a pagar en favor de Fiduciaria Caldas S.A., la corrección monetaria certificada por el Banco de la República sobre la suma de \$15.219.027.80 desde el día 20 de abril de 1994 hasta su pago efectivo. Este valor será adicionado con intereses del 6% anual sobre el saldo final; es decir, una vez calculada la corrección monetaria.

SEXTO.- Condénase a Seguros Atlas S.A. a pagar en favor de Fiduciaria Caldas S.A., la suma de \$3.000.000.00 por concepto de honorarios de abogado originados en labores de salvamento y recuperación del siniestro.

SEPTIMO.- Deniéganse las pretensiones tercera y cuarta de la demanda.

OCTAVO.- Decláranse no probadas las excepciones primera, por las razones expuestas en el capítulo VI, numerales 2 y 4 de este laudo (legalidad de la cláusula control-reclamos, momento de demostración del siniestro); tercera, por las razones expuestas, numeral 8 (reembolso de gastos de salvamento). La excepción sexta no prospera por las razones expuestas en el numeral 5.5 (incidencia del pago del siniestro en la sanción moratoria).

NOVENO.- Decláranse probadas las excepciones segunda, por las razones expuestas en el capítulo VI, numeral 8 de este laudo; cuarta y quinta parcialmente, por las expuestas en el numeral 9 (conurrencia del interés moratorio y ajuste monetario).

DECIMO.- Declárase no probada la objeción al dictamen pericial formulada por la apoderada de Fiduciaria Caldas S.A.

DECIMO PRIMERO.- Sin condena en costas y agencias en derecho.

DECIMO SEGUNDO.- Protocolícese el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JORGE HUMBERTO BOTERO A. Arbitro Unico

JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY Secretario