

LAUDO ARBITRAL

SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMUDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACION

vs.

ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

Bogotá, 30 de agosto de 2002

El tribunal de arbitramento ("Tribunal") constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMUDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACION, parte convocante, en adelante "la Fiduciaria" o la "Convocante" y ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., parte convocada, en adelante "Colseguros" o la "Convocada",¹ profiere por unanimidad el presente laudo arbitral ("Laudo"), por el cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias ("Proceso").

I. Desarrollo del Proceso

A. Fase Prearbitral

± Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 19 de abril de 2001 la Fiduciaria presentó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ("Centro de Arbitraje") un escrito que contenía la convocatoria arbitral ("Demanda")

Formatted: Bullets and Numbering

¹ Bermúdez y Colseguros se denominarán colectivamente como las "Partes", y cada una de ellas será una "Parte".

que dio origen al Proceso.²

La Demanda fue admitida mediante auto del 27 de abril del mismo año, proferido por el Director del Centro de Arbitraje,³ y previo aviso del 11 de mayo de 2001 y edicto emplazatorio, el 5 de julio siguiente se notificó la misma a Colseguros, por conducto de apoderada general.⁴

2- El 19 de julio de 2001, estando en la oportunidad legal para ello, Colseguros, por medio de apoderado especial, dio contestación a la demanda. ⁵

Formatted: Bullets and Numbering

3- Para llevar a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa prearbitral, por auto del 3 de agosto de 2001 el Centro de Arbitraje señaló la hora de las 9:30 a.m. del 15 del mismo mes y año.⁶

Formatted: Bullets and Numbering

En tal fecha y hora, y bajo la coordinación de la Dra. Zulma Yolima Cárdenas Gómez, se llevó a cabo la audiencia⁷, en la que quedó clara la imposibilidad de alcanzar un acuerdo. En esa misma fecha se llevó a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros, en la cual, conforme a la cláusula compromisoria que dio origen a este Proceso, las partes designaron de común acuerdo a los doctores Alejandro Venegas Franco, José María Neira⁸ y José Fernando Torres Fernández de Castro⁹.

Una vez les fue notificada su designación, los tres árbitros manifestaron, por escrito y en forma oportuna, que aceptaban la misma.

² Cdo. Principal No. 1 - Folios 1 - 13.

³ Cdo. Principal No. 1 - Folio 30.

⁴ Cdo. Principal No. 1 - Folio 30 vuelto.

⁵ Cdo. Principal No. 1 - Folios 51 - 76.

⁶ Cdo. Principal No. 1 - Folios 91 - 92.

⁷ Cdo. Principal No. 1 - Folio 93.

⁸ Cdo. Principal No. 1 - Folio 94.

⁹ Cdo. Principal No. 1 - Folio 146.

4- Atendiendo a que la etapa de conciliación fue surtida en este proceso por el Centro de Arbitraje, el Tribunal, por considerar cumplido el requisito legal y habida cuenta que el propósito de la audiencia de conciliación es buscar un acercamiento efectivo entre los interesados (cuya imposibilidad fue patente en este caso) y no agotar un formalismo, se abstuvo de realizar una nueva audiencia con esa finalidad.

Formatted: Bullets and Numbering

5- Por auto del 27 de febrero de 2002 el Centro de Arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal el 6 de marzo siguiente a las 9:00 a.m.¹⁰

Formatted: Bullets and Numbering

En dicha audiencia se profirió el Auto No. 1, en el cual se fijaron los gastos del Proceso y los honorarios de los integrantes del Tribunal. Asimismo, se designó como Presidente al Dr. José Fernando Torres Fernández de Castro y como Secretario al Dr. Antonio Pabón Santander.¹¹

El Secretario tomó posesión ante el Presidente del Tribunal el 3 de abril de 2002.¹²

6- Las Partes cancelaron oportunamente las sumas que le correspondían para cubrir los gastos y honorarios del Proceso.

Formatted: Bullets and Numbering

B. Trámite arbitral

7- Se inició con el Auto No. 2 proferido el 4 de abril de 2002, en el cual, una vez que el Presidente del Tribunal informó sobre la oportuna cancelación de los gastos y honorarios del Proceso, se fijó fecha y hora para la primera audiencia de trámite, la cual tuvo lugar el 8 de abril de 2002, y se desarrolló así:

Formatted: Bullets and Numbering

¹⁰ Cdo. Principal No. 1 - Folio 157.

¹¹ Cdo. Principal No. 1 - Folios 169 - 171.

¹² Cdo. Principal No. 1 - Folio 172.

a- Primeramente, el Tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales, por lo cual se declaró competente para conocer y decidir las diferencias materia del Proceso.¹³

Formatted: Bullets and Numbering

b- En esa misma oportunidad, y por Auto No. 4, fueron decretadas las pruebas del Proceso, accediéndose a la totalidad de las pedidas.

Formatted: Bullets and Numbering

2- Sobre la práctica de las pruebas cabe señalar que:

Formatted: Bullets and Numbering

a- El 9 de mayo de 2002 tuvieron lugar las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las oficinas de Bermúdez y Valenzuela S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa y en las oficinas de la Fiduciaria;

Formatted: Bullets and Numbering

b- El 14 de mayo del mismo año se llevó a cabo el testimonio de Armando García Gómez y la primera parte de la declaración de Luis Fernando Canal Saiz;

Formatted: Bullets and Numbering

c- El 15 de mayo de 2002 tuvo lugar el testimonio de Esperanza Rodríguez Jiménez;

Formatted: Bullets and Numbering

d- El 20 de mayo siguiente se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de Coleseguros y se realizó la exhibición de documentos a cargo de esa misma sociedad;

Formatted: Bullets and Numbering

e- El 7 de junio de 2002 se llevaron a cabo los testimonios de Eudoro Carvajal Ibáñez, de Jorge Carrizosa Serrano y de Augusto Vásquez Vargas; en esta misma fecha el Tribunal ordenó oficiar la Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia de Valores y a la Fiduciaria con el fin de que remitieran una información necesaria para el Proceso y se aceptó el desistimiento del testimonio de Guillermo Hoyos, solicitado conjuntamente por las partes.

Formatted: Bullets and Numbering

f- El 17 de junio concluyó el testimonio de Luis Fernando Canal Saíz.

Formatted: Bullets and Numbering

g- El 15 de julio de 2002 y después de múltiples requerimientos, la convocada remitió los

Formatted: Bullets and Numbering

¹³ Cdo. Principal No. 1 - Folios 177 - 182.

documentos que se había comprometido a enviar, durante la diligencia de exhibición.

h. Por último fueron tramitados todos los oficios decretados como pruebas y sus respuestas se encuentran incorporadas al expediente.

Formatted: Bullets and Numbering

3. Así, pues, el trámite del Proceso se desarrolló en dieciséis (16) sesiones, incluyendo la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron las pruebas solicitadas por las Partes y las decretadas de oficio y se recibieron las alegaciones finales, que fueron expuestas en audiencia por los apoderados de las Partes y resumidas mediante sendos escritos.

Formatted: Bullets and Numbering

4. Por las anteriores razones, amen de que el Tribunal se encuentra dentro del término señalado en la ley para proferir su decisión, no encuentra obstáculo procesal para proceder a ello.

Formatted: Bullets and Numbering

II. Controversia

La síntesis de los hechos presentados por las Partes es como sigue:

A. Demanda

Formatted: Bullets and Numbering

1. El 20 de junio de 1999, la Fiduciaria tomó con Colseguros la Póliza Global Bancaria No. 200000006, la cual tenía una vigencia hasta el 20 de junio de 2000 y cuyos asegurados eran, además de la Convocante, la Financiera Bermúdez y Valenzuela y el Fondo Común Ordinario de la Fiduciaria.

Formatted: Bullets and Numbering

2. Las condiciones generales de esa póliza se estipularon con base en las cláusulas de la póliza internacional DHP-84 y los asegurados se ampararon de los riesgos de infidelidad de empleados, predios, tránsito, falsificación, extensión de falsificación, dinero falsificado y responsabilidad para cajillas de seguridad.

Formatted: Bullets and Numbering

3. El 1 de octubre de 1998 la Junta Directiva de la Fiduciaria designó a César Augusto Vásquez Vargas como su gerente y representante legal, estando entre sus funciones la de manejar directamente el Fondo Común Ordinario administrado por la Convocante y quedando por tanto como el único autorizado para hacer las inversiones de dicho fondo.

Formatted: Bullets and Numbering

4. Por medio de la escritura pública 0020 del 8 de enero de 1999, la Fiduciaria le otorgó poder especial al señor Vásquez para que "bajo su responsabilidad directa y en desarrollo de las operaciones del Fondo" constituyera, cobrara, negociara y renovara títulos valores. Igualmente en el acta de la Junta Directiva de la Fiduciaria No. 083 del 5 de noviembre de 1998 se consignaron los cupos dentro de los cuales el Fondo podía hacer inversiones y se ratificó que el señor Vásquez era el único responsable del mismo.

Formatted: Bullets and Numbering

5. Según la demanda, el 26 de noviembre de 1999 la revisoría fiscal de la Fiduciaria advirtió a la presidencia de un posible conflicto de intereses, pues algunas operaciones del Fondo se estaban realizando a través de la comisionista de bolsa de la que ella era accionista y por cuanto era la comisionista la que estaba impartiendo las directrices de inversión del Fondo.

Formatted: Bullets and Numbering

6. El 21 de febrero de 1998 la presidencia de la Fiduciaria, mediante un memorando interno, le "recordó" al señor Vásquez el mayor grado de responsabilidad que tenía como administrador fiduciario y la facultad de apartarse de las instrucciones del fideicomitente si estas van en contra de la finalidad perseguida por el fideicomiso. En ese mismo escrito, al decir del demandante, se le dieron instrucciones precisas para incrementar las medidas de control interno, entre las cuales estaba el documentar todas y cada una de las operaciones realizadas a través de la comisionista, mediante un cuadro que debía enviarse diariamente por fax a la Fiduciaria.

Formatted: Bullets and Numbering

7. El 28 de mayo de 1999 la sociedad KPMG Peat Marwick de Colombia Ltda - revisora fiscal de la convocante - le informó a la Fiduciaria que el 3 de mayo anterior el Fondo, por intermedio de la comisionista, había realizado "irregularmente" una inversión por \$322.000.000 en CDT's del Banco del Pacífico y de la Corporación Financiera del Pacífico, entidades que además de no tener cupo de inversión aprobado por la Junta Directiva de la Fiduciaria, habían sido intervenidas el mes anterior por la Superintendencia Bancaria.

Formatted: Bullets and Numbering

8. Al decir de la demanda, esa operación fue realizada por el señor Vásquez como único responsable del manejo del Fondo, sin contar con la autorización previa de la Junta de la Convocante y de manera "negligente, desconociendo sus precisas instrucciones" y los controles internos establecidos para tal efecto, en perjuicio de los intereses de la Fiduciaria y de los beneficiarios del Fondo.

Formatted: Bullets and Numbering

9. Conforme a la demanda, para el 3 de mayo de 1999 el señor Vásquez era empleado y representante legal de la Convocante y fue en esa calidad en la que realizó, de manera "fraudulenta" la citada operación, la cual conllevó pérdidas a la sociedad asegurada.

Formatted: Bullets and Numbering

10. En enero de 2000 se pudo establecer que de acuerdo con los soportes contables de la operación, los CDT's sobre los cuales se realizó la inversión comentada eran de El Cóndor S.A. Compañía de Seguros de propiedad de Eudoro Carvajal, accionista de la Sociedad Financiera Bermúdez y Valenzuela S.A. - C.F.C., entidad matriz de la Convocante.

Formatted: Bullets and Numbering

11. Dentro de la oportunidad legal y ante las entidades intervenidas, el liquidador de la Fiduciaria presentó reclamación para ser reconocido como su acreedor, sin que hasta la fecha – según la demanda – se haya podido recuperar la pérdida sufrida, la cual, de recuperarse y al decir de la demanda, "corresponderá a la aseguradora demandada por virtud de la acción de subrogación concedida a su favor por el artículo 1.096 del Código de Comercio."

Formatted: Bullets and Numbering

12. Según la Convocante, la pérdida se encuentra amparada por la póliza global bancaria No. 200000006 expedida por Colseguros, especialmente por lo contenido en sus anexos No. 1 y No. 10.

Formatted: Bullets and Numbering

13. Según la Fiduciaria, de acuerdo con lo establecido en el contrato de seguro y en la ley, y por medio de su corredor AON de Colombia Ltda., dio a la Convocada aviso oportuno de la ocurrencia del siniestro y presentó reclamación formal acompañada de los comprobantes requeridos conforme a la póliza para acreditar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, la cual precisó en \$319.078.860,59.

Formatted: Bullets and Numbering

14. Al decir de la Fiduciaria, ésta tiene pleno derecho a que Colseguros le cancele el valor de la indemnización reclamada junto con sus intereses de mora, por cuanto se acreditaron los requisitos exigidos por el artículo 1077 del Código de Comercio y por cuanto la Convocada no demostró ninguna circunstancia excluyente de responsabilidad, habida cuenta de que hasta la fecha de presentación de la Demanda, la aseguradora no había objetado formalmente la reclamación.

Formatted: Bullets and Numbering

B. Contestación

Formatted: Bullets and Numbering

1. La Convocada, al contestar la Demanda, aceptó algunos hechos como ciertos y aceptó otros como parcialmente ciertos. Dijo no constarle algunos y rechazó otros.

Formatted: Bullets and Numbering

2. Igualmente en ese escrito y conforme a los argumentos de derecho que allí mismo se esgrimieron, propuso las siguientes excepciones:

Formatted: Bullets and Numbering

a. "Inexistencia de la obligación del asegurador."

Formatted: Bullets and Numbering

b. "Inexigibilidad de la obligación"

3. Igualmente empleó Colseguros la Contestación para oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones de la Demanda.

Formatted: Bullets and Numbering

III. **Asuntos sometidos a decisión del Tribunal**

Con apoyo en sus respectivos relatos de los hechos, las Partes solicitaron lo que sigue:

1. La Fiduciaria que se accediera a las siguientes declaraciones:

Formatted: Bullets and Numbering

"PRIMERA: *Se declare que SFBV, tiene derecho a que COLSEGUROS le pague la suma de TRESCIENTOS DIECINUEVE*

MILLONES SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$319.078.860,59) por concepto de la indemnización a su favor por la ocurrencia del siniestro que afectó la Póliza Global Bancaria 200000006, expedida por esta última sociedad, el cual le fuera avisado formalmente desde el día 31 de Marzo de 2.000

"SEGUNDA: Se declare que SFBV acreditó plenamente ante COLSEGUROS, en la forma y tiempo debidos, la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la indemnización reclamada, de conformidad con lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio, según reclamación que le presentó a la aseguradora demandada, debidamente aparejada de los comprobantes previstos en el contrato y en la ley, desde el día 5 de abril de 2.000

"TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLSEGUROS a pagar a SFBV, a la ejecutoria del laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, la suma de TRESCIENTOS DIECINUEVE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$319.078.860,59) por concepto de la indemnización a que tiene derecho por el siniestro que afectó la Póliza Global Bancaria 200000006, expedida por la aseguradora demandada.

"CUARTA: Que se condene igualmente a COLSEGUROS a pagar a FSBV, a la ejecutoria del laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, y sobre la suma de TRESCIENTOS DIECINUEVE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$319.078.860,59) valor de la indemnización a cargo de la aseguradora demandada, desde el día 5 de mayo de 2.000 y hasta la fecha en que el pago de la indemnización se efectúe realmente, el valor de los intereses moratorios que se hubieren causado sobre la misma, los cuales se deberán liquidar a la tasa máxima de interés bancaria que certifique la Superintendencia Bancaria en el momento que se efectúe el pago, aumentada en la mitad.

"QUINTA: Que se condene a COLSEGUROS a pagar todos los gastos y costas del proceso arbitral, incluyendo el valor de las agencias en derecho que se señalen a su cargo."⁴⁴

2- Colseguros que se rechazara todo lo anterior y se condenara en costas a la

Formatted: Bullets and Numbering

Convocante.¹⁵

IV. Consideraciones del Tribunal

La convocante ha erigido su principal pretensión en los siguientes términos:

"PRIMERA: Se declare que SFBV, tiene derecho a que COLSEGUROS le pague la suma de TRESCIENTOS DIECINUEVE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$319.078.860,59) por concepto de la indemnización a su favor por la ocurrencia del siniestro que afectó la póliza Global Bancaria 200000006, expedida por esta última sociedad, el cual le fuera avisado formalmente desde el día 31 de marzo de 2.000'.

Ahora bien, conforme a la descripción de hechos, específicamente, el 19, el cual indica:

"La pérdida sufrida por la SFBV se encuentra amparada bajo los términos de la Póliza Global Bancaria 200000006, expedida por COLSEGUROS, que en su anexo 01, que modificó el amparo de infidelidad de empleados, dispone que la aseguradora indemnizará al asegurado "...PERDIDAS QUE PROVENGAN ÚNICA Y DIRECTAMENTE DE CUALQUER ACTO INTENCIONAL O DOLOSO DE CUALQUIERA DE LOS EMPLEADOS DEL ASEGURADO CON EL PROPÓSITO DE OBTENER UN BENEFICIO PECUNIARIO INDEBIDO PARA SÍ O A FAVOR DE TERCEROS, SOLOS O EN COMPLICIDAD O ASOCIO DE TERCEROS..."; además, el anexo 10 de la misma póliza también dispone que el asegurado tiene derecho a la indemnización con respecto a su responsabilidad civil profesional ante terceros, por cualquier reclamo por " PERDIDA FINANCIERA CAUSADA POR UN ACTO NEGLIGENTE, ERROR NEGLIGENTE U OMISIÓN NEGLIGENTE POR PARTE DE UN EJECUTIVO O EMPLEADO DEL ASEGURADO..."

Se puede estimar que bajo estos dos amparos se consideró por parte de la Convocante, afectada la Póliza Global Bancaria; en cuanto a lo atinente al amparo de infidelidad se pretende entonces que se condene a la aseguradora Convocada a indemnizar por efecto de la realización de actos de infidelidad de empleados; al propio tiempo que ha indicado, como

¹⁴ Cdo. Principal No. 1 - Folio 8.

¹⁵ Cdo. Principal No. 1 - Folio 51.

otra petición, la afectación del amparo de actos negligentes, conforme al anexo 01.

La Convocante fundamenta los hechos de sus pretensiones en actuaciones sucedidas durante los días 25 de marzo, 3 y 13 de mayo del año 1999, los cuales entiende concomitantes con el riesgo asegurado previsto en la póliza de seguro distinguida con el número 200000006, expedida por la Convocada, esto es que, a su juicio, hubo realización del riesgo asegurado, a efectos del artículo 1077 del Código de Comercio y que, en tal virtud, es admisible legalmente el pago de la correspondiente indemnización. Por tanto, en primer lugar, será menester que el Tribunal efectúe algunas precisiones respecto del alcance del riesgo asegurado previsto en la condición primera de la póliza de seguro, modificada por el anexo 01 de las condiciones especiales de la misma, el cual es del siguiente tenor:

"Pérdidas que provengan única y directamente de cualquier acto intencional o doloso de cualquiera de los empleados del asegurado cometidos con el propósito de obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o a favor de terceros, solos o en complicidad o asocio de terceros."

La Convocante ha señalado también que se ha visto afectada la póliza global bancaria por el amparo de responsabilidad civil profesional, del cual también será indispensable efectuar precisiones en relación con su alcance, en aras de la necesaria congruencia de la presente providencia y sin perjuicio de la ponderación de la acumulación de pretensiones.

Siendo lo primero, entonces, la delimitación del alcance de la cobertura de infidelidad de empleados, este Tribunal así lo abordará, para luego evaluar el amparo de responsabilidad civil profesional, luego de lo cual cotejará la conducta de los hechos sucedidos descritos en la Demanda, para determinar si hay o no concomitancia de tales hechos con el riesgo asegurado previsto en la póliza (anexo número 01), ya varias veces descrito en el presente proveído.

CONTENIDO DEL AMPARO DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS

Formatted: Bullets and Numbering

1.1. Descripción de la cobertura

Ciertamente el amparo tradicional de infidelidad de empleados contiene elementos que lo hacen parecer en ocasiones impreciso, por la amplitud de las acepciones que pueden surgir de sus requisitos fundamentales, como lo son la actuación deshonesto o fraudulenta, lo que se explica por corresponder a nociones y redacciones propias de legislaciones foráneas, en particular la inglesa. El Tribunal verifica que se pactó de manera expresa la sustitución de la cobertura original, o si se quiere básica, indicada en la condición primera de la póliza, por la prevista en el anexo 01, que evita abordar el asunto relativo a deshonestidad o fraude y destaca el propósito buscado por el empleado de procurar un beneficio pecuniario indebido para sí o para un tercero.

Por mandato de los artículos 1618 y 1621 del Código Civil, en armonía con el artículo 823 del Código de Comercio, a las palabras vertidas en contratos ha de dárseles su interpretación natural y obvia; así de conformidad con la definición de la póliza, en particular el anexo 01, respecto de los actos cometidos sólo o en confabulación con otros por los cuales se brinda cobertura al tomador como persona jurídica patrono del empleado, la conducta de éste ha de ser manifiestamente intencional dirigida a obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o a favor de terceros, sólo o en complicidad o asocio de terceros. El empleo de adjetivos calificativos (intencional o doloso) respecto de la conducta humana, la del empleado, denota expresa exigencia contractual y así la relación de causalidad deviene con singular exigencia.

Se trata fundamentalmente de establecer el significado de actos "*intencionales*" o "*dolosos*" y, a continuación, de dilucidar la calificación de la conducta descrita en el libelo de demanda frente a tal descripción y, en adición, cotejarlos frente al propósito de obtener un beneficio pecuniario, a propósito de lo cual debe establecerse que "*intencional*" o "*doloso*" son nociones autónomas de su acepción penal, por lo menos frente al juez de derecho privado, como en el presente caso, pues la incorporación de los mismos en descripciones penales atiende precisos requisitos, derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado, al paso que tales nociones en contratos mercantiles, como el de seguro, corresponden a nociones más amplias, esto es, ajenas a la rigurosa descripción del respectivo tipo penal. Lo anterior resulta útil a efectos de indicar que el riesgo asegurado pactado en la póliza no exige, por ejemplo, la existencia de una sentencia proferida por la jurisdicción penal en virtud de la cual

se resuelva que empleado o empleados del patrono asegurado hayan de ser declarados como responsables de actos intencionales o dolosos cometidos con el propósito de obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o a favor de terceros; luego la labor de análisis de la conducta de los empleados del patrono asegurado seguirá tales parámetros. Además, en el presente caso, una cosa es el monto de la operación que el Convocante entiende como intencional o dolosa y otra la pérdida efectiva resultante de dichas operaciones, si la hubiere habido, para el tomador asegurado.

1.2. Descripción de los requisitos

1.2.1. Adviértase, que se exige la activa participación de un empleado, situación que en el caso analizado sometido a decisión del Tribunal no ha generado discusión alguna, pues se tiene claro que de quien se predica la conducta intencional o dolosa fue empleado del asegurado para la época de las operaciones que habrían generado pérdida; este aspecto por lo pronto resulta pacífico.

1.2.2. Se requiere un acto intencional o doloso, en la versión de riesgo asegurado pactada en el anexo 01 de la póliza materia de controversia, conforme a la póliza DHP/75, aspecto sobre el cual - a juicio del Tribunal - los mismos suponen una actuación que prescinde de la sujeción a la rectitud, a la buena fe, a la honestidad, a la probidad. Constituyen expresiones de una conducta torva, guiada por el ánimo de generar pérdidas para el patrono y consecuentes ganancias o indebidos lucros para sí o para terceros. Porque sólo es la conducta humana hábilmente desplegada con el inequívoco fin de lucrarse, a expensas indebidas del patrimonio del patrono, que sea capaz de generar pérdida, aquella a la cual se le provee cobertura en virtud del amparo de infidelidad de empleados, tal y como se encuentra descrito en la póliza que nos ocupa.

Es aceptado por doctrina nacional y extranjera que la prueba de la intención puede aparejar algunas dificultades, pero también lo es que como resultado de una apreciación global de las pruebas aportadas y rituadas en el proceso, pueda

evidenciarse sin equívoco alguno una conducta del empleado dirigida expresamente a procurar un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero. Ese beneficio propio, como lucro indebido, provocado por el detrimento patrimonial del tomador asegurado, bien puede ser difícil de acreditar, pero igual puede ser elemento de la violación sistemática de normas básicas de ejercicio del objeto social del tomador asegurado o de sus reglamentos de operaciones, siempre que existan elementos objetivos que permitan demostrar un lucro en el patrimonio del empleado, como modificaciones de sus condiciones habituales de comportamiento social, sobreviniente adquisición de bienes o también el beneficio de terceros.

1.2.3. Se requiere, además, que la pérdida provenga de un acto cometido sólo o en complicidad o asocio de terceros; se tiene, entonces, que debe mediar una intención en la cual el empleado procure irrogar la pérdida al patrono asegurado, designio criminoso que bien puede ser el resultado de una acción solitaria o en concurrencia con un tercero; así, entonces, el cumplimiento de instrucciones o indicaciones impartidas a los empleados por funcionarios (empleados o trabajadores) de instancias superiores de las organizaciones frente a requerimientos de constatación de determinadas operaciones, para que sean eficaces respecto del riesgo asegurado, implican forzosamente, a efectos de la descripción de la cobertura, un requisito de complicidad o asocio que, al igual que en el aspecto precedente, su entendimiento natural supone un comportamiento cooperativo, constructivo o colaborativo orientado al logro de un fin, en este caso, de irrogar pérdida al asegurado patrono; en otras palabras, no es actuación cómplice o "en asocio" de procurar un logro fraudulento el cumplimiento de instrucciones administrativas que, con prescindencia de atención de requisitos por parte de quien las imparte, las realiza aquel que las debe ejecutar, como empleado de la entidad asegurada. Lo anterior para significar que la complicidad supone un comportamiento concurrente, orientado por un designio común, en procura de un específico propósito defraudatorio, para los alcances del riesgo asegurado materia de análisis.

1.2.4. De suerte pues que la conducta del empleado para que sea concomitante con la de la cobertura ha de ser el resultado de un cúmulo de circunstancias tales como que haya

violación de exigencias básicas para la realización de operaciones, la eliminación de información, la supresión de registro, que no se trate de inadvertencia o descuido o de poco peligroso aprovechamiento de confianza de empleado nuevo o principiante sino, ante todo, de una operación artificiosa, incurra en una estrategia global articulada de lucro personal del empleado o en beneficio de terceros; significa lo anterior que en presencia de notables omisiones como la carencia de surtir trámites ante instancias superiores para efectuar determinadas operaciones, la mayúscula prescindencia de apego o sujeción a los manuales de operaciones o reglamentos de créditos, el ocultamiento de información frente a accionistas, directores, otros administradores y autoridades de supervisión, tales circunstancias además han de acompañarse con el acreditamiento del beneficio pecuniario personal para sí o a favor de terceros, indicando que la propia sociedad tomadora no se entiende como tercero, y a lo anterior se agrega que si se menciona la participación de terceros, su comportamiento, su conducta ha de ser inequívocamente con ánimo colaborativo en el logro del fin defraudatorio.

1.3. El riesgo en una póliza global bancaria de infidelidad y riesgos financieros

Habilitado primero por la ley 35 de 1993 y complementado luego en virtud de la ley 389 de 1997, el riesgo descubrimiento es propio de las pólizas globales bancarias, como aquella que sirve de causa a la controversia sometida a la decisión de este Tribunal.

El riesgo asegurado, que lo sea bajo la modalidad de descubrimiento, supone que su realización sea desconocida para el tomador asegurado. Estima el Tribunal que en el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento la incertidumbre se concreta en el desconocimiento de eventos patrimoniales adversos, lo que además sería materia de expresa declaración en la solicitud de seguro, a efectos de lo previsto en el artículo 1058 del Código de Comercio. No escapa al entendimiento del Tribunal que, en oportunidades, la fecha de descubrimiento de circunstancias que supongan realización del riesgo asegurado puede ser fácilmente identificable, pero que hay otras en las cuales puede mediar un proceso, más o menos amplio, *“en donde primero nace la sospecha, va creciendo y finalmente llega al límite*

*de la certidumbre*¹⁶. Cuando quiera que las "sospechas" configuren hallazgos significativos de posibles pérdidas es necesario que se proceda a su información como elemento del estado del riesgo a la entidad aseguradora, en la etapa de formación del contrato de seguro.

En el asunto sometido a decisión del Tribunal los hechos por los cuales se reclama sucedieron los días 25 de marzo y el 3 y el 13 de mayo de 1999 teniendo que se expidió el contrato el 18 de julio de 1999 y en la respectiva póliza distinguida con el numero 20000006, allegada al proceso como fundamento de la causa petendi, en particular en su anexo número 01, se previó como fecha retroactiva al 20 de mayo de 1998 (numeral 2) y, adicionalmente, se incorporó la cláusula de limitación del descubrimiento, vertida en el anexo 09, conforme al cual no surge responsabilidad de la póliza por reclamos "*emanados de circunstancias u ocurrencias conocidas por el asegurado, con anterioridad al establecimiento de esta póliza, y que no hayan sido comunicados a los suscriptores al momento de la contratación*".

Corolario de lo anterior constituye también el mencionado aspecto, asunto por dilucidar y resolver para este Tribunal, a efectos de la incertidumbre del riesgo y, por ende, de la admisibilidad legal del aseguramiento como hecho incierto de los eventos que se descubran durante la vigencia o, por el contrario, de la existencia de riesgo como certidumbre y, en tal virtud, predicable la inexistencia de relación contractual (artículo 1045 del Código de Comercio).

Aun cuando la redacción del mencionado anexo bien ameritaría una modificación para facilitar su entendimiento, lo cierto es que allí se incorpora como estipulación contractual específica, la consideración conforme a la cual los hallazgos de pérdidas o las circunstancias patrimonialmente adversas han de ser informadas al asegurador, no sólo en obsequio de un adecuado conocimiento de las circunstancias que rodean el estado del riesgo sino, ante todo, para que el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento mismo que prevé la póliza, sea incierto y se predice futureidad respecto de su percepción por el conocimiento humano, esto es, que su descubrimiento sea futuro.

¹⁶ Traducción libre del artículo Discovering infidelity - What is the date of discovery under a fidelity policy? en D. J. Freeman Insurance Review, September 2001.

Para tal propósito el Tribunal tendrá en cuenta la solicitud de seguro, si la hubiere y también las diferentes pruebas recaudadas en el período pertinente del trámite arbitral.

Debe precisarse que el anexo que se comenta, cláusula de limitación del descubrimiento, es una particular forma de estipulación contractual que reitera la obligación legal, propia del cumplimiento del deber de información, de advertir acerca de la carencia de eficacia vinculante respecto de hechos sucedidos con anterioridad a la iniciación de vigencia del contrato de seguro, de los cuales haya conocimiento por parte del tomador asegurado.

Sirva lo anterior para destacar, como estima debe hacerlo el Tribunal, que el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento ha de atender a los requisitos de futureidad e incertidumbre que, como atributos esenciales, señala el artículo 1054 del Código de Comercio al riesgo genéricamente concebido, para que sea admisible como asegurable en un contrato de seguro. De suerte que eventos cuya ocurrencia material haya sucedido con anterioridad a la iniciación de la vigencia del contrato de seguro, que sean conocidos por el tomador, han de ser informados al asegurador, pues sólo cuando son desconocidos para el tomador adquiere eficacia el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento, al concretarse la incertidumbre legalmente exigida. En otras palabras, el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento no exceptúa la atención y cumplimiento de los requisitos de futureidad e incertidumbre impuestos por la legislación colombiana (artículo 1054 del Código de Comercio) ni tampoco por la foránea¹⁷.

1.4. El riesgo asegurado en el anexo de responsabilidad civil profesional

En el aseguramiento de las operaciones y responsabilidades de la empresa financiera, es habitual que se tomen tres (3) coberturas: (i) la global bancaria que incluye el amparo de infidelidad de empleados, (ii) la de responsabilidad profesional que bien puede ser autónoma

¹⁷ INSURANCE LAW IN LATIN AMERICA, DAC, Seminario organizado por DAC y el Lloyd's en Londres, junio 2001.

o independiente respecto de la primera y (iii) las coberturas específicas que demande cada entidad o que deba acreditar.

Debe indicarse que las coberturas de responsabilidad profesional y de infidelidad de empleados son diametralmente opuestas, pues en la primera se verifica un comportamiento fundado en la negligencia, en un error u omisión negligente por parte de un empleado del asegurado, al paso que en la segunda se demanda, como se describió precedentemente, la concurrencia de determinados requisitos alrededor de la intención; por lo menos, así lo exige el anexo 01 de la póliza que se analiza.

Con prescindencia de lo relativo a la acumulación de pretensiones, lo que se analizará en su momento, debe indicarse que un acto intencional o doloso, en los términos de la cobertura contratada, excluye forzosamente un acto negligente, por aplicación de la característica de la indivisibilidad o incompatibilidad de los actos humanos.

En efecto, desde una perspectiva puramente conceptual, un acto humano está compuesto por tres presupuestos, causa, voluntad y forma, elementos que vistos desde una óptica jurídica, han sido interpretados por parte de **CARNELUTTI** al indicar que son fin, intención y actuación, correspondiendo así a tres aspectos: (i) el teleológico, (ii) el psicológico y (iii) el fisiológico del acto; es así como este doctrinante establece que "*Mientras no existe más que el fin, el acto es simplemente algo futuro o, en otros términos, posible; cuando al fin se añade la intención, como la semilla se desarrolla en la flor, aunque el acto no existe todavía in rerum natura, sin embargo está in mente hominis, lo que constituye un puente de paso entre la posibilidad y la existencia, y entra así en la realidad*"¹⁸; al propio tiempo que **ARTURO ALESSANDRI** señala que "*La intención, según el sentido natural y obvio de esta palabra, es la determinación de la voluntad hacia un fin, el deseo de ver realizada una determinada consecuencia*"¹⁹. Es así como todo acto humano requiere una intención; ahora bien las intenciones de las actuaciones de los seres humanos pueden revestir diversas

¹⁸ CARNELUTTI, F. Teoría General del Derecho. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955. p. 324-326.

¹⁹ ALESSANDRI, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. Ed. Ediar. Chile 1963. p. 163.

modalidades, y es así como surgen conceptos tales como el dolo, el cual, conforme a la doctrina, se entiende que se presenta "(...) cuando el autor del hecho u omisión obra con el propósito deliberado de causar daño, cuando el móvil de su acción o abstención, el fin que con ella persigue es precisamente dañar a la persona o propiedad del otro. Si el autor del hecho o la omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debía originar el daño, no hay dolo"²⁰; es así como se entiende el dolo como la intención de dañar, misma noción prevista en la legislación positiva colombiana, de tal suerte que aun cuando existe una intención, pero no es de causar algún tipo de perjuicio, no estaremos en presencia de una conducta dolosa del sujeto.

En cuanto a la culpa es importante advertir que se ha considerado como "un error de conducta, [que] supone descuido, imprudencia, negligencia, falta de precaución, atención o vigilancia, inadvertencia, omisión de aquellos cuidados que la prudencia requiere o hace necesarios (...) En otros términos, hay culpa cuando no se obra como debiere, cuando no se hace lo que hubiera debido hacerse"²¹; es así que, a diferencia del dolo, en primer lugar no se presenta intención alguna de dañar, razón por la cual es claro que la apreciación de la conducta del sujeto es en abstracto y no en concreto, ya que es necesaria la comparación de la conducta del autor y la que habría atendido un hombre prudente; en adición, se debe concluir que el hecho de que la intención no sea de causar un perjuicio no impide considerar que dicho sujeto tuviere intenciones en la realización de sus conductas, como la de cumplir su deber pero utilizando medios descuidados o negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones.

Quedando así, entonces, claro que la consideración de entender un acto como intencional es **abstracta** y dota a los hechos de los caracteres necesarios para considerarlos como actos humanos, en todo caso las intenciones de los seres humanos pueden ser de diversa condición, de diversos tipos, lo cual **concreta** el tipo de intención perseguido por parte de

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem. P. 172.

los individuos, configurando así la posibilidad de dictar juicios de valor sobre las mismas e incluso llegar a sancionarlás, esto es aún mas claro si se evidencia que en doctrina especializada, tal y como es el caso de **CARNELUTTI**, se modifica el término de "*voluntad*" por el concepto "*intención*", para concretar así que ésta como tal no puede ser evaluada para emitir juicios, hasta que se verifique qué tipo de intención se tenía al realizar dicho acto; es por ello obvio que todos los actos humanos son intencionales, y en lo que se varía es en la forma, el modo, el tipo de intención, entendiéndose así la intención como uno de los presupuestos de la actuación humana, mas no el tipo de intención que se tenga al realizar determinado hecho.

Ahora bien, la intención de causar daño, lo cual se entiende como "dolo" no puede coincidir en un mismo sujeto con la intención de no causar daño; considerar lo contrario sería incluso llegar al absurdo de considerar que lo que es puede no ser, situación ésta que se presenta en los hechos en los cuales se actúa erradamente; precisamente la consideración de error²² conlleva en sí misma una no intencionalidad de causar perjuicios con dicha acción, toda vez que la intencionalidad de causar perjuicios requiere la puesta en disposición de medios para el logro de dicha intención, lo que no acontece en el presente caso.

Lo anterior para significar que, a juicio del Tribunal, el acto por el cual se reclama es intencional y doloso, según el adjetivo calificativo empleado en la cobertura contenida en el anexo 01, o el acto es negligente. Corolario de lo cual el acto ha de ser lo uno o lo otro, pues el amparo de infidelidad de empleados demanda intencionalidad y dolo, al paso que el anexo de indemnización profesional requiere negligencia y las dos nociones, como se advirtió, si bien modalidades de la actuación humana, resultan excluyentes.

2. ANALISIS FACTICO Y PROBATORIO

Como se advirtió atrás, mediante el amparo de infidelidad de empleados se cubren "las

²² Tan es así que la tendencia foránea al definir "Wrongful act", lo establece como "**Wrongful Act** means any actual or alleged act, error, omission, misstatement, misleading statement, neglect or breach of duty..."

pérdidas que provengan única y directamente de cualquier acto intencional o doloso de cualquiera de los empleados del asegurado con el propósito de obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o a favor de terceros, solos o en complicidad o asocio de terceros."

La Fiduciaria sustenta su reclamación en varias consideraciones, que se pueden resumir en la imputación que se le hace al señor gerente y representante legal de la Fiduciaria de haber realizado varias operaciones de bolsa, *"sin autorización previa de la Junta Directiva de la SFBV, en forma negligente, desconociendo sus precisas instrucciones, y en abierta violación a los cupos de inversión autorizados por ella."*, desconociendo los controles internos establecidos, en perjuicio de los intereses de la propia sociedad fiduciaria y de los beneficiarios del FIV, sobre la base de que *"fue él quien (...) realizó fraudulenta, negligente y deshonestamente la mencionada operación de inversión en las entidades intervenidas que condujo a las pérdidas causadas a la sociedad asegurada."* (Hechos 14, 15 y 16 de la Demanda). Señala, asimismo, la Fiduciaria, que los títulos adquiridos por ella *"resultaron ser de propiedad del Sr. Eudoro Carvajal, quien, a su turno, para esa época figuraba como accionista de la Sociedad Financiera Bermúdez y Valenzuela S.A.-C.F.C, entidad matriz de la SFBV"* (hecho 17).

Las consideraciones anteriores fueron luego reiteradas por el apoderado de la Fiduciaria en el escrito de conclusión, en el que expresamente se afirma que *"se produjo un beneficio pecuniario indebido a terceros (La compañía de Seguros Cóndor S.A.)"*.

Son varios los requisitos que contempla la referida cláusula para que obre el amparo:

- 1- Que exista una pérdida patrimonial.
- 2- Que tal pérdida provenga, única y directamente, de actos intencionales o dolosos.
- 3- Que el acto haya tenido el propósito de obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o a favor de terceros.
- 4- Que el acto haya sido cometido por empleados del asegurado obrando solos o con la

Formatted: Bullets and Numbering

complicidad o asocio de terceros.

Examinadas las circunstancias que rodearon el presente caso, para el Tribunal es incuestionable que no se dan los supuestos para la aplicación de la cláusula.

Reiterando lo ya expresado previamente en materia de actos culposos, entendiendo por tales los provenientes de negligencia o de la falta de diligencia o cuidado en el obrar, no son equiparables a los actos intencionales o dolosos, como pacíficamente es aceptado por la doctrina. Mientras en la culpa hay falta de cuidado o diligencia, negligencia o descuido, en el dolo, por el contrario, hay un propósito deliberado o intención de causar un daño a otro, sea a la persona misma o a sus bienes o patrimonio. De ahí que no resulte apropiado endilgar a la conducta del gerente de la Fiduciaria el calificativo de negligente y al mismo tiempo el de fraudulenta y deshonesto. Es lo uno o lo otro.

Para el Tribunal es claro que la conducta del señor Vásquez no puede ser tildada de intencional o dolosa, y tampoco que haya sido cometida por él para obtener un beneficio económico para Seguros Cóndor, por las siguientes razones, que derivan de lo que aparece probado en el expediente:

1. La operación de compra de los títulos se gestó, no por su iniciativa, sino por la de la sociedad comisionista de bolsa y, concretamente, de la señora Esperanza Rodríguez, gerente de la misma, miembro de su junta directiva y esposa del señor Jorge Carrizosa, a la sazón asesor de la Fiduciaria.

Formatted: Bullets and Numbering

2. Está probado que el señor Vásquez se opuso inicialmente a la compra de los títulos, por no tener autorización para invertir en ellos, como lo admite la misma señora Rodríguez en su testimonio (folios 267 y 269 del cuaderno de pruebas No. 1). De otra parte, en él (folios 265 y 269 del cuaderno de pruebas No. 1) y en el testimonio del señor Jorge Carrizosa se aprecia que, a éste último, le fue consultada la operación, quien a su vez la consultó con uno de los miembros de la junta directiva, luego de lo cual recomendó realizarla, lo que efectivamente ocurrió (folios 288, 289, 292 y 296 del cuaderno de pruebas No. 1). Incluso del testimonio del señor Jorge Carrizosa Serrano se infiere que el señor Vásquez *"compró eso sin intención*

Formatted: Bullets and Numbering

de hacer daño, no creo que haya tenido la intención de hacerle mal a nadie, mucho menos al Fondo” (Ibídem literal c-. del numeral 4 ulterior).

Entiende el Tribunal, a partir de las pruebas rituadas que, en realidad, lo que hubo en el presente caso fueron operaciones celebradas los días 25 de marzo y el 3 y el 13 de mayo de 1999, por el señor César Augusto Vásquez Vargas, que como gerente del fondo común ordinario de la Convocante, hoy en liquidación, se negó en un primer momento a efectuar la operación, no obstante lo cual un asesor en tal época de la junta directiva, el señor Jorge Carrizosa Serrano, a expresa instancia de la representante legal de una sociedad comisionista de bolsa, dispuso, invocando inminente aprobación de la Junta Directiva de la sociedad fiduciaria, que a la postre no se dio como sí - por parte de la misma - reparos a tal operación, su perentoria realización, a lo que accedió el señor César Augusto Vásquez Vargas, sin que surja con la realidad que demanda el análisis de la prueba, elemento alguno que indique asocio o complicidad entre Vásquez Vargas y Carrizosa Serrano, respectivamente ejecutor y determinador o incidente de la decisión. Adviértase, adicionalmente, que la sociedad comisionista de bolsa, dirigida por la señora Esperanza Rodríguez Jiménez, quien afirmó ser esposa del señor Carrizosa Serrano, era empleada por el fondo común ordinario de la sociedad fiduciaria para diversos menesteres propios del desarrollo de su objeto social, pero fundamentalmente le prestaba (al fondo común ordinario de la sociedad fiduciaria) servicios de medición de riesgo respecto de los títulos que procuraba adquirir el fondo administrado por la sociedad fiduciaria.

Luego de lo anterior, la Superintendencia Bancaria dispuso la toma de posesión de los emisores de los títulos adquiridos por el fondo común ordinario, riesgo de insolvencia ajeno a la cobertura del seguro global bancario tomado por la sociedad fiduciaria, que lo tuvo a bien registrar como pérdida en su contabilidad meses después y sólo a partir de específico requerimiento, en tal sentido, de la Superintendencia Bancaria. Es decir, que el conocimiento de la operación fue objetivo, como la ulterior insolvencia del emisor, al paso que su registro fue subjetivo, pero a instancia de entidad supervisora.

Aprecia el Tribunal que la bifronte representación legal de la sociedad fiduciaria, ejercida

una por el señor César Augusto Vásquez Vargas en lo relativo al negocio fundamental de la sociedad fiduciaria (el fondo común ordinario) y, en la práctica, otra residual o marginal, pero nominalmente la principal, a cargo del señor Luis Fernando Canal Saiz, propiciaba también la ingerencia decisiva del factor real de decisión, el asesor de la junta directiva, señor Jorge Carrizosa Serrano, reputado por su respetabilidad al interior de la organización, pero extraño funcionalmente a las tareas estatutarias de la sociedad fiduciaria.

Entiende el Tribunal que en las sociedades el poder directivo es una institución de encrucijada, como lo describe la doctrina en materia de sociedades²³, que adquiere por lo demás diversas manifestaciones e incluso un particular carácter, como en el presente caso, pero tales situaciones permiten comportamientos generados, con rapidez e inmediatez desusada, como la operación descrita que, en rigor, por lo menos desde la actuación del señor César Vásquez, empleado de la sociedad fiduciaria, no es "intencional o doloso", como se indicó en testimonios en el trámite arbitral (folio 293 del cuaderno de pruebas No. 1) pero como además surge de la valoración integral del plenario probatorio, al paso que de la del señor Jorge Carrizosa Serrano, funcionalmente asesor de la junta y real poder decisorio, incidente en la gestión y administración junto con la representante de la sociedad comisionista de bolsa, como consistentemente lo acreditan las pruebas, representa la carencia de disociación entre dirección real, propiedad accionaria de la sociedad fiduciaria y la comisionista de bolsa y cumplimiento de controles, sólo que en este caso la operación genera pérdida por la sobreviniente insolvencia del emisor.

3- La junta directiva de la Fiduciaria había dispuesto que los cupos de inversión en las entidades financieras se establecieran siguiendo la metodología dispuesta por la sociedad comisionista de bolsa, sin que la misma junta hubiese definido los cupos. A su turno la comisionista, con periodicidad trimestral, definía esta metodología, y, en todo caso, frecuentemente hacía reuniones con la Fiduciaria para comunicarle toda la situación de las

Formatted: Bullets and Numbering

²³ VALDES DAL- RE, en "Poder directivo, contrato de trabajo y ordenamiento laboral" en "Relaciones laborales", Madrid, I-93, páginas 26 a 32. Cfme. DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José Fernández en "El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima"; Comares Editorial, Granada, 1998.

entidades financieras (folio 270 del cuaderno de pruebas No. 1), pero sin existir un procedimiento claro o formal de información. La comisionista de bolsa no sólo era la que definía la metodología sino la que gestionaba buena parte de las operaciones de tesorería de la Fiduciaria.

Sin embargo, el hecho de haberse procedido a adquirir los títulos pretermitiendo los cupos de inversión encuentra explicación, sin duda, en la notable influencia que el señor Jorge Carrizosa ejercía hacia al interior de la sociedad. En efecto, si bien su cargo era el de asesor, de los testimonios recogidos resulta evidente que, en la práctica, era quien tomaba las decisiones fundamentales y asistía a las reuniones de junta directiva, a las cuales, por cierto, normalmente no asistía el señor Vásquez. Especialmente ilustrativo a este respecto es el testimonio del doctor Luis Fernando Canal Saiz, quien ostentaba también la condición de representante legal de la Fiduciaria, según el cual el doctor Carrizosa Serrano *"le pedía cuentas a todo el mundo de todo y el que no le rindiera cuentas se iba de la compañía, así de fácil."*, *"era como el verdadero presidente"*, *"era el que mandaba"* (folios 252 y 255 del cuaderno de pruebas No. 1). Por otro lado, según se desprende del testimonio del señor Canal, no fue ésta la única vez que, por instrucciones de Jorge Carrizosa Serrano, se hicieron operaciones no autorizadas (folio 255 del cuaderno de pruebas No. 1).

4. De otra parte, no existe prueba alguna que permita inferir que la operación fue hecha con la intención de obtener un beneficio pecuniario para Seguros Cóndor.

Formatted: Bullets and Numbering

a. En efecto, lo primero que debe señalarse es que fueron varias las operaciones de compra de títulos, y sólo uno de ellos pertenecía a Seguros Cóndor.

Formatted: Bullets and Numbering

b. En segundo lugar, las referencias existentes en el expediente no son indicativas de contactos existentes entre el señor Vásquez y el señor Eudoro Carvajal, accionista de Seguros Cóndor, sino, por el contrario, de vínculos cercanos entre éste último y Jorge Carrizosa y Esperanza Rodríguez, como se aprecia en el testimonio del señor Luis Fernando Canal (folio 242 del cuaderno de pruebas No. 1). De hecho, se observa en el testimonio de la señora Rodríguez que ella intermedió personalmente en la venta de los títulos (folio 267

Formatted: Bullets and Numbering

del cuaderno de pruebas No. 1).

6. El mismo Jorge Carrizosa afirma que el señor Vásquez "*compró eso sin intención de hacer daño, no creo que haya tenido la intención de hacerle mal a nadie, mucho menos al Fondo.*" (folio 293 del cuaderno de pruebas No. 1), y tampoco de su testimonio puede inferirse la existencia de acuerdos entre los señores Vásquez y Carvajal (folio 297 del mismo cuaderno).

Formatted: Bullets and Numbering

5. La operación de adquisición, por parte de la Fiduciaria, de los títulos expedidos por las entidades que luego fueron objeto de intervención fue realizada con el lleno de los requisitos establecidos al efecto. Las operaciones fueron realizadas los días 25 de marzo, 3 y 13 de mayo de 1999, y la intervención de las entidades emisoras de los títulos ocurrió los días 15 y 20 de mayo de 1999. Si hubo o no negligencia derivada de la falta de información acerca de la situación en que en ese momento se encontraban las entidades intervenidas, es algo que no está comprobado, como tampoco lo está que quienes intervinieron en la operación – el gerente de la Fiduciaria o de la sociedad comisionista, o el asesor de aquella, para no circunscribir el análisis a la conducta del señor Vásquez – hubiesen obrado, a sabiendas, de una posible intervención con la intención de causar daño o dolosamente o con los fines estipulados en la cláusula.

Formatted: Bullets and Numbering

6. La realidad es que la pérdida para la Fiduciaria sobrevino como consecuencia de la imposibilidad de recuperar el valor de los títulos por razón de la intervención de que fueron objeto el Banco del Pacífico y la Corporación Financiera del Pacífico, títulos adquiridos dentro del giro ordinario de los negocios de la Fiduciaria. Y la pérdida inicial fue disminuida en virtud de la recuperación parcial de los dineros invertidos. Las operaciones, como ya se anotó, se efectuaron regularmente, con la intervención de un comisionista debidamente autorizado, y en forma tal que de no haberse presentado la intervención o, para ser exactos, la situación financiera que determinó la intervención, ninguna pérdida se hubiese originado en la Fiduciaria.

Formatted: Bullets and Numbering

7. En el alegato presentado por el apoderado de la Fiduciaria se afirma que en la mayoría de las veces es de imposible cumplimiento la prueba de la "*ganancia personal impropia*" y, con cita de doctrina, que en tal virtud algunos modelos de pólizas de la naturaleza de la

Formatted: Bullets and Numbering

expedida han suprimido el requerimiento de dicha prueba. Pero en el presente caso cabe señalar que la póliza exige, sin ambigüedades, la prueba del acto intencional o doloso cometido para obtener un beneficio pecuniario indebido para sí o para un tercero y de ésta prueba no se puede sustraer, no obstante las dificultades que pudieren existir. La intención torcida, el propósito malintencionado, la malignidad no pueden deducirse de una mera afirmación sino deben ser objeto de prueba o, siquiera, de serios indicios que produzcan en el fallador, inequívocamente, la convicción de su existencia, a lo que ya se hizo amplia referencia atrás, específicamente en el acápite denominado "*1. Contenido del amparo de infidelidad de empleados*".

La póliza, en lo que respecta al amparo de infidelidad, no está concebida para cubrir pérdidas derivadas de la negligencia o falta de diligencia de los empleados del asegurado sino de la conducta impropia de ellos caracterizada por la intención de dañar y el propósito de obtener provecho.

En la demanda se afirma que el provecho lo recibiría Seguros Cóndor, de lo que forzoso sería deducir que el provecho consistiría, simplemente, en librarse de un título de poca o difícil circulación y, en últimas, de no perder su inversión como consecuencia de la no recuperación de su valor; pero ya se anotó que hubo otros vendedores de los títulos pues el de Seguros Cóndor era sólo uno y, de otra parte, es preciso decir que, en rigor, no puede afirmarse que la venta de los títulos constituye, per se, un provecho indebido. Se trataba de títulos de libre circulación, expedidos por otra entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, legítimos, negociados en condiciones normales de mercado, esto es, adquiridos por la Fiduciaria dentro de condiciones normales de tesorería, sin que de la operación misma de compra derivara perjuicio patrimonial para ella.

El perjuicio vino dado con posterioridad y fue consecuencia de una mala decisión de inversión adoptada por quienes tenían dentro de la Fiduciaria la capacidad de hacerlo. Los estrechos vínculos entre la sociedad comisionista de bolsa y la Convocante, y entre la representante de aquella y el asesor de la Fiduciaria, aunados a las circunstancias que rodearon la operación, claramente muestran que no hubo intención torcida o dolo del señor Vásquez sino la mera ejecución de un dictado de quienes, en realidad, ejercían el

mando dentro de la empresa.

⊗. Las razones expuestas son suficientes para considerar que en el presente caso no se cumplen los supuestos para que obre el amparo de infidelidad. Sin embargo, habida consideración de que la Fiduciaria, en el alegato de conclusión, sostiene la tesis de que el hecho de que la aseguradora no hubiese objetado la reclamación ha de interpretarse como una aceptación de la misma, conviene formular algunas consideraciones sobre el particular, con independencia de la situación fáctica del caso sub iudice.

El estatuto mercantil consagra, en su artículo 1053, el efecto que pudiera derivar para el asegurador ante el silencio de la reclamación y tal efecto consiste en asignarle a la póliza mérito ejecutivo contra él, como sanción a su falta de diligencia o, si se quiere, al hecho de no ajustar su conducta a la lealtad contractual, en aplicación al hecho de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, como lo previene, para los contratos mercantiles, el artículo 871 del Código de Comercio.

Este especial tratamiento, introducido originalmente en la ley 105 de 1927 en el ánimo de "*evitar objeciones infundadas o exigencias ligeras de parte de las compañías*", según se lee en la exposición de motivos de dicha ley, y que motivó severas críticas, significa que la falta de objeción hace en cierta forma presumir que el siniestro ocurrió y que su cuantía es la reclamada, toda vez que la acción ejecutiva parte del supuesto de la existencia de una obligación clara, expresa y líquida, actualmente exigible, presunción "*iuris tantum*" toda vez que puede ser desvirtuada por el asegurador quien tendrá la carga de probar que el siniestro no ocurrió o que su cuantía no es la que sirve de base para el juicio ejecutivo valiéndose al efecto de las excepciones que tenga a bien formular²⁴.

Como dijo la Corte Suprema de Justicia, "*Si el beneficiario reclama pago ante el*

²⁴ Hernán Fabio López Banco, Contrato de Seguro, Dupre Editores, Tercera edición, Bogotá, 1999, p. 274

asegurador (...) ningún derecho puede surgir para el primero de la simple circunstancia de que su reclamación no sea objetada por el segundo en el plazo legal, porque esa omisión no es en el derecho colombiano fuente de obligaciones. Por lo mismo el juzgador(...) ninguna obligación puede deducir a cargo con la compañía aseguradora, ni siquiera pretextando que ésta se abstuvo de objetar extrajudicialmente la reclamación. No tiene aquí otro camino el fallador que admitir la defensa correspondiente pues la ausencia de objeción no es óbice para reconocer los hechos exceptivos relacionados con la obligación demandada, (...) la falta de objeción permite la ejecución de la obligación, por aparecer el derecho del beneficiario, en principio, como indiscutido, lo cual sin embargo no lo coloca en la categoría de indiscutible.”²⁵

Para el Tribunal la oportuna atención de las comunicaciones que a las entidades aseguradoras les formulan los tomadores es expresión de un natural comportamiento contractual, que en el caso de las entidades aseguradoras tiene expresa consagración legal en diversas disposiciones del Código de Comercio y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que desarrollan respectivamente el postulado de la diligencia y oportunidad en la definición de la indemnización y la debida diligencia en la prestación del servicio²⁶.

9. Por otro lado, conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, en la sentencia que ponga fin a un proceso han de resolverse las pretensiones de la demanda, las cuales son materia de expresa decisión en la presente providencia; no obstante lo cual – dada la mención que con invocación de la doctrina y la jurisprudencia hizo el apoderado de la convocante en el alegato de conclusión en relación con la abusividad de algunas condiciones del contrato de seguro materia de controversia – el Tribunal estima útil, así no esté prevista en las pretensiones, efectuar algunos sucintos comentarios al respecto.

En rigor, la abusividad se da cuando se crea, en virtud de una específica cláusula, un

²⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia de junio 28 de 1993.

²⁶ MORANDI, Juan Carlos Félix en “ Bases para la unificación del régimen legal del contrato de seguro en Iberoamérica”, Memorias del Congreso Iberoamericano

evidente desequilibrio ente los derechos y obligaciones de las partes, como la entendido la doctrina y la jurisprudencia.

En este caso se entiende que no ha habido realización del riesgo asegurado y, además, que de las circunstancias por las cuales se reclama no se predicen las características de futureidad e incertidumbre, tal como se analizó en acápite precedente, lo que sería motivo suficiente para inhibirse de apreciar el tema de las cláusulas abusivas.

Con todo, como quiera que el apoderado de la convocante le endilga abusividad a la manera contractualmente prevista en la condición pertinente del anexo de prueba del "*propósito de obtener un beneficio pecuniario*" (página 22 del alegato de conclusión), el Tribunal entiende que respecto de este asunto debe reiterar que evidentemente el acreditamiento de tal exigencia contractual apareja, en ocasiones, dificultades, pero que también es cierto que, como atrás se señaló, la realidad probatoria analizada en su conjunto, como lo impone el artículo 287 del Código de Procedimiento Civil, puede indicarle al juzgador de derecho privado un cúmulo de circunstancias que, con sujeción a la sana crítica, le evidencien un inequívoco propósito de procurar un indebido beneficio para un tercero. La dificultad de una prueba no conlleva necesariamente a que la cláusula que la exige sea injusta o abusiva. Adicionalmente debe destacarse que en el caso sometido a consideración del Tribunal el análisis probatorio lleva a una conclusión contraria, esto es, a que no existió el propósito de procurar un indebido beneficio para un tercero.

10. Finalmente, respecto de la pretensión de afectación del anexo de responsabilidad civil profesional, de nuevo se precisa que un acto es, de un lado, intencional o doloso o, de otro, negligente. En acápite precedente "*El riesgo asegurado en el anexo de responsabilidad civil profesional*" se efectuaron consideraciones acerca de la naturaleza contrapuesta que tienen tales nociones. Debe indicarse igualmente, en aras de la congruencia de la providencia, y dado que el apoderado de la convocante lo incluyó en la demanda en el hecho 19 y en la pretensión tercera, que de las pruebas incorporadas al

plenario probatorio no se deduce la consumación de un acto negligente, a los efectos de la cobertura prevista en el anexo respectivo de la póliza. Se reitera que lo que se presentó fue una serie de operaciones de adquisición de títulos, a los cuales originalmente el gerente del fondo común ordinario se opuso, pero que se realizaron por expresa indicación del señor Jorge Carrizosa Serrano; Además, no hay evidencia probatoria que demuestre la existencia de una indicación inequívoca de requerimientos de terceros ni menos de una acción social de responsabilidad, en el evento que fuera procedente, en los términos de la legislación societaria.

Con fundamento en estas breves consideraciones y a pesar de que en el alegato de conclusión el Convocante centró su reclamación dentro del amparo de infidelidad, el Tribunal considera que tampoco se concretó el riesgo amparado por el anexo de responsabilidad civil profesional.

Arriba así el Tribunal a la conclusión que no aparece demostrada la ocurrencia del siniestro, esto es, que no se acreditó la realización del riesgo asegurado previsto en la póliza. Por tanto, las pretensiones del convocante han de ser denegadas. La inexistencia de la obligación del asegurador fue aducida, como excepción, por la convocada; a juicio del Tribunal, ello en realidad representa una negación de la trascendencia o de los hechos y pruebas afirmados y traídos en la demanda, en tanto que la excepción suele significar la presencia de hechos modificativos de la situación planteada, motivo por el cual el Tribunal en lugar de declarar probada la excepción, desestima la pretensión. Así ésta carente de vocación de prosperar, no procede pronunciamiento respecto de las excepciones indicadas en el libelo de contestación de la demanda.

Costas

Teniendo en cuenta la adecuada conducta procesal observada por las partes en el curso del proceso, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

VI. Parte Resolutiva

Formatted: Bullets and Numbering

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento de **SOCIEDAD FIDUCIARIA BERMUDEZ Y VALENZUELA S.A. EN LIQUIDACION** contra **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- PRIMERO. Denegar íntegramente las pretensiones de la demanda.
- SEGUNDO: Abstenerse de condenar en costas a las partes.
- TERCERO: Por la secretaría expídase copia auténtica de esta providencia a cada una de las partes.
- CUARTO: Una vez en firme este laudo protocolícese este expediente en una de las Notarías del Círculo de Bogotá y ríndase por el Presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y restitúyaseles lo que corresponda.

Esta providencia queda notificada en estrados.

**JOSE FERNANDO TORRES FERNÁNDEZ
DE CASTRO**
Presidente

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO
Arbitro

JOSE MARIA NEIRA GARCIA
Arbitro

ANTONIO PABON SANTANDER
Secretario

