

TRIBUNAL ARBITRAL

DE

ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.

Contra

AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.

(Antes Chartis Seguros Colombia S.A.)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil catorce (2014)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.** como parte Convocante, y **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.** (Antes Chartis Seguros Colombia S.A.) como parte Convocada, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente laudo con el cual decide el conflicto planteado en la demanda arbitral y en su contestación, previos los siguientes antecedentes.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La parte demandante es **Asesorías e Inversiones S.A.**, sociedad constituida el 29 de diciembre de 1980 mediante escritura pública No. 1750 otorgada en la Notaría Diecisiete de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente al momento de presentar la demanda por el señor **Alvaro José Isaza Camacho**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia¹. En este proceso arbitral la parte demandante está representada judicialmente por el abogado **José Pablo Navas Prieto**, de acuerdo con el poder que obra en el expediente, a quien se le reconoció personería para actuar.²

La parte demandada es **AIG Seguros Colombia S.A.** (antes Chartis Seguros Colombia S.A.), sociedad constituida el 6 de julio de 1973 mediante escritura pública No. 1647 otorgada en la Notaría Once de Bogotá, con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por el señor **Manuel Enrique Porras Ramírez**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia³. En el presente proceso está representada judicialmente por el abogado **Santiago Lozano Atuesta**, apoderado general de la sociedad, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, poder que fue además ratificado por el señor Manuel Enrique Porras Ramírez, representante legal, en documento visible a folio 52 del C. Principal No. 1. El Tribunal le reconoció personería a dicho apoderado.⁴

2. EL PACTO ARBITRAL

¹ Folios 19 y 20 del C. Principal No. 1.

² Folios 18 y 114 del C. Principal No. 1.

³ Folios 21 y 22 del C. Principal No. 1.

⁴ Folio 114 del C. Principal No. 1.

El pacto arbitral se encuentra contenido en el documento suscrito por la parte Convocada el 22 de octubre de 2013 y por la parte Convocante el 24 del mismo mes y año, y a la letra dispone:

“Toda diferencia que surja o exista entre ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. y la aseguradora CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. (hoy AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.), por la formación del contrato de seguro contenido en la póliza de seguros de comisionistas de Bolsa No 1000032, así como la interpretación de sus cláusulas, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO integrado por TRES (3) árbitros que se designarán de común acuerdo por las partes, siguiendo en todo caso las disposiciones legales sobre la materia. El Tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá D.C. y la demanda arbitral se presentará ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., y se aplicará para todos los efectos del caso, el reglamento de la Cámara citada. El fallo pronunciado por los árbitros será en derecho y los gastos que ocasionare el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida.”⁵

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal de Arbitramento se desarrolló de la siguiente manera:

1. El 10 de enero de 2014, con fundamento en la cláusula compromisoria citada, la parte demandante presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal

⁵ Folio 39 del C. de Pruebas No. 1.

Arbitral para dirimir las diferencias existentes con AIG Seguros Colombia S.A. (antes Chartis Seguros Colombia S.A.)⁶.

2. En comunicación radicada el 3 de febrero de 2014 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación, firmada por los apoderados de las partes debidamente facultados para el efecto, las partes de común acuerdo designaron a los doctores **Sergio Muñoz Laverde, Arturo Solarte Rodríguez y Ricardo Vélez Ochoa** como árbitros principales⁷, quienes informados de su nombramiento, aceptaron en la debida oportunidad.
3. El 19 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1),⁸ en la que se designó como Presidente al doctor **Sergio Muñoz Laverde** y mediante Auto No. 1 se adoptaron las siguientes decisiones: (i) El Tribunal se declaró legalmente instalado; (ii) nombró como Secretaria a la doctora **Gabriela Monroy Torres**, quien posteriormente aceptó la designación y tomó posesión de su cargo ante el Presidente del Tribunal; (iii) se reconoció personería a los apoderados de las partes.

Posteriormente, mediante Auto No. 2 el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar y correr traslado de la misma a la parte demandada, por el término de 20 días, notificación que se surtió en la misma fecha.

4. El 15 de abril de 2014⁹ la sociedad demandada radicó ante el Tribunal su contestación de la demanda, escrito en el que adicionalmente formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones.

⁶ Folios 1 a 35 C. Principal No. 1.

⁷ Folios 50 y 51 del C. Principal No. 1

⁸ Folios 113 a 115 del C. Principal No. 1.

⁹ Folios 143 a 168 del C. Principal No. 1.

5. El Tribunal, mediante Auto No. 3 del 28 de abril de 2014, corrió traslado de dicha objeción así como de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.
6. En memorial radicado ante el Tribunal el 9 de mayo de 2014¹⁰, la Convocante se pronunció sobre las excepciones propuestas y sobre la objeción al juramento estimatorio.
7. El 12 de mayo de 2014 (Acta No. 3),¹¹ se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, mediante Auto No. 4, fue declarada fallida. En esa misma fecha, mediante Auto No. 5, se fijaron los honorarios y gastos del proceso, sumas que fueron oportunamente entregadas por las partes.

II. LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que adelante se transcriben y en la normatividad invocada en la demanda, la Convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

¹⁰ Folios 255 a 259 del C. Principal No. 1.

¹¹ Folios 177 a 182 del C. Principal No. 1.

“PRIMERA PRINCIPAL.- Declarar que las pérdidas sufridas por ASESORÍAS E INVERSIONES S.A., con ocasión de los actos fraudulentos cometidos por los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado en contra de sus clientes, se encuentran amparados (sic) por la póliza de seguros de Comisionistas de Bolsa No 1000032, expedida por AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.

“SEGUNDA PRINCIPAL.- Declarar que, de igual manera, se encuentran amparadas dentro de la misma póliza, todas las pérdidas que sufra ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. en el futuro, en caso de que fuere responsable civilmente por actos de los mismos empleados, en el periodo de tiempo cubierto por el contrato de seguro citado, y por las mismas causas.

“TERCERA PRINCIPAL.- Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conocía perfectamente el riesgo que cubrió mediante el contrato de seguro de Comisionistas de Bolsa No. 1000032.

“CUARTA PRINCIPAL.- Declarar que ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. dio cumplimiento a la carga que le impone el artículo 1077 del Código de Comercio, de acreditar la ocurrencia de los siniestros y la cuantía de las pérdidas.

“QUINTA PRINCIPAL.- Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones a su cargo, contenidas en las Póliza de Comisionistas de Bolsa No 1000032, al no pagar los siniestros a ASESORÍAS E INVERSIONES S.A., por las pérdidas sufridas por ella con ocasión de las defraudaciones cometidas por los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado.

“SEXTA PRINCIPAL.- Que como consecuencia de lo anterior se condene a AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. a indemnizar a ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. mediante el pago de la suma de dinero que ella deba indemnizar a los clientes defraudados relacionados en los hechos de esta demanda.

“SEPTIMA PRINCIPAL.- Que la condena se extienda al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio sobre el valor de mil veintitrés millones de pesos (\$1.023.000.000.00), los que se calcularán a partir del mes siguiente de presentada cada una de las reclamaciones a la aseguradora por parte de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. y hasta la fecha en que el Laudo quede ejecutoriado.

“OCTAVA PRINCIPAL.- Declarar que los ex – empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado actuaron en colusión.

“NOVENA PRINCIPAL.- Se condene a AIG SEGUROS COLOMBIA S.A., a pagar las costas del proceso, y las agencias en derecho.

“En el evento improbable de que el Tribunal rechace el reconocimiento de las pretensiones principales formuladas, solicitamos se reconozcan las siguientes:

“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

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

“SEGUNDA SUBSIDIARIA.- Declarar que las pérdidas sufridas por ASESORÍAS E INVERSIONES S.A., con ocasión de los actos fraudulentos cometidos por los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado en contra de sus clientes, se encuentran amparados (sic) por la póliza de seguros de Comisionista de Bolsa No. 1000032, expedida por AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.

“TERCERA SUBSIDIARIA.- Declarar que, de igual manera, se encuentran amparadas dentro de la misma póliza, todas las pérdidas que sufra ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. en el futuro, en caso de que fuere responsable civilmente por actos de los mismos empleados, en el periodo de tiempo cubierto por el contrato de seguros citado, y por las mismas causas.

“CUARTA SUBSIDIARIA.- Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conocía perfectamente el riesgo que cubrió mediante el contrato de seguro de Comisionistas de Bolsa No. 1000032.

“QUINTA SUBSIDIARIA.- Declarar que ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. dio cumplimiento a la carga que le impone el artículo 1077 del Código de Comercio, de acreditar la ocurrencia de los siniestros y la cuantía de las pérdidas.

“SEXTA SUBSIDIARIA.- Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones a su cargo, contenidas en la Póliza de Comisionistas de Bolsa No. 1000032, al no pagar los siniestros a ASESORÍAS E INVERSIONES S.A., por las pérdidas sufridas por ella con ocasión de las defraudaciones cometidas por los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado.

“SÉPTIMA SUBSIDIARIA.- Que como consecuencia de lo anterior se condene a AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. a indemnizar a ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. mediante el pago de la suma de dinero que ella deba indemnizar a los clientes defraudados relacionados en los hechos de esta demanda.

“OCTAVA SUBSIDIARIA.- Que la condena se extienda al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio sobre el valor de mil veintitrés millones de pesos (\$1.023.000.000.00), los que se calcularán a partir del mes siguiente de presentada cada una de las reclamaciones a la aseguradora por parte de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. y hasta la fecha en que el Laudo quede ejecutoriado.

“NOVENA SUBSIDIARIA.- Declarar que los ex – empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado actuaron en colusión.

DÉCIMA SUBSIDIARIA.- Se condene a AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. a pagar las costas del proceso, y las agencias en derecho.”

1.2. Hechos

Las pretensiones formuladas por la parte Convocante en la demanda arbitral, están fundamentadas en los hechos que se transcriben a continuación:

“**1. ASESORIAS E INVERSIONES S.A.** contrató la póliza de Comisionistas de Bolsa distinguida con el número 1000032 con **CHARTIS SEGUROS COLOMBIA S.A. hoy AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**, para que se le cubrieran, entre otros riesgos, las pérdidas que pudiera sufrir por Infidelidad de empleados/actos dolosos de los trabajadores – de acuerdo con la cláusula 1.1 KFA 81. De esta manera aseguró las transacciones no autorizadas llevadas a cabo por los operadores del mercado.

“**2.** La Póliza fue renovada de marzo 15 de 2011 hasta el 15 de marzo de 2012.

“**3.** La Aseguradora **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.** otorgó cobertura por Actos Dolosos de los Trabajadores en cuantía de \$4.500.000.000.00 de pesos sub límite por evento. Límite agregado \$9.000.000.000.00. de pesos.

“**4. AIG SEGUROS COLOMBIA S.A** cobró una prima por la póliza objeto de esta demanda de \$39.695.200.00. de pesos, IVA incluido.

“**5.** Durante la vigencia de la Póliza algunos clientes dieron a conocer irregularidades respecto del manejo de sus inversiones.

"6. Los ex empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado de manera fraudulenta y abusiva, realizaron transacciones no autorizadas consistentes en comprar, vender y dar en garantía (operaciones repo) acciones de los siguientes clientes de **ASESORIAS E INVERSIONES**, sin las debidas órdenes de los mismos, con las cuales le generaron altas pérdidas a esta última.

Clientes operados por Leonardo Prado	Clientes operados por Luz Myriam Sánchez Martínez
<ul style="list-style-type: none">• GERMAN EDUARDO PRADO MEJIA.• GLORIA ESPERANZA SANCHEZ SERRANO.• DOMINGO ROMERO ROMERO.• JOSE DANIEL HERNANDEZ CASTRO.	<ul style="list-style-type: none">• JHON FRANCISCO ARIZA MONTOYA.• FERNANDO FRANCISCO BIRCHENALL GOMEZ.• MARIA ALICIA CIFUENTES DE TORRES• LUIS FERNANDO FIAGA GUARIN• BILLY ALEXANDER GOMEZ.• BLANCA LIRIA MORENO PARRA• ASTRID LILIAN ROJAS MORENO• PEDRO ANTONIO GOMEZ

"7. La administración de la empresa, el área de Control y la Auditoria iniciaron las investigaciones correspondientes las que concluyeron en enero de 2012 y mayo de 2012 y que llevaron al conocimiento de que numerosas operaciones celebradas durante la vigencia de la Póliza, se hicieron sin contar con las autorizaciones de los dueños de las acciones, y sin darles las informaciones pertinentes, todo lo cual les produjo pérdidas de consideración.

"8. De acuerdo con las normas que rigen tanto el contrato de mandato como el mercado de valores, **ASESORIAS E INVERSIONES** respondió, dada su calidad de Comisionista de Bolsa, a los clientes defraudados indemnizándoles las pérdidas sufridas por haberse afectado patrimonialmente sus portafolios.

"9. En ese sentido, los empleados que realizan operaciones no autorizadas por los clientes, que no les dan las informaciones requeridas, que así se les ocasionan perjuicios, saben que la Comisionista para la que trabajan sufrirá una pérdida en su patrimonio por las sumas por las cuales tenga que responder.

"**10.** Con estos procedimientos, los ex - empleados Sánchez y Prado cometieron el delito de Abuso de Confianza, delito contra la propiedad tipificado en el artículo 249 del Código Penal Colombiano.

"Además el art 1271 del Código de Comercio trata esta clase de conductas.

"**11. ASESORÍAS E INVERSIONES** presentó ante la Fiscalía General de la Nación querellas contra los empleados deshonestos, por la comisión del delito de Abuso de Confianza.

"**12.** Así mismo, algunos clientes de los asignados a Luz Myriam Sánchez presentaron ante el Autorregulador del Mercado de Valores (AMV) quejas contra ella por su ilegal y doloso proceder. En el acuerdo de terminación anticipada No 149 de 2013 celebrado entre AMV y Luz Myriam Sánchez se indican las transacciones dolosas adelantadas por la operadora Luz Myriam Sánchez.

"Tramitado el proceso disciplinario, la señora Sánchez fue expulsada del mercado de valores.

"**13.** La póliza citada en el hecho primero cubre a **ASESORIA E INVERSIONES**, las pérdidas que sufra por esta clase de conductas dolosas cometidas por sus empleados.

"**14.** Por la anterior razón, **ASESORIAS E INVERSIONES** presentó oportunamente sendas reclamaciones a **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**

"**15.** Las reclamaciones fueron objetadas un año después de haberse presentado estas y además fueron infundadas. La Aseguradora aplicó al caso presente el segundo inciso de la cláusula 1.1 KFA 81.

“Dijo textualmente *"para la configuración del siniestro no basta que el trabajador o funcionario incurra en actos dolosos o fraudulentos, sino que tratándose de negociaciones o transacciones con títulos valores, monedas y operaciones similares, resulta indispensable que tales actos sean cometidos por el empleado con la intención manifiesta de efectuarlos Y QUE RESULTEN EN LUCRO FINANCIERO DESHONESTO PARA ELLOS"*.

"16. Continuó el argumento de la aseguradora en los siguientes términos...” *en consideración a que el fundamento de la reclamación son operaciones bursátiles de las características indicada en la cláusula ya transcrita, es evidente que para demostrar la ocurrencia del siniestro se requiere probar los actos deshonestos o fraudulentos y que los mismos condujeron a un lucro financiero deshonesto del trabajador”.*

"17. A renglón seguido dijo que *"en el evento avisado por ASESORIAS E INVERSIONES no se ha acreditado el lucro financiero percibido por la ex funcionaria Luz Myriam Sánchez y por el contrario la pérdida en las inversiones y operaciones bursátiles obedecieron al riesgo propio del mercado, riesgo que por lo demás deben soportar los inversionistas"*.

“En términos semejantes se objetó la reclamación de Leonardo Prado.

"18. La Aseguradora convocada conocía perfectamente los riesgos que según la Superintendencia Financiera, debían ser amparados a los Comisionistas de Bolsa, y para tal efecto expidió la Póliza objeto de este proceso y recibió en pago de la prima una importante suma de dinero.

"19. Uno de esos riesgos es el que corren las sociedades Comisionistas cuando mediante actos dolosos o fraudulentos, sus empleados llevan a cabo transacciones a nombre de los clientes sin su previa, debida y obligada autorización.

"20. Las erradas operaciones que dolosa e ilegalmente llevaron a cabo los ex empleados deshonestos Sánchez y Prado, manipulando los portafolios, fueron las causas adecuadas de las pérdidas económicas, y no los riesgos del mercado porque estos se consideran solamente en las negociaciones honestas y transparentes.

"21. AIG SEGUROS COLOMBIA S.A respondió la solicitud de reconsideración de las objeciones presentada el 24 de julio de 2013, mediante carta del 25 de septiembre de 2013, en la que luego de reconocer el dolo con que se actuó, reitero su negativa.

"22. Las negociaciones de las acciones sin la debida autorización de los clientes les produjo a los ex empleados un lucro financiero deshonesto y pérdidas a los clientes, consecuencias propias de la comisión del delito de Abuso de Confianza. Esto fue desconocido por la Aseguradora.

"23. Además del lucro financiero deshonesto obtenido al cometer el delito de Abuso de Confianza, los ex funcionarios tuvieron un lucro financiero deshonesto resultado de las operaciones delictuosas que llevaron a cabo.

"24. De conformidad con la cláusula 1.1 KFA 81 no se consideran lucro financiero deshonesto los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados por los empleados DURANTE EL NORMAL DESARROLLO DE SUS EMPLEOS.

"26. Cuando se llevan a cabo operaciones dolosas por parte de los empleados, no puede hablarse de un NORMAL DESARROLLO DE SUS EMPLEOS.

"En este evento es un ANORMAL DESARROLLO DE SUS EMPLEOS, y por consiguiente los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares devengados por la comisión de actos dolosos, se consideran como lucro financiero deshonesto del trabajador.

"27. En el caso de LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, esta recibió un aumento de sueldo el primero de noviembre de 2011, *"como estímulo por el buen desempeño de las labores encomendadas, por lo que esperamos seguir contando con su valiosa colaboración"*.

"Posteriormente el 2 de febrero de 2012 recibió otro aumento de sueldo por el buen desempeño de las labores y se espera seguir contando con su valiosa colaboración.

"28. En ese momento no se conocían las operaciones dolosas llevadas a cabo por ella, lo que vino a saberse quince días después, cuando la cliente Blanca Liria Moreno Parra en visita realizada a las dependencias de Asesorías e Inversiones informo que la señora Sánchez había manipulado sin su autorización su portafolio.

"29. Lo cierto de todo esto es que los aumentos de sueldo se debieron al incremento de la producción originada en sus operaciones, muchas de ellas fraudulentas realizadas por su ANORMAL DESARROLLO EN EL EMPLEO.

"30. En cuanto al operador LEONARDO PRADO el hecho de haber cometido actos dolosos que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo, su posibilidad de continuar como operador en la Comisionista por tener un promedio de producción en las operaciones aceptable, le representó un lucro financiero deshonesto consistente tanto en esa posibilidad de permanecer en su trabajo como en los salarios recibidos, luego de su ANORMAL DESARROLLO en el empleo.

"31. Se distinguen además, unas operaciones efectuadas por LEONARDO PRADO, que trasladó acciones a personas familiares, como es de conocimiento de AIG Seguros Colombia S.A.

"32. Adicionalmente, cabe resaltar que para la renovación de esta póliza a mi poderdante, para la vigencia 9 de agosto de 2013 a 9 de agosto de 2014, se incluyó una exclusión denominada "de Transacciones No Autorizadas".

"33. Lo anterior explica por deducción, que antes de esta nueva vigencia, las transacciones no autorizadas estaban cubiertas por la póliza. Es decir, la póliza objeto de este proceso las amparaba.

"34. Los ex – empleados Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado se vincularon a Asesorías e Inversiones, luego de haber laborado juntos en la firma Proyectar Valores. Algunos de los clientes afectados por sus actuaciones dolosas, los habían trasladado de Proyectar Valores a Asesorías e Inversiones.

"35. Los mencionados ex – empleados actuaron de similar manera, por lo que demuestran una colusión, habida cuenta de los medios utilizados, la época en que llevaron a cabo las operaciones, y los descargos que presentaron.

"36. La Aseguradora ha aceptado para el caso en cuestión, que el amparo aplicable es el de Infidelidad de los empleados, dentro del cual se cubren las transacciones no autorizadas.

"37. **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.** ha retirado del mercado asegurador las pólizas que amparan riesgos similares a los que aquí ocurrieron, argumentando que se han presentado muchos siniestros.

"38. Asesorías e Inversiones sostiene que los ex empleados usaron indebida e ilegalmente las acciones de los clientes a quienes **ASESORIAS E INVERSIONES** indemnizó, pues no de otra manera se explica que las hayan enajenado y gravado sin la autorización de sus legítimos dueños y la del mandante.

"39. **ASESORÍAS E INVERSIONES** indemnizó a varios de los clientes que sufrieron pérdidas en sus portafolios por los actos fraudulentos cometidos por los ex empleados Sánchez y Prado, y acepto y así consta en los estados financieros, obligaciones a su cargo pendientes de pago, por los hechos aquí mencionados.

“Así las cosas las pérdidas tuvieron su causa adecuada en el uso indebido de las acciones y no en las fluctuaciones del mercado.

“**40.** En el momento de la suscripción del contrato de seguros, muy pocas Compañías de Seguros ofrecían la póliza de riesgos financieros, por lo que **ASESORIAS E INVERSIONES** ante la obligación de asegurar, tuvo que aceptar los clausulados impuestos por el predisponente **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.**

“**41.** La convocada **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.** en sus nuevos clausulados excluye expresamente las Transacciones no Autorizadas.

“**42.** **AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.** hizo creer a **ASESORIAS E INVERSIONES S.A.** que se encontraba debidamente asegurada, en sucesos como los ocurridos que son objeto de este proceso.

“**43.** Con fecha 5 de agosto de 2013 se requirió a la Aseguradora para que reconociera y pagara la indemnización por la ocurrencia del siniestro de infidelidad cometido por los ex trabajadores Luz Myriam Sánchez y Leonardo Prado. Este requerimiento interrumpe el término de prescripción de la acción para el cobro del seguro, de acuerdo con el artículo 94 del Código General del Proceso.”

1.3. Contestación de la demanda por parte de AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. y formulación de excepciones

Al contestar la demanda, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones aducidas. En cuanto a los hechos, aceptó algunos como ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, como planteamiento defensivo formuló las siguientes excepciones de mérito con el propósito de enervar las pretensiones de la demanda:

- “1. Genérica.”
- “2. Inexistencia de la obligación demandada.”
- “3. Inexigibilidad de la obligación que se demanda.”
- “4. Inexistencia de la obligación por exclusión de la cobertura.”
- “5. Prescripción.”
- “6. Aplicación de sumas aseguradas y deducibles.”

III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 4 de junio de 2014 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, y previo cumplimiento de los pasos establecidos en la Ley, el Tribunal, mediante Auto No. 6 se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

2. ETAPA PROBATORIA

En esa misma fecha, mediante Auto No. 7 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación.¹²

2.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad.

2.2. Testimonios y declaraciones de parte

En audiencias celebradas entre el 17 de junio y el 11 de septiembre de 2014 se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en cumplimiento de lo previsto por el artículo 109 del C.P.C.

- El 17 de junio de 2014¹³ se recibieron las declaraciones de parte de los señores Claudia Elena López Martínez, representante legal de la Convocada y Edgar Fernando Borrás Botero, representante legal de la Convocante.
- El 18 de junio de 2014¹⁴ se recibieron los testimonios de los señores Andrés Navas Vejar, Excelina Zucchet Ende, Oswaldo Rincón Rojas y Juan Pablo Stiefken Arboleda.
- El 29 de julio de 2014¹⁵ se recibieron los testimonios de los señores José Rodrigo Roa y Blanca Liria Moreno Parra.

¹² Folios 191 a 210 del C. Principal No. 1.

¹³ Folios 1 a 19 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁴ Folios 20 a 62 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁵ Folios 161 a 178 del C. de Pruebas No. 3.

- El 30 de julio de 2014¹⁶ se recibieron los testimonios de los señores José Daniel Hernández y Gloria Esperanza Sánchez Serrano.
- El 12 de agosto de 2014¹⁷ se recibieron los testimonios de los señores Álvaro José Isaza y Wilson Correa Galindo.
- El 25 de agosto de 2014¹⁸ se recibieron los testimonios de los señores Norma Beatriz Troconis, Mario Alejandro Torres Sánchez y Luz Myriam Sánchez Martínez. Esta última compareció con su apoderada en lo penal, Dra. Gina María García Chávez.
- El 26 de agosto de 2014¹⁹ se recibieron los testimonios de los señores Carolina Prado Gómez y Nubia Maritza Guevara Ruiz.
- El 11 de septiembre de 2014²⁰ se recibió el testimonio del señor Germán Eduardo Prado Mejía.

No obstante haber sido decretados por el Tribunal, las partes desistieron de la práctica de los testimonios de los señores Domingo Romero Romero, Jhon Francisco Ariza Montoya, María Alicia Cifuentes de Torres, Billy Alexander Gómez, Astrid Lilian Rojas Moreno, Fernando Francisco Birchenall Gómez, Luis Fernando Fiaga Guarín, Pedro Antonio Gómez, Roberto Borrás Polanía y Leonardo Alfonso Prado Gómez

2.3. Exhibiciones de documentos

¹⁶ Folios 180 a 190 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁷ Folios 149 a 159 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁸ Folios 193 a 216 del C. de Pruebas No. 3.

¹⁹ Folios 218 a 235 del C. de Pruebas No. 3.

²⁰ Folios 237 a 243 del C. de Pruebas No. 3.

El Tribunal decretó la práctica de exhibición de documentos a cargo de las sociedades Asesorías e Inversiones S.A., AIG Seguros Colombia S.A. y Crawford Colombia Limitada.

Respecto de las partes demandante y demandada, dicha prueba tuvo lugar en la sede del Tribunal el día 17 de junio de 2014 y los documentos aportados fueron debidamente incorporados al expediente²¹.

En cuanto a la exhibición a cargo de Crawford Colombia Limitada, en audiencia celebrada el 29 de julio de 2014²², las partes informaron que la documentación relacionada con este litigio había sido entregada a la señora perito designada por el Tribunal, por lo que la parte demandante desistió de la práctica de la prueba.

No obstante, las partes de común acuerdo solicitaron la incorporación al expediente de varios documentos que aportaron en la mencionada audiencia, a lo que el Tribunal accedió.²³

2.4. Dictamen Pericial

Se decretó y practicó un dictamen pericial a cargo de un **perito experto en materia financiera y contable** decretado de conformidad con lo solicitado por las partes, el cual fue rendido por la señora **Marcela Gómez Clark**, designada por el Tribunal²⁴. De dicho dictamen se corrió traslado a las partes, término dentro del cual la demandante solicitó aclaración y complementación, la cual fue rendida en tiempo por la señora perito²⁵.

²¹ C. de Pruebas No. 2.

²² Folio 225 del C. Principal No. 1.

²³ Folios 84 a 87 del C. de Pruebas No. 3.

²⁴ Folios 84 a 132 del C. de Pruebas No. 4.

²⁵ Folios 133 a 148 del C. de Pruebas No. 4.

2.5. Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se remitieran los siguientes oficios:

- Superintendencia Financiera de Colombia – Delegatura de Seguros y Reaseguros²⁶
- Autorregulador del Mercado de Valores - AMV²⁷
- AIG Seguros Colombia S.A.²⁸

Respecto de los oficios dirigidos a las Fiscalías 151 y 189 de la Unidad Tercera de Fe Pública, las partes desistieron de su práctica.²⁹

2.6. Otras pruebas

Teniendo en cuenta que dentro de la documentación allegada al proceso mediante las exhibiciones practicadas se encontraban documentos en idioma inglés, el Tribunal dispuso su traducción al castellano, tarea que se encomendó a la señora traductora María Teresa Lara. La traducción oficial fue incorporada al expediente.³⁰

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por encontrar que todas las pruebas decretadas, salvo las desistidas a que se hizo referencia anteriormente, fueron practicadas en forma oportuna, el 30 de septiembre de 2014 el Tribunal cerró el periodo probatorio. El 6 de noviembre de

²⁶ Folios 65 y 66 del C. de Pruebas No. 4.

²⁷ Folios 73 a 83 del C. de Pruebas No. 3.

²⁸ Folios 1 a 72 del C. de Pruebas No. 3.

²⁹ Folios 323 y 324 del C. Principal No. 1.

2014 las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y los correspondientes resúmenes escritos fueron incorporados al expediente.³¹

En esa misma oportunidad, el Tribunal fijó la presente fecha para la audiencia de lectura del Laudo.

IV. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 4 de junio de 2014, por lo cual dicho término vencería el 3 de diciembre de 2014. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábiles
Acta No. 4 – Auto No. 7	5 y 16 de junio /14 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 6 – Auto No. 10	19 de junio y 28 de julio /14 (ambas fechas inclusive)	26
Acta No. 8 – Auto No. 13	31 de julio y 11 de agosto/14 (ambas fechas inclusive)	7
Acta No. 14 – Auto No. 19	1 de octubre y 5 de noviembre/14 (ambas fechas inclusive)	24
Acta No. 15 – Auto No. 20	7 de noviembre y 5 de diciembre /14 (ambas fechas inclusive)	20

Total días de suspensión	85
--------------------------	----

El proceso estuvo suspendido durante ochenta y cinco (85) días, que sumados a los del término, llevan a concluir que éste vence el diez (10) de abril de dos mil quince (2015). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

³⁰ Folios 65 a 82 del C. de Pruebas No. 4.

V. PRESUPUESTOS PROCESALES

Para efectos de la emisión del Laudo se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se encuentran satisfechos los presupuestos procesales, esto es, si se cuenta con los requisitos indispensables de validez del proceso que permitan proferir una decisión de fondo.

Al respecto el Tribunal encuentra que tales presupuestos están cumplidos. En efecto, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones de existencia y representación legal que obran en el expediente, Asesorías e Inversiones S.A. y AIG Seguros Colombia S.A. son personas jurídicas que tienen su domicilio en Bogotá. Igualmente, sus representantes legales son mayores de edad, como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes, y cada parte actuó por conducto de su apoderado reconocido en el proceso.

Mediante Auto No. 6 proferido en la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el 4 de junio de 2014, el Tribunal reiteró esa capacidad y la debida representación de las partes; advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato objeto de controversia; que se trata de una controversia sobre asuntos claramente disponibles, y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el

³¹ Folios 329 a 353 y 354 a 394 del C. Principal No. 1.

Laudo, el Tribunal tenía, y aún conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio.

La demanda con la que se instauró este proceso reúne los requisitos necesarios para que se pueda definir el conflicto planteado, pues satisface plenamente los requisitos formales previstos en los Arts. 75 y siguientes del C.P.C. En ella se hizo una acumulación de pretensiones que no contraviene las normas aplicables, por lo que por este aspecto el Tribunal Arbitral está habilitado para pronunciarse sobre ellas, cumpliéndose, por tanto, con ello el requisito de la demanda en forma.

Por otra parte, el proceso se adelantó con observancia de las normas procesales pertinentes, sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al Art. 145 del C.P.C.,³² por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con el propósito de abordar posteriormente las pretensiones de la parte Convocante y las defensas de la Convocada, el Tribunal analizará, inicialmente, la estipulación

³² El Art. 145 del Código de Procedimiento Civil dice:

"En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del Art. 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará."

del contrato de seguro que vinculó a las partes y cuyo alcance es el objeto central de la controversia, para analizar luego el sentido de dicha estipulación y evaluar su eficacia de conformidad con el régimen aplicable.

1. ESTUDIO DE LA "CLÁUSULA 1.1 KFA 81. ACTOS DOLOSOS DE TRABAJADORES"

1.1. El texto de la cláusula bajo examen

La cláusula cuyo estudio debe abordar el Tribunal, con miras a resolver la controversia que se ha visto sometida a su consideración, es del siguiente tenor:

"(...) Cláusula 1.1 KFA81: ACTOS DOLOSOS DE TRABAJADORES

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

"No obstante lo anterior, se acuerda que con respecto a las negociaciones u otras transacciones con títulos valores, mercancías, futuros, opciones, monedas, moneda extranjera (y similares), préstamos y transacciones de tal naturaleza u otras extensiones de crédito, esta póliza cubre sólo las pérdidas que resulten directa y únicamente de actos dolosos cometidos por los empleados del asegurado, con la intención manifiesta de efectuarlos y que resulten en lucro financiero deshonesto para ellos, diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones

*y otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos (...)."*³³

1.2. Posturas de las partes en relación con los elementos estructurales del amparo

En forma previa a fijar el entendimiento del Tribunal en relación con la cláusula objeto de estudio, se procederá a realizar una breve reseña sobre la postura de las partes frente al sentido y alcance de la misma, con el propósito de delimitar la discusión que entre ellas se ha presentado.

1.2.1. Postura de la Convocante

La parte Convocante, además de que ha esbozado durante el proceso, entre otras ocasiones al alegar de conclusión, argumentos que van más allá de la manera en que debe entenderse la cláusula que nos ocupa, y sobre los cuales se pronunciará el Tribunal más adelante, ha sostenido en relación con este preciso asunto del alcance de la cláusula que, por virtud de lo establecido en el segundo párrafo de la misma, se limitó el amparo en el sentido de que solo se cubrirían las pérdidas que resultaren directamente de actos dolosos cometidos por los empleados del asegurado, con la intención manifiesta de efectuarlos y que resultaren en lucro financiero deshonesto para ellos.

Al alegar de conclusión, la parte Convocante sostiene que *"(...) El lucro financiero puede ser de varias clases. Aquí se excluyen como lucro, los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones etc, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos, exclusión lógica porque por ser durante el normal*

³³ Folio 5 respaldo. C. de Pruebas 1.

desarrollo de sus empleos, se entiende que no ocurren actos dolosos de los trabajadores³⁴.

"De ahí se deduce que los salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones etc, devengados por los empleados durante el ANORMAL DESARROLLO DE SUS EMPLEOS, es decir, celebrando transacciones sin autorización de los clientes son para ellos un lucro financiero deshonesto (...)."

Y más adelante, en el mismo escrito, afirma: "(...) Este requisito también ha quedado probado durante el proceso, pues se demostró que los ex empleados SÁNCHEZ Y PRADO devengaron salarios, prestaciones sociales, obtuvieron préstamos, mantuvieron sus puestos para seguir obteniendo todas estas remuneraciones, y este lucro financiero lo obtuvieron en un ANORMAL DESARROLLO DE SUS EMPLEOS. Además obtuvieron lucro financiero como consecuencia de la comisión del delito de Abuso de Confianza, como se explicará en apartes posteriores.

"El desarrollo que hicieron de sus empleos los señores SÁNCHEZ Y PRADO fue ANORMAL porque actuaron por fuera de lo señalado en la Ley 964 de 2005 y del Decreto 2555 de 2010, normas que son claras y de obligatorio cumplimiento para los operadores de mercado de valores como lo eran ellos.

"En este sentido, si el lucro obtenido por los ex empleados a título de salarios, prestaciones, préstamos, aumentos etc, fueron obtenidos dentro del ANORMAL

"(...) ³⁴Artículo 44 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: 1º. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, a la presente Ley y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva. 2º. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos debe ser fácilmente legibles, y 3º. Los amparos básicos y las exclusiones debe figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza (...)."

desarrollo de sus funciones, el segundo detonante para que el amparo de la póliza funcione, quedó establecido en el caso presente. Los montos recibidos por los ex empleados por salarios, quedaron plenamente probados en el dictamen pericial (...)."

Como se puede ver, para la parte Convocante es claro que para que se afecte el amparo en comento, se requiere de la realización de actos dolosos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado; como también lo es que, cuando se trata de la realización de operaciones o transacciones asociadas a títulos valores, mercancías, futuros, monedas, así como otras negociaciones similares, se requiere que ellas resulten en lucro financiero deshonesto para tales empleados.

Ahora bien, tiene claro la parte Convocante que no pueden tomarse como constitutivos de lucro financiero deshonesto, los salarios, bonificaciones, prestaciones y otros, devengados por los empleados durante el **normal** desarrollo de sus empleos.

Siendo ello así, entiende la parte demandante que si tales salarios, bonificaciones y otras prestaciones de la misma estirpe, se obtienen durante el "anormal" desarrollo del empleo que corresponda, se verifica uno de los elementos que configuran el amparo.

Dicho de otra forma, tales beneficios, obtenidos en esas circunstancias, tendrían la calidad de lucro financiero deshonesto y, en tal medida, contribuirían a configurar el supuesto que desata la afectación de la cobertura.

Siguiendo esta orientación, la parte Convocante, entonces, se preocupa por delinear el alcance de la expresión "normal". Y en tal sentido expresa que "(...) *El "normal" desarrollo de un empleo es el que se ajusta a las conductas, tareas, actividades*

regladas por el Código Sustantivo del Trabajo, por las reglas impuestas por las leyes que rigen a los operadores del mercado de valores, por la Bolsa de valores de Colombia, por el reglamento de trabajo, y por la honorabilidad con la que se debe proceder en todas las actuaciones.

"No puede ser "normal" el desarrollo de un empleo de un operador del mercado de valores, que a sabiendas, contrariando todas las normas impuestas a dicho trabajo, mediante conductas dolosas y fraudulentas, sin autorización de los inversionistas, negocia las acciones, realiza operaciones intradía, vende acciones con pacto de retroventa para constituir un repo, etc.

*"Si el operador del mercado (los señores SÁNCHEZ Y PRADO) realiza operaciones cumpliendo con la normatividad de su trabajo y de la ley, los salarios, prestaciones etc, que devenga, lo SON EN EL EJERCICIO DEL NORMAL DESARROLLO DE SU EMPLEO. Contrario sensu, si el operador es deshonesto y negocia el portafolio de los clientes sin su autorización y por ende, transgrediendo la normatividad del mercado, en ese punto, los salarios, prestaciones, etc, que devenga, lo SON EN EL EJERCICIO **ANORMAL** DE SU EMPLEO (...)."*

Agrega que, en cualquier caso, la expresión a que se viene haciendo referencia, debe interpretarse tomando "(...) en consideración la comprensión del adherente medio, de modo que salvo pacto especial de las partes, que aquí no se evidencia, las disposiciones contractuales deberán comprenderse en su acepción común y corriente o habitual; y por otro lado, que su interpretación es restrictiva, en cuanto se trata de una cláusula de exclusión, vale decir, que relaciona las circunstancias que le permiten exonerarse de la obligación de asumir la indemnización que le corresponde, motivo por el cual, atendiendo los deberes de claridad y precisión que le son exigibles, y que AIG no cumplió, no le es dado subsumir hechos no previstos puntualmente como tales (...)."

En este orden de ideas, no solo expresa la parte Convocante que la cláusula debe interpretarse en el sentido de que cualquier tipo de salario, bonificación o prestación, obtenido por razón de la realización de actos irregulares, puede catalogarse como lucro financiero deshonesto en los términos de la póliza objeto del presente proceso, sino que, además, sostiene que la cláusula es ambigua, lo que supone que deba interpretarse en favor del asegurado, y como si fuera poco, ella contiene una exclusión, lo que impone su interpretación restrictiva, de manera que esa circunstancia excluyente de su responsabilidad, relativa a que las prestaciones, salarios, bonificaciones y otros beneficios obtenidos por el empleado durante el normal desarrollo de su empleo no constituyen lucro financiero indebido, no puede extenderse a otras situaciones distintas.

No puede pasarse por alto que, además de que la parte Convocante fijó el que, en su opinión, era el alcance que la cláusula tenía, fundándose en los antedichos criterios, manifestó también que "(...) *El contrato de seguro objeto de este proceso fue celebrado por ASESORÍAS Y AIG dando cumplimiento a las reglamentaciones de la Superfinanciera y de la Bolsa de Valores sobre la obligatoriedad de los Comisionistas de Bolsa de contratar una póliza de seguro que las proteja contra los riesgos que puedan sufrir con detrimento de su patrimonio (...)*". Así, según lo señaló en los hechos 18 y 19 de la demanda, la circunstancia de que se haya celebrado el seguro con dicho propósito y en atención a la mencionada normatividad, puede tomarse como un elemento determinante del objeto de la cobertura.

Por otra parte, la Convocante ha hecho alusión también a otras circunstancias que si bien no están relacionadas de manera íntima con el sentido de la cobertura, a su juicio podrían derivar en la responsabilidad de la compañía aseguradora. Entre ellas se destacan la relativa al supuesto incumplimiento de la aseguradora del deber de

informar de manera adecuada a su asegurado sobre el contenido de la cláusula que nos convoca, así como la que se refiere a la posible ineficacia de la aludida estipulación.

En esa medida, sobre estos y otros asuntos, habrá de pronunciarse también el Tribunal en otro aparte del presente Laudo.

1.2.2. Postura de la Convocada

Por su parte, la Convocada sostiene, al alegar de conclusión, en primer lugar que, si bien el contrato de seguros es un negocio jurídico que puede catalogarse como “de adhesión”, ello no conlleva necesariamente que todas sus cláusulas puedan tildarse de abusivas o vejatorias, como tampoco que aquellas deban ser interpretadas en cualquier caso en contra suya. Así, señala que la aplicación del artículo 1624 del Código Civil solo tendrá lugar en presencia de cláusulas ambiguas o confusas.

Por tal razón, no puede utilizarse, según la Convocada, el argumento relativo a la antedicha característica del seguro, para, con base en ello, entender cubiertas circunstancias o hechos que no lo están.

A partir de allí, expresa la Convocada que la cláusula de que trata es de común utilización en el mercado asegurador mundial, y que su finalidad “(...) *es evitar el cubrir pérdidas operacionales o de mercado, así las mismas obedezcan a actos dolosos, deshonestos o fraudulentos de los trabajadores del asegurado (...)*”.

Agrega el apoderado de la Convocada en su alegato que, jurisprudencialmente, se ha establecido que, en punto de los riesgos asumidos por el asegurador, la interpretación del contrato de seguro debe ser restrictiva, lo que lo lleva a concluir que en este caso “(...) *solo se amparaban las pérdidas originadas en actos*

deshonestos y que generaran una utilidad financiera para los empleados implicados, diferentes a salarios, honorarios comisiones, bonificaciones o prestaciones (...)". Así, para la Convocada nunca se cubrirían pérdidas producidas por actos deshonestos que generaran, como lucro, los beneficios laborales antes mencionados.

Por otra parte, se pronuncia en el mismo escrito sobre el argumento planteado por la Convocante en el sentido de que el seguro se celebró para cumplir con previsiones fijadas por normas legales y administrativas para protección del patrimonio de las comisionistas de bolsa, indicando que "*(...) la asegurada como entidad del sector financiero y profesional en el mercado bursátil es quien debe conocer cuáles son los riesgos a los que se enfrenta y sus necesidades, así como en qué términos debe cumplir con los seguros que le exija la ley, los reglamentos y la Superintendencia Financiera de Colombia (...)*".

Todo lo anterior, para concluir que en este caso no se afectó el amparo en cuestión.

1.3. Consideraciones del Tribunal en torno al entendimiento del amparo

Vistas las posturas de las partes del proceso en relación con la manera en que debe entenderse el amparo que pretende afectarse, debe el Tribunal fijar cuál es, en su comprensión del asunto, el entendimiento de la cláusula.

En primer término, debe recordarse en este punto que, de acuerdo con el artículo 1056 del Código de Comercio, "*(...) Con las restricciones legales, el asegurador podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado (...)*".

Así, por virtud del acuerdo contractual, vertido de ordinario en su totalidad en el cuerpo de la póliza de seguros, es perfectamente posible delimitar el cúmulo de

riesgos que serán asumidos por la compañía aseguradora en virtud de aquel. Ahora bien, en dicho proceso de estructuración y definición de los riesgos que se asumirán, deben tenerse en cuenta las limitaciones legales que en esta materia existen, razón por la cual la autonomía privada se verá restringida, de manera ciertamente excepcional, por disposiciones legales de corte imperativo que impiden la asunción de ciertos riesgos³⁵, como también por la aplicación de principios que, como el de la buena fe, contribuirán a que en desarrollo de aquella autonomía no se presenten situaciones abusivas en contra del asegurado a partir del establecimiento de estipulaciones por completo desequilibradas e injustas.

En cualquier caso, dentro del marco trazado por aquellas normas y principios, la autonomía privada desarrolla su valiosa labor de configuración y delimitación del objeto del seguro, tal como se deduce de la previsión del artículo 1056 del Código de Comercio, antes citado.

Por otra parte, debe agregarse a lo anterior, que jurisprudencialmente se ha establecido, en no pocas ocasiones,³⁶ que los contratos de seguro son de interpretación restrictiva. En efecto, así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de manera insistente, como se puede observar en la Sentencia de 29 de enero de 1998, expediente 4894, con ponencia del magistrado Carlos Esteban Jaramillo, en la que se expresó: *"(...) En efecto, tomando como punto de forzosa referencia los postulados básicos que acaban de señalarse, la doctrina jurisprudencial (G.J, T.CLXVI pág. 123) tiene definido de vieja data que en orden a*

³⁵ A manera de ejemplo, puede mencionarse que, de acuerdo con el artículo 1055 del Código de Comercio: *"(...) El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquiera estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar el asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo (...)."*

³⁶ Esta posición se ha reiterado en varias sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. A manera de ejemplo, pueden señalarse la Sentencia de 1º de agosto de 2002, con ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, expediente No. 6907; la de 5 de diciembre de 2006, con ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente No. 00812-01; y la de 19 de diciembre de 2008, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez.

impedir las nocivas tendencias, tanto de quienes reclaman con el propósito de procurar conseguir beneficios extraños al seguro contratado, lo que sin duda redundaría en menoscabo para la mutualidad de riesgos homogéneos creada, como de los aseguradores de exonerarse de responder desconociendo razonables expectativas que del contrato emergen para aquellos, este último debe ser interpretado en forma similar a las normas legales y sin perder de vista la finalidad que está llamado a servir, esto es comprobando la voluntad objetiva que traducen la respectiva póliza y los documentos que de ella hacen parte con arreglo a la ley (Arts. 1048 a 1050 del C de Com), los intereses de la comunidad de asegurados y las exigencias técnicas de la industria. Dicho en otras palabras, el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse "escritura contentiva del contrato"(...)"

Como se puede observar, para la Corte Suprema de Justicia, es absolutamente claro que, en la labor de interpretación del contrato de seguro, el texto de la póliza contentiva del negocio jurídico es insumo fundamental, lo que, como se ha anticipado, no quiere decir que en la labor de configuración de los elementos individualizadores del riesgo asegurado, así como de las coberturas y las exclusiones, pueda actuarse en contravía de normas y principios que rigen la contratación privada en general, y la actividad aseguradora en particular, algunos de los cuales propenden por lograr el equilibrio de la relación aseguraticia y la protección del tomador-asegurado.

Está claro, entonces, que una cosa es que se pueda individualizar el riesgo que será objeto de amparo, como se dispone en el artículo 1056 del Código de Comercio, y, otra muy distinta, es que en desarrollo de dicha individualización pueda atentarse

injustamente contra los derechos de quien concurre con la aseguradora a la celebración del contrato y del beneficiario de la correspondiente prestación.

No desconoce este Tribunal, en consecuencia, que definitivamente la naturaleza del contrato de seguro y la manera en que el mismo de ordinario se celebra, conduce al intérprete por unos caminos distintos de los que se recorren en aquellos casos en los que el contrato encuentra origen en la equivalencia de los poderes de negociación de los intervinientes. Empero, tal circunstancia, se repite, reconocida por el Tribunal, no puede derivar en que se desconozca la claridad y contundencia de una cláusula, para extender los efectos de la cobertura aseguraticia a eventos distintos de los que se tenía previsto cubrir.

Así, siguiendo la orientación trazada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y descendiendo a la interpretación de la cláusula que ocupa la atención del Tribunal, puede señalarse que, en general, por medio del amparo de infidelidad, que en este caso se ha denominado de "ACTOS DOLOSOS DE TRABAJADORES", las aseguradoras cubren las pérdidas sufridas por el asegurado como consecuencia de actuaciones deshonestas, dolosas o fraudulentas de sus empleados. Este riesgo, dependiendo del clausulado aplicable, se verá limitado o condicionado por una serie de exigencias fácticas adicionales dispuestas en la póliza respectiva, cuya realización deberá verificarse para que se pueda entender configurado el siniestro y sea procedente el pago de la indemnización correspondiente.

A continuación se analizará el texto de la cláusula, tal como aparece redactado en la póliza que se ha allegado al expediente y que, en opinión de ambas partes del proceso, es la que contiene el contrato de seguro celebrado por ellas.

1.3.1. Elementos diferenciadores entre el primer y segundo inciso de la "cláusula 1.1 KFA 81. Actos Dolosos de Trabajadores"

La cláusula objeto de examen consta de dos incisos, que analizados separadamente permiten advertir ciertas diferencias entre los mismos, como se pasará a explicar.

De acuerdo con el primer párrafo, el objeto del amparo recae sobre pérdidas resultantes directa y únicamente de actos dolosos o fraudulentos cometidos por empleados del asegurado, con la intención de causarle a éste una pérdida o de obtener un lucro financiero para ellos.

En este orden de ideas, para que se presente una situación objeto de cobertura se requiere, definitivamente, que se produzca un acto doloso o fraudulento de una persona que tenga la condición de empleado del asegurado. Pero, por otra parte, tal empleado debe haber dirigido su intención a la generación de una pérdida para su empleador, o a la obtención de un lucro financiero para sí.

De acuerdo con lo anterior, es la conjugación de los dos elementos a los que se acaba de hacer referencia, lo que desencadena la afectación del amparo o, si se quiere, la materialización del riesgo asegurado, siempre y cuando, como es natural, a partir de dicha conjugación se sufra efectivamente una pérdida por parte del asegurado.

El segundo inciso de la cláusula 1.1. KFA81 trata, de manera específica, de las negociaciones y transacciones que recaigan sobre títulos valores, mercancías, futuros, opciones, monedas y otras similares. Lo anterior significa que el alcance de este segundo párrafo es más limitado, habida consideración de que, el primero alude en general a cualquier tipo de labor llevada a cabo por los empleados del asegurado, al paso que el segundo regula el desarrollo de una actividad específica,

como es la relacionada con la negociación o transacción de los tipos de bienes antes reseñados.

Pues bien, de acuerdo con el segundo párrafo de la cláusula, en el marco de las actividades ya referidas, se cubren las pérdidas que resulten directa y únicamente de actos dolosos cometidos por los empleados del asegurado, con la intención manifiesta de efectuarlos y que resulten en lucro financiero deshonesto para ellos, con la particularidad, en cuanto a este último requisito, de que el mismo no puede consistir en *“salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos”*.

En esa medida, para la materialización del riesgo cubierto por el segundo párrafo de la cláusula 1.1. KFA 81, se requiere la coincidencia de diversos elementos, a saber: la realización de uno o varios actos dolosos por parte de empleados del asegurado; la obtención de un lucro financiero deshonesto por parte de los mismos que, según lo señalado en la precitada cláusula debe ser *“diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones u otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos”*; y la ocurrencia de una pérdida para el asegurado, originada directa y únicamente en aquellos actos. Ahora bien, tal coincidencia debe producirse, según se ha advertido, en el marco del desarrollo de las específicas actividades descritas en el inciso que se analiza, pues si se trata de actividades distintas, el inciso aplicable sería el primero.

1.3.2. Elementos estructurales del amparo, según el inciso segundo de la “cláusula 1.1 KFA 81. Actos Dolosos de Trabajadores”

Según se ha señalado, el inciso segundo de la cláusula en comento, que descansa sobre un supuesto fáctico distinto de aquel al que el primero se refiere, se compone de una serie de elementos que lo distinguen, y ellos deben cumplirse cabalmente para entender que se ha materializado el riesgo allí descrito.

Tales elementos que, como se ha indicado, se deben conjugar en el marco de actividades de negociación o transacción de cierto tipo de bienes específicos, son los siguientes:

1.3.2.1. Existencia de una pérdida directa y únicamente derivada de la actuación dolosa de los funcionarios

Como ocurre por regla general en materia aseguraticia, el principal desencadenante de una cobertura cualquiera consiste en que el asegurado sufra una pérdida de carácter patrimonial. Sin embargo, lo particular en este caso, según se observa en el texto examinado, es que ella debe ser producto directo y exclusivo de los actos deshonestos cometidos por los empleados del asegurado, lo que permite afirmar que en aquellos eventos en que se presenten varias causas generadoras de la pérdida, incluso contando entre las mismas la realización de un acto deshonesto, la exigencia de la exclusividad en materia causal no se cumpliría cabalmente y, por tal razón, se pondría en entredicho la afectación del amparo.

1.3.2.2. Intención manifiesta de actuar con dolo

Aparece nítido también que, para la afectación de esta cobertura, se requiere la realización de actos dolosos o fraudulentos de los empleados del asegurado, con la intención manifiesta de efectuarlos.

Queda absolutamente claro, al punto de parecer redundante, que los actos objeto de cobertura deben ser totalmente intencionales. Ellos no podrán ser producto de un actuar meramente negligente o imprudente; se requiere absoluta y plena conciencia de su realización. El deseo de la materialización de tales actos debe hallarse presente en su artífice, para que puedan enmarcarse dentro de las líneas conceptuales trazadas por el segundo inciso de la cláusula que nos ocupa, y además, según ya se indicó, ellos deben aparecer como causa exclusiva de una pérdida patrimonial del asegurado.

Ahora bien, el dolo a que se hace referencia debe entenderse desde su acepción civil³⁷, y no en su conceptualización penal. Por esto, no se requiere sentencia criminal, o siquiera denuncia o imputación, en contra de los implicados, para que pueda entenderse configurado el dolo exigido contractualmente. De hecho, en manera alguna, la cobertura ha sido redactada en función de la comisión de un ilícito penal, lo que desemboca en que será irrelevante para el Tribunal si se ha incurrido en la comisión de un tipo penal particular; se evaluará, por supuesto, si la conducta se enmarca en la previsión contractual, y ello será lo que determinará si en este caso se materializó el riesgo amparado o no.

³⁷ En laudo arbitral proferido por los doctores Alejandro Venegas, José María Neira y José Fernando Torres, el 30 de agosto de 2002, en los que intervinieron Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación y Aseguradora Colseguros S.A., como partes convocante y convocada respectivamente, se expresó, en relación con la evaluación de la conducta dolosa en el marco de contratos de carácter comercial: "(...) *"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 (...)."*

1.3.2.3. Obtención de lucro financiero deshonesto

Como se ha mencionado, en la cláusula objeto de estudio se hace referencia, como elemento configurador de la cobertura, a la obtención de una ganancia económica incorrecta o inapropiada por parte del empleado, lo que en el texto de la póliza se ha identificado con la expresión “lucro financiero deshonesto”.

Se ha hecho referencia a que el germen de ese lucro se halla en uno o varios actos deshonestos o fraudulentos; sin embargo, llama la atención que no se haga mención, en el texto que se viene comentando, a la intención de que se produzca dicho lucro financiero deshonesto y que, respecto de él, solo se exija su efectiva producción, con independencia de la intención del agente del acto.

Con todo, el Tribunal advierte que, en la práctica, un lucro como el que contempla la cláusula que se analiza, al provenir de un acto deshonesto o fraudulento, no será producto sino de la intención, igualmente deshonesto o fraudulento, de obtenerlo o de conservarlo.

Este tipo de actos, dolosos o fraudulentos, siempre se efectúan con un propósito, que ordinariamente se asocia al deseo consciente de su autor de obtener algún tipo de beneficio para sí o para algún tercero en particular. Cuando ese tipo de propósito se cumple, la intención dolosa se evidencia, entre otros medios demostrativos, a partir de la obtención de un provecho directo o indirecto para quien incurre en el actuar doloso, el cual puede ser correlativo a la pérdida sufrida por el empleador, sin que ello sea condición necesaria para que surja la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora.

Con fundamento en lo anteriormente expresado, considera el Tribunal que, al disponerse en el caso del amparo analizado, con meridiana claridad, que debe obtenerse un lucro financiero deshonesto, se delimita aún más la cobertura, pues no bastará con la intención correspondiente, sino que se requeriría de la producción del efecto deseado.

Aclarado lo anterior, se hace necesario desentrañar el sentido de la expresión "lucro financiero deshonesto", máxime si se tiene en cuenta que, en torno a dicho significado, la discrepancia de las partes del proceso es total. De hecho, podría decirse que el origen de la controversia de que trata el presente proceso, está asociado precisamente al distinto entendimiento que las partes tienen de la referida expresión, particularmente en cuanto atañe a si pueden catalogarse como "lucro financiero deshonesto", los salarios devengados por los exempleados PRADO y SÁNCHEZ.

En primer término, el Tribunal estima que la expresión "lucro financiero deshonesto" hace referencia a las ganancias, provechos o utilidades de carácter económico, pero no necesariamente dinerario, que se obtienen en forma contraria a la honradez, la probidad o la corrección.

Ahora bien, a juicio de este Tribunal, la manera en que se describe el amparo, permite afirmar, sin lugar a hesitación, que, en ningún caso, pueden catalogarse como "lucro financiero deshonesto", los salarios, bonificaciones, comisiones y otros emolumentos similares devengados por los empleados.

Al establecerse que se cubren los perjuicios derivados de actos dolosos de los empleados "(...) *que resulten en lucro financiero deshonesto para ellos, diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus*

empleos (...)”, se refleja la voluntad o intención, clara y precisa, de considerar que tales conceptos no se entenderán como “lucro financiero deshonesto”, aun en el evento en que ellos hayan sido obtenidos con posterioridad a que el empleado respectivo haya incurrido en actos dolosos o fraudulentos, o aún en el supuesto en que tales actos dolosos o fraudulentos hayan tenido como propósito conservar su empleo o lograr un aumento o un ascenso.

La Convocante ha planteado que en estos últimos eventos, estaríamos frente a la obtención de salarios u otros emolumentos similares, en un desarrollo “anormal” de los empleos, con lo que se ubicarían en la noción de “lucro financiero deshonesto”. Sin embargo, considera este Tribunal que tal interpretación es equivocada, en cuanto que con ello se dejaría sin sentido la delimitación que se pretendió establecer en relación con los emolumentos a que se ha hecho referencia.

El Tribunal advierte que para determinar el sentido de la cláusula 1.1. KFA 81, y particularmente para fijar el alcance de la expresión “normal desarrollo de los empleos” que en ella se establece, debe partirse del hecho de que, por referirse la aludida disposición al amparo de infidelidad de actos de los trabajadores, su aplicación supone, necesariamente, la existencia de un comportamiento irregular.

Partiendo de tal premisa que, vale indicarlo, debe servir de permanente guía en la labor de interpretación de la cláusula, hay que señalar que, de aceptarse como cierta la postura de la Convocante, verificada la existencia de la actuación irregular de un empleado, habría que aceptar siempre la configuración de un desarrollo anormal de sus funciones y, de contera, la obtención de un lucro financiero deshonesto constituido, según la comprensión de la Convocante, por la percepción de sus salarios, honorarios, comisiones y demás emolumentos de similar naturaleza. Así, ningún efecto tendría la salvedad plasmada en la estipulación que se comenta.

De ser tal la comprensión de la cláusula, podría incluso afirmarse que, para efectos de entender configurado el amparo bastaría con acreditar la ocurrencia de una pérdida y el comportamiento doloso del empleado, pues, por el solo hecho de que éste hubiera actuado de manera irregular, se entendería que su salario es constitutivo de lucro financiero deshonesto, con lo que resultarían acreditadas las tres condiciones exigidas para la procedencia del amparo. En efecto, bajo la comprensión que la Convocante plantea de la cláusula 1.1. KFA 81 no se encuentra en qué eventos, no obstante el irregular actuar del funcionario, pueda considerarse que ha actuado en normal desarrollo de su empleo y que, por ende, su remuneración puede ser excluida de la comprensión del lucro financiero deshonesto.

Como se advierte, pues, la interpretación que la Convocante le da a la cláusula 1.1. KFA 81 haría por completo nugatoria la delimitación prevista en el sentido de no considerar lucro financiero deshonesto los salarios y demás emolumentos similares, lo que resultaría abiertamente contrario a la norma de interpretación prevista en el artículo 1620 del Código Civil, según la cual *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse de aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno”*.

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

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

Para el Tribunal es posible una actuación que encaje dentro de las labores que normalmente debe desarrollar un empleado, pero que se presente de manera irregular, en la medida en que se desatiendan requisitos establecidos para llevar a cabo dicha labor, como podría ser el caso de un comisionista que habitualmente celebra operaciones de repo, de compra y de venta en el mercado de valores, y que procede en tal sentido sin disponer de la respectiva autorización del cliente. Así pues, el Tribunal entiende que el concepto de actuación irregular no es sinónimo, desde la perspectiva de la póliza, del de actuación anormal.

De conformidad con lo anterior el Tribunal concluye que, siguiendo el derrotero que en la labor de interpretación impone el ya citado artículo 1620 del Código Civil, ha de entenderse que el lucro financiero deshonesto que, unido al dolo, podría desencadenar la aplicación de la cobertura se configura cuando, por ejemplo, un empleado, celebra operaciones que están fuera de la competencia que en el normal desarrollo de sus funciones le están autorizadas, a cambio de comisiones, honorarios o emolumentos que bien podrían ser sufragados por un tercero.

Es pues de conformidad con las consideraciones antes expuestas que el Tribunal se inclina definitivamente por entender que cuando se estableció esa específica previsión relativa a salarios y otros emolumentos, se tuvo como propósito que tales

beneficios, alcanzados en el normal desempeño de sus labores –según el alcance indicado- no podrían ser considerados como “lucro financiero deshonesto”.

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

Por otra parte, vale indicar que no influye en modo alguno, sobre la interpretación que se ha hecho de la cláusula, la reglamentación de la Superintendencia Financiera y de la Bolsa de Valores que obliga a las sociedades comisionistas de bolsa a contratar seguros para cubrir las pérdidas que sufran en desarrollo de sus labores.

En efecto, aunque en sentir de la Convocante la aseguradora demandada conocía los riesgos que de acuerdo con la reglamentación de la Superintendencia Financiera debían ser amparados a las sociedades comisionistas de bolsa, razón por la cual, en su opinión, habría que interpretar la cobertura en un sentido diferente al que aquí se ha fijado, el Tribunal encuentra que el hecho de que el cumplimiento de la reglamentación haya sido la causa particular que generó la celebración del contrato por parte de la Convocante, no es razón suficiente para variar la interpretación antes explicada. En efecto, la reglamentación de la Bolsa tiene como destinatarios a las sociedades comisionistas, quienes deben preocuparse por cumplir con aquella, sin que pueda decirse que se trata de normas dirigidas a modificar el objeto de los contratos que sus destinatarios celebren, como ocurre en otros casos, por ejemplo en materia de seguro de cumplimiento de contratos estatales, en los que se fijan normas imperativas a las que deben ajustarse los respectivos contratos, cuyo objeto y demás condiciones terminarán fijados por dicha normatividad sin que pueda estipularse en contrario. En este orden de ideas, en un caso como el que nos ocupa,

será la autonomía privada la que determinará el objeto y demás condiciones del contrato, obviamente con las restricciones legales ordinarias.

Por lo demás, la Convocante no logró acreditar que la póliza objeto de este proceso difiera de la que, en cumplimiento de la reglamentación establecida por la Superintendencia Financiera, se debió contratar. Correspondía a la Convocante, quien planteó el respectivo cuestionamiento al respecto, acreditar cuál era esa reglamentación bursátil y de qué manera la misma fue inobservada por la aseguradora al ofrecer los respectivos seguros, si es que a ella le fuera oponible dicha reglamentación.

1.4. Inexistencia de ambigüedad en la cláusula 1.1. KFA 81. Análisis del deber de información y del relativo a suministrar explicaciones

1.4.1. Posturas de las partes

Según quedó indicado al resumir las posturas manifestadas por las partes en relación con el alcance de la cláusula 1.1. KFA 81, al alegar de conclusión la Convocante señaló que, al momento de celebrar el contrato de seguro que sirve de origen a la cuestión debatida, la Convocada inobservó el deber de información que, de conformidad con la ley, le corresponde atender y que, en consecuencia, no fue claro para la asegurada el alcance del amparo otorgado.

De igual forma, indicó la Convocante que para efectos de otorgar la información que a la aseguradora correspondía suministrar, no bastaba con publicar el texto de la póliza en su página web. Agrega la Convocante que a través de dicho medio no pueden ser explicados los contenidos de una póliza, cuyas cláusulas, en su opinión, son ambiguas y de difícil comprensión, pues, en muchas ocasiones, como sucede

con la cláusula KFA 81, se trata de textos traducidos del inglés al idioma castellano, por indicación específica de las compañías reaseguradoras.

Agrega la Convocante que la obligación de información recaía de forma directa sobre la Convocada, a quien no les es dable delegar tal función en la compañía corredora de seguros, quien, según lo ha señalado la doctrina, no puede representarla.

Por su parte, la Convocada, al formular sus alegaciones, señaló que resultan jurídicamente intrascendentes las quejas en este punto planteadas por su contraparte, en la medida en que la asegurada debe conocer los riesgos que enfrenta como operador del mercado bursátil, así como los términos en los que la ley le exige que se encuentren cubiertos dichos riesgos.

1.4.2. Consideraciones del Tribunal en torno al supuesto carácter ambiguo de la "cláusula 1.1 KFA 81. Actos Dolosos de Trabajadores" y a la supuesta falta de explicaciones y de información de la Convocada

Tras analizar los planteamientos de las partes en torno al asunto que viene exponiéndose, lo primero que el Tribunal advierte es que las consideraciones que en este punto formula la Convocante no encuentran respaldo alguno en las pretensiones de la demanda. En efecto, la acusación de la ambigüedad de la cláusula 1.1. KFA 81 y de la supuesta falta de información y de explicación solo vino a ser expuesta al alegar de conclusión, sin que exista pretensión ninguna de la demanda relacionada con dicho aspecto.

Ciertamente, los incumplimientos que en la demanda se le endilgan a la Convocada se refieren, de manera exclusiva, a la falta de pago de la indemnización pretendida con ocasión de la supuesta ocurrencia del siniestro, sin que en ninguna pretensión

se plantee el incumplimiento de la Convocada por el hecho de haber dejado de explicar o de informar a la asegurada el contenido de la póliza al momento de la celebración del contrato.

Así las cosas, le asiste razón a la Convocada cuando sostiene que se trata, en realidad, de una cuestión cuyo planteamiento resulta inconducente en la etapa procesal en la que se formuló, pues, no habiendo pretensiones relacionadas con la referida acusación, mal podría el Tribunal proceder a un pronunciamiento específico en dicho frente.

Con todo, en la medida en que en la demanda se planteó que la cláusula 1.1 KFA 81 es abusiva -acusación que, como se verá, no es de recibo- y que su contenido fue predispuesto por la Convocada, el Tribunal estima oportuno dejar consignadas algunas consideraciones en torno a los efectos que se podrían desprender de una posible falta de información, así como de una eventual falta de explicación de su alcance.

Al analizar las declaraciones de los testigos OSWALDO RINCÓN y EXCELINA ZUCCHET, quienes son funcionarios de la Convocante, encuentra el Tribunal que ambos coincidieron en señalar que, al momento de la celebración del contrato de seguro, no se recibió de parte de la aseguradora ninguna información o explicación relativa al contenido de las cláusulas de la póliza.

En el mismo sentido, el testigo JUAN PABLO STIFKEN, quien es funcionario de la firma corredora de seguros que intervino en el proceso de contratación de la póliza objeto de debate, señaló que la función de la compañía corredora se limita a poner en contacto a la aseguradora con el cliente y en hacerle llegar a éste, en caso de contratación, la póliza correspondiente. Agregó que en el evento en que el cliente manifieste algún tipo de duda en relación con el contenido de la póliza, dicha duda

le es transmitida por el corredor a la respectiva compañía aseguradora, sin que en su declaración obre manifestación alguna en torno a que la compañía aseguradora o la corredora de seguros le hayan dado a la Convocante información o explicaciones específicas relativas al contenido de la póliza contratada.

En contraposición a las precitadas pruebas no obra en el expediente ningún medio probatorio en virtud del cual pudiera sostenerse que al momento de celebrar el contrato de seguro que se debate en el presente trámite, la Convocada le hubiera suministrado a la Convocante las explicaciones o información, de cuya ausencia esta se queja.

Corresponde entonces el Tribunal establecer cuál podría ser el efecto derivado de tal hecho.

Para abordar el estudio de la referida cuestión, el Tribunal encuentra procedente analizar, de una parte, lo señalado en el artículo 1624 del Código Civil respecto de los efectos que la falta de explicaciones pueden acarrear para el predisponente y, de otra, las condiciones en las que las aseguradoras se encuentran obligadas a otorgar información a sus clientes, de conformidad con lo previsto en la ley 1328 de 2009 y en las normas generales de protección al consumidor.

1.4.2.1. Análisis de la cuestión de cara a lo previsto en el artículo 1624 del Código Civil

Como punto de partida, resulta pertinente recordar lo previsto en el artículo 1624 del Código Civil, según el cual:

"No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

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

Como se desprende de la precitada disposición, para efectos de que de la falta de explicación se siga un efecto jurídico desfavorable para el predisponente, es necesario que concurren las siguientes circunstancias:

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

Pues bien, aún cuando la cláusula 1.1. KFA 81 fue predispuesta por la Convocada, el Tribunal no encuentra que su contenido resulte ambiguo. En efecto, tal como ha quedado suficientemente expuesto en este Laudo, la referida disposición contractual indica de forma clara los requisitos que se exigen para la configuración del siniestro, para lo cual dedica el primer inciso a los casos generales de infidelidad de los empleados y el segundo lo reserva a los eventos en los que la referida infidelidad se

presenta respecto de operaciones relacionadas con títulos valores u otro tipo de bienes allí relacionados.

En el segundo inciso que, como también ha quedado expuesto, es el que debe tenerse en consideración para efectos de lo que aquí se debate, se señala que habrá lugar a la configuración del siniestro, siempre que se reúnan los siguientes presupuestos: (i) existencia de una pérdida directa y únicamente derivada de la actuación de los funcionarios, (ii) intención manifiesta de actuar con dolo y (iii) obtención de lucro financiero deshonesto.

La supuesta ambigüedad que, al alegar de conclusión, quedó planteada por la Convocante guarda relación con el último de los precitados requisitos, esto es, el relativo a la necesidad de que, con ocasión del doloso actuar de los funcionarios, estos obtengan un lucro financiero deshonesto para sí que, de conformidad con lo señalado en la cláusula 1.1. KFA 81 debe ser *“diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados por los empleados durante el normal desarrollo de sus empleos”*.

Dicho aparte de la cláusula, no obstante las quejas de la Convocante, a juicio del Tribunal no resulta ambiguo y, por el contrario y tal como quedó ya expuesto, su alcance puede ser claramente establecido haciendo uso de la norma de interpretación prevista en el artículo 1620 del Código Civil, según la cual debe preferirse la interpretación conforme la cual la cláusula pueda producir algún efecto. Así las cosas, quedó claro que no existe la ambigüedad de que se queja la Convocante.

Con apoyo en lo anterior, el Tribunal concluye que en el presente caso no se encuentra acreditado ninguno de los requisitos que, desde la perspectiva de lo

previsto en el artículo 1624 del Código Civil, se establecen para que de la falta de explicaciones del predisponente pueda para él derivarse algún efecto desfavorable.

Habida cuenta que, de conformidad con todo cuanto ha quedado expuesto, el contenido de la cláusula 1.1. KFA81 era claro, el Tribunal encuentra que tanto la Convocante, como la entidad aseguradora conocían los riesgos que fueron amparados mediante la póliza de seguros de comisionistas de bolsa No. 1000032, otorgada para la vigencia comprendida entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012.

Así las cosas, y en atención a que la pretensión tercera principal de forma exclusiva se endereza a que se declare que "*AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conocía perfectamente el riesgo que cubrió mediante el contrato de seguro de Comisionistas de Bolsa No. 100032*", el Tribunal despachará favorablemente la aludida pretensión que, vale indicarlo, en su texto es idéntica a la pretensión cuarta subsidiaria.

1.4.2.2. Análisis de la cuestión de cara a lo establecido en la ley 1328 de 2009 y en las normas de protección del consumidor

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal estima pertinente dejar señalado que, una cosa es que, dada la ausencia de ambigüedad de la cláusula no pueda considerarse que su texto debe ser interpretado en contra del predisponente y otra, bien distinta, es que la entidad aseguradora se encuentre eximida de cumplir con el deber de información que, según pasa a indicarse en detalle, le impone la ley 1328 de 2009.

Con anterioridad a la consagración legal de específicos deberes de información en cabeza de los profesionales o empresarios, la doctrina encontró en la buena fe contractual el fundamento de la exigibilidad de tales comportamientos, en particular

utilizando para el efecto la categoría de los deberes secundarios o complementarios de conducta. En dicho contexto se indicó que el deber de información de los sujetos poseedores del conocimiento, de quienes estaban al tanto del estado de la técnica o de los avances de la ciencia surgía de la necesidad de observar comportamientos leales, correctos u honestos en la contratación, y se manifestaba en forma positiva, en el sentido de impulsar al profesional a suministrar a la contraparte información objetiva, clara, oportuna y veraz, para efectos de que el otro contratante dispusiera de elementos de juicio suficientes para poder adoptar decisiones, pero también en forma negativa, en cuanto al deber jurídico de abstenerse de engañar o de inducir en error a los sujetos que se encontraran en el otro extremo de la relación comercial. Se ha considerado también que en el citado contexto de lealtad o corrección en la contratación, quien tiene la información debe tomar la iniciativa para efectos de suministrarla a la otra parte de la relación e, incluso, debe averiguar sus necesidades y su estado de conocimiento sobre el tema materia del respectivo contrato.

Posteriormente, con el desarrollo y perfeccionamiento de los regímenes especiales de protección al consumidor, cuyo sustento se halla en la posición de preeminencia en la que se ubica el empresario frente al cliente y en la consideración correlativa de que éste se encuentra en situación de debilidad o inferioridad frente a aquel, se consagra el deber de información en los estatutos encargados de regular las relaciones de consumo, con la finalidad de otorgarles a quienes se encuentran en una situación de desventaja las herramientas suficientes para que puedan lograr un ejercicio pleno de sus derechos.

Con esta teleología, el legislador colombiano expidió la ley 1328 de 2009, en la que reguló *in extenso* el régimen de protección al consumidor financiero –que incluye al que actúa como tal en relación con los aseguradores-, otorgándole a la información

al consumidor un papel medular, en cuanto principio orientador, derecho de los consumidores y obligación de las entidades vigiladas.

La norma citada establece como uno de sus principios orientadores, encaminado a regir las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. En su artículo 3º literal c., se desarrolla dicha norma rectora en los siguientes términos: *"Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas."*

Adicionalmente, la norma consagra, en el artículo 5 letra b., que uno de los derechos de los consumidores financieros es *"[t]ener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado."*

Análogamente, desde la perspectiva del consumidor, el artículo 6º señala, como una de las prácticas de protección propia³⁸, el que aquel debe *"[i]nformarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos,*

³⁸ Es importante resaltar como, de acuerdo con el párrafo primero del artículo 6º, *"El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros."*

exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le permitan la toma de decisiones informadas."

A su turno, el artículo 7º literal c. de la norma en comento impone como una de obligaciones especiales de las entidades vigiladas, la de "[s]uministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado."

Finalmente, la importancia de esta materia en las relaciones de consumo reguladas por la ley 1329 de 2009 aparece reflejada en la consagración que el legislador hace de un capítulo especial, dirigido a regular la "información al consumidor financiero". Es así que se establece en el artículo 9º el contenido mínimo de la información que se debe suministrar al consumidor financiero en los siguientes términos: "En desarrollo del principio de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado."

Como se evidencia, el legislador ha establecido normativamente el contenido y alcance del deber de información, por lo que son tales pautas legales las que deben orientar el análisis del cumplimiento de esta obligación por parte de una entidad que

actúe en los sectores financiero, bursátil o asegurador frente a la adquisición de un producto de su portafolio por parte de un consumidor financiero.

Sin embargo, debe precisarse, como lo destaca el profesor RENGIFO GARCÍA, que *“la extensión del deber de información no es definible en términos abstractos, en cuanto debe ser en concreto graduada con base en las condiciones personales y profesionales de las partes y según la naturaleza y el objeto del contrato.”*³⁹ A lo que debe añadirse, que, sin perjuicio de los alcances que, en general, se prevén para el deber de auto protección del consumidor, *“la existencia del deber de información no es contradictoria con la carga que a los contratantes se asigna de informarse adecuadamente respecto de la materia sobre la que vayan a contratar, para lo cual habrá que analizar las circunstancias concretas de las partes, su entorno, sus aptitudes y sus particulares posibilidades de ‘autoinformarse’, para determinar hasta dónde llega el deber de informar y dónde empieza el terreno de las cargas que tienen las partes en la contratación, en particular las cargas de ‘sagacidad’ y ‘conocimiento’.”*⁴⁰

Ahora bien, teniendo claridad sobre el concepto, el alcance y la forma en que se debe analizar el cumplimiento de esta obligación, es necesario descender a los efectos jurídicos que surgen como consecuencia de su incumplimiento. Sobre el particular, la ley 1328 de 2009 no contiene norma alguna que establezca el efecto jurídico que se genera con la infracción al deber de información. De ahí que resulte aplicable, por su carácter supletivo, la norma del Estatuto del Consumidor que regula la materia. El artículo 23 de la citada ley establece lo siguiente: *“Los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información,*

³⁹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *El deber precontractual de información*, en obra colectiva: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, IV. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas & Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2010. Pág. 149.

⁴⁰ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Revista Universitas, N^o 108: 281 – 315, diciembre de 2004. At. 309.

clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre los productos que ofrezcan y, sin perjuicio de lo señalado para los productos defectuosos, serán responsables de todo daño que sea consecuencia de la inadecuada o insuficiente información. En todos los casos la información mínima debe estar en castellano."

Así, en principio, el ordenamiento jurídico ha previsto el surgimiento de una obligación indemnizatoria en cabeza del contratante que haya incumplido su deber de información. Con todo, los efectos jurídicos no se reducen a la señalada responsabilidad civil, por cuanto, dependiendo de las circunstancias, puede ser sancionada dicha conducta con otros instrumentos, como puede llegar a ser, incluso, la nulidad del negocio jurídico (v.gr. art. 1057 del C. de Co.), o, en otro contexto, la aplicación de sanciones administrativas por parte de la entidad que ejerza la respectiva actividad de supervisión.

De esta forma, debe estudiarse la operación realizada por las partes y el negocio jurídico entre ellas perfeccionado, para efectos de establecer la consecuencia jurídica aplicable por la desviación o inobservancia de quien se encuentra obligado a informar a su contraparte comercial, de manera oportuna y suficiente, sobre los elementos relevantes que rodean la formación del consentimiento y la correcta ejecución del contrato.

En materia de seguros, se han señalado como elementos sobre los que hay un especial interés en que exista suficiente información con anterioridad a la celebración del contrato, entre otros, los siguientes:

"a. En primer lugar, el tomador tiene derecho a ser informado cabalmente del alcance real de las coberturas que recibe. Para esos efectos, existe una exigencia específica de ley en materia de seguros, que consiste en

que la identificación de los riesgos en las pólizas de seguro deben estar contenidas en la primera página de las mismas.

"b. A conocer cabalmente los condicionamientos a que se encuentran sometidas esas coberturas, a partir de la existencia de obligaciones y cargas de su parte que deben ser cumplidas y que conforman una compleja red de interacciones que está plasmada normalmente en la ley y no en el contrato, que vinculan en consecuencia al tomador puesto que la ignorancia de la ley jamás puede considerarse excusa válida para su incumplimiento, y que no obstante requiere de conocimientos muy especializados en la materia que no están al alcance de todos.

"c. A conocer igualmente los límites cuantitativos que tiene la responsabilidad del asegurador en caso de siniestro y particularmente las consecuencias que tiene la presencia de infraseguro o sobreseguro en los seguros de daños.

"d. Las circunstancias más determinantes de la intensidad del riesgo que asume el asegurador, con vistas a la declaración que sobre las mismas debe hacer el tomador y a la carga que tiene de conservar el estado del riesgo a lo largo del contrato (...)."41

Según quedó indicado líneas atrás, en el caso de esta controversia, la parte Convocante manifestó en el alegato de conclusión que AIG Seguros de Colombia S.A. no actuó de buena fe pues no cumplió el deber de información que como profesional le correspondía, toda vez que no advirtió ni explicó a Asesorías e

⁴¹ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. *Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro, y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro.* Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, N^o 22: 11-50, agosto de 2005. At. 88.

Inversiones S.A., como asegurada, el alcance de la cobertura por actos deshonestos de sus trabajadores, en particular sobre el requisito de que en determinados supuestos se exigiera de parte de estos la obtención de un lucro financiero deshonesto.

Pues bien, aun cuando en el material probatorio que obra en el proceso no consta demostración alguna en el sentido de que la aseguradora haya cumplido estrictamente con el deber de información en los términos que han quedado descritos en el presente Laudo y, por el contrario, obran algunas declaraciones en las que se indica que la aseguradora no procedió en tal sentido⁴² y en otras más se observa que las partes habrían delegado en la sociedad corredora de seguros Sekuritas S.A. lo atinente a la información relacionada con la póliza, sus coberturas, exclusiones, etc.⁴³, el Tribunal encuentra que, en la medida en que en la supuesta

⁴² Testimonio de la señora Excelina Zuchet Ende, Directora de Control Interno de Asesorías e Inversiones, rendido en audiencia del 18.06.2014 (Folios 34 a 35, C. de Pruebas No. 4) y Testimonio del señor Oswaldo Rincón Rojas, Contador de Asesorías e Inversiones desde hace aproximadamente 8 años, rendido en audiencia del 18.06.2014 (Folios 52 a 54, C. de Pruebas No. 4).

⁴³ Testimonio del señor Alvaro José Isaza Camacho, quien se desempeñó como representante legal de Asesorías e Inversiones, rendido en audiencia del 12.08.2014

Folio 150, C. de Pruebas No. 4:

"DR. NAVAS: Cuando la compañía Asesorías e Inversiones contrató la póliza de seguros con AIG, esta compañía les explicó a ustedes en qué consistían las coberturas, las exclusiones, les dio un buen conocimiento del producto que le estaba ofreciendo?"

"SR. ISAZA: Cuando hice el anterior comentario, nosotros por ley estamos obligados a tener un seguro que nos cubra contra todas las responsabilidades de terceros y es usual, o digamos históricamente siempre hemos contratado y todos los años contratamos y contratamos la póliza y la renovamos y siempre hemos buscado y tenemos el conocimiento de la cobertura, nunca y lo digo en el tiempo que yo estuve me senté con AIG o con la compañía de seguros a que me contara exactamente qué era, simplemente los corredores de seguros me entregaron a mi, nosotros leíamos la póliza, veíamos las coberturas que tenían y procedíamos a contratar la póliza, entonces no es que AIG se haya sentado a explicarnos las coberturas no, eso no sucedió, al menos no en el caso no sucedió."

Declaración de Parte de la señora Claudia Elena López Martínez (Representante legal de AIG), rendido en audiencia del 17.06.2014 (Folios 12 a 13, C. de Pruebas No. 4):

*"DR. NAVAS: **Pregunta No. 7.** Informe al Tribunal si AIG suministró en la etapa precontractual a Asesorías e Inversiones la información necesaria para el debido entendimiento de la póliza y en especial de la mencionada cláusula?"*

"SRA. LOPEZ: Sí claro, siempre se entrega a los intermediarios y al cliente siempre se le entrega en la cotización el clausulado y todos los endosos que formen parte del clausulado y de hecho están en la página también."

*"DR. NAVAS: **Pregunta No. 8.** Diga al Tribunal qué clase de información se le dio al asegurado y a cuáles funcionarios de la aseguradora?"*

"SRA. LOPEZ: Nosotros nunca cotizamos directo al asegurado, a través de un intermediario, entonces esa pregunta yo creo que el intermediario sí sabrá a quién le explicó, al interior del cliente las condiciones generales"

falta de información no fue planteada por la Convocante en la demanda ni en los hechos que le sirvieron de sustento, no puede adoptarse una determinación declarativa o condenatoria al respecto.

No puede perderse de vista que, como bien lo anota el profesor RENGIFO GARCÍA, la existencia del referido deber que recae sobre la entidad aseguradora no puede ser entendido en forma aislada a las cargas de sagacidad y de conocimiento que, a su turno, se predicen de los contratantes. Así, aunque es innegable que a la Convocada le correspondía atender el deber de información que la ley impone a su cargo, no es

particulares, pero además es un tema de ley, es su obligación, tenemos siempre que entregar una cotización, los clausulados y todo lo del contrato."

Testimonio del señor Juan Pablo Stiefken Arboleda, quien trabaja en Sekuritas S.A., corredor de seguros de Asesorías e Inversiones, rendido en audiencia del 18.06.2014 (Folios 59 a 61, C. de Pruebas No. 4):

"DR. NAVAS: *Sírvase explicarle al Tribunal cuáles son sus labores como corredor de seguros?*

"SR. STIEFKEN: *La labor nuestra como corredores de seguros es poner en contacto cliente y compañía de seguros, esa es básicamente nuestra labor, de ahí en adelante hay un acompañamiento, darle al cliente toda la información necesaria, las pólizas, las cláusulas y un acompañamiento en la medida en que el cliente lo solicite.*

"DR. NAVAS: *En esta labor que usted asume como corredor, se le explica al cliente debidamente el producto, la parte legal, las exclusiones, las coberturas?*

"SR. STIEFKEN: *Nosotros le hacemos llegar a los clientes siempre los clausulados, absolutamente todos los temas que tienen que ver, las pólizas, hacemos llegar absolutamente todo y de ahí en adelante el cliente analiza y cualquier duda que tenga nosotros se la transmitimos a la compañía de seguros.*

"DR. NAVAS: *Se ha dicho en esta audiencia que hay una página web, como una información para los clientes, usted conoce esa página y qué publican las compañías de seguros en esa página?*

"SR. STIEFKEN: *En el caso puntual no me consta, no lo he revisado pero tengo entendido que las compañías deben tener los clausulados colgados en las páginas de internet, cada compañía los diferentes clausulados que aplican para los productos que tienen.*

"DR. NAVAS: *Solamente los clausulados?*

"SR. STIEFKEN: *Hasta donde yo se sí.*

"DR. NAVAS: *La página web no habla de soluciones, de derechos, ni obligaciones, nada de eso?*

"SR. STIEFKEN: *Normalmente entre los clausulados viene el clausulado general, vienen diferentes apartados donde está la información seguramente entre esos temas están las exclusiones.*

"DR. NAVAS: *Pero no hay una explicación sobre pólizas, derechos, obligaciones?*

"SR. STIEFKEN: *No lo se, no he entrado a revisar eso.*

"(...)"

"DR. SOLARTE: *El doctor Juan Pablo Stiefken participó directamente en el proceso de negociación de esta póliza que motiva esta diferencia o no y si participó en ese proceso si tiene algo de lo que recuerde de ese proceso de negociación que pueda aportarle al Tribunal?*

"SR. STIEFKEN: *Yo hice un acompañamiento por momentos más cercano o más lejano de acuerdo a los dos tiempos y a las necesidades, un proceso de suscripción normal en el que dadas las circunstancias del cliente necesitaba o estaban obligados a tener una póliza de este perfil, nosotros buscamos en el mercado de las compañías que tienen este producto entre las que se encuentra AIG y hay (sic) AIG digamos que fue la que nos acompañó con un tema de precios y unas condiciones favorables, por lo que Asesorías e Inversiones decidió tomar la póliza con AIG es todo, creo que fue alrededor de 2010 a través nuestro."*

menos cierto que, dada la calidad de profesional que la Convocante tiene en materia de operaciones en el mercado de valores y habida cuenta del conocimiento del que dispone en relación con la forma particular en que el mismo opera, estaba en plena capacidad de conocer los riesgos a los que se enfrenta, y las condiciones en las que los mismos deben ser amparados. Y, si bien las normas contenidas en la Ley 1328 de 2009 establecen que la inobservancia de los deberes de protección de los consumidores no eximen de las responsabilidades que correspondan a las entidades financieras o aseguradoras por el incumplimiento de los deberes de información a ellas asignados, no es menos cierto que, en caso tal, según lo establece la Ley 1480 de 2011, la consecuencia respectiva, esto es, la indemnización de los daños derivados de tal inobservancia, debe ser planteada como una pretensión independiente, principal o subsidiaria, en un proceso de conocimiento y le corresponderá al juez competente adoptar una decisión sobre el particular, luego de que la parte contraria haya ejercido el derecho de defensa que normativamente la ampara. Como ya se ha destacado, nada de eso ocurrió en el asunto que se analiza, en el que la mención del deber de información sólo vino a ser realizada en la conclusión del proceso, lo que impide al Tribunal, según ya se ha anunciado, despachar una declaración o una condena sobre el particular, sencillamente, porque éstas no existen.

1.5. Cláusulas abusivas y eficacia del clausulado contractual

1.5.1. El régimen de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano

Es suficientemente conocido que el régimen de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano se ha edificado, de manera preponderante, con fundamento en el estudio de los contratos denominados doctrinariamente como contratos por o de adhesión, pues esta forma de perfeccionamiento del consentimiento contractual constituye un terreno propicio para la configuración del abuso. Esta modalidad

contractual se caracteriza porque el clausulado o contenido contractual ha sido predispuesto por uno de los extremos del negocio jurídico, sin participación del otro contratante, el cual no tiene otra opción que adherir o no a los términos así establecidos, sin posibilidad alguna de controvertir o modificar las estipulaciones.

Esta circunstancia conduce a que resulte de trascendental relevancia auscultar el negocio jurídico de que se trate a la luz de la buena fe, pues al encontrarse reducida a su mínima expresión la libertad de contratar del adherente, en cuanto que su única posibilidad es la de aceptar o rechazar el contenido, la parte que se encuentra en posición de imponer el clausulado puede incurrir en comportamientos contrarios a la lealtad y probidad que deben regir las relaciones entre los particulares, sin que esto signifique, claro está, que las cláusulas incorporadas en los contratos de adhesión deben ser consideradas *per se* como vejatorias o leoninas.

Así lo ha manifestado la doctrina especializada al señalar que, *“esta forma compulsiva de contratar, que se puede prestar para abusos, sólo es posible en el marco de la buena fe, que es precisamente el instrumento de nivelación que se utiliza para evitar que, en definitiva, esta forma de contratación se convierta en una fuente de abusos y extralimitaciones”*.⁴⁴

En la línea de las precedentes consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la buena fe se constituye en un límite a la libertad contractual y en un parámetro objetivo para determinar si el comportamiento de los contratantes se ajusta al ordenamiento jurídico o, por el contrario, se desliza al terreno del abuso del derecho. Al respecto dicha Corporación, al resolver una controversia entre una entidad financiera y su cliente, manifestó lo siguiente: *“Pero de allí no puede seguirse que la entidad bancaria, prevalida de su*

⁴⁴ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe contractual*. Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas & Universidad Católica - Uruguay. Bogotá, Colombia. 2012. Pág. 308.

posición fuerte en el contrato, no haga honor a la confianza que en ella deposita el usuario y abuse de la posición de privilegio en la convención. De hacerlo, estaría faltando claramente al deber de buena fe que para el momento de perfeccionarse el contrato impone a las partes el artículo 871 del Código Comercio. Precisamente, ese deber, entendido como un comportamiento probo, obliga a quien impone el contenido negocial, mayormente cuando el contrato es por adhesión o estandarizado, a no abusar de su posición dominante, o lo que es lo mismo, a abstenerse de introducir cláusulas abusivas que lo coloquen en una situación de privilegio frente al adherente, porque de lo contrario estaría faltando a esa buena fe que le impone el sistema jurídico con las consecuencias legales que ello implica”⁴⁵.

Como es evidente, la elaboración de un régimen jurídico sobre las cláusulas abusivas está encaminado, como medida de primer orden, a salvaguardar a la parte débil frente a los abusos en que pueda incurrir quien se encuentra en situación de preeminencia frente a su contraparte negocial. Esta circunstancia, denominada como posición dominante contractual, que *“puede ser ejercida con o sin abuso, es aquella condición jurídico-económica, que, dadas las especiales características del caso, sitúa a uno de los contratantes en condiciones de superioridad en la relación jurídica, tanto en su celebración como en su ejecución, dentro de las que se encuentra, especialmente, la de definir los contenidos contractuales”*.⁴⁶ En consecuencia, se puede hacer un uso desviado o abusivo de dicho poder, en beneficio propio, al imponer condiciones que resultan desmedidas o carentes de sustento, con lo que se afectan la justicia contractual y la buena fe objetiva como parámetro de corrección.

⁴⁵CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴⁶Laudo Arbitral de 23 de febrero de 2007. Punto Celular frente a Comunicación Celular S.A.-Comcel S.A. Árbitros: David Luna Visbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia.

Ahora bien, es importante resaltar que el carácter abusivo de una estipulación no depende de la oscuridad o ambigüedad en la redacción del clausulado, y, por ende, es un asunto que no debe ser tratado como un problema de interpretación contractual. Por tanto, las reglas de interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*, o las más recientes fundadas en el principio *pro consumatore*, normalmente utilizadas para analizar las disposiciones oscuras en los contratos por o de adhesión, no tienen cabida en esta materia. Como lo señala ARRUBLA PAUCAR, "[s]i bien en otros países esta pauta interpretativa pudo haber servido para equilibrar los contratos por adhesión cuando presentaban cláusulas abusivas, no ha sucedido lo propio en Colombia, pues con criterio bastante liberal se ha dicho que una cláusula abusiva no presenta un problema de ambigüedad ni de oscuridad, sino que, por el contrario, es de una disposición clara, pero claramente abusiva."⁴⁷

Al no tratarse de un problema de interpretación, y por lo mismo resultar inaplicables, en principio, las reglas que rigen esa materia, es entonces de suma importancia elucidar los elementos que permiten identificar cuándo se está en frente de una cláusula abusiva, pues sólo así se podrán aplicar las consecuencias jurídicas pertinentes al reconocer que una de las condiciones contractuales objeto de estudio se encuentra en dichas circunstancias.

Para la identificación de las cláusulas abusivas se han utilizado diversos sistemas. Como lo señala la doctrina nacional, "sobre el tema de cláusulas abusivas se han presentado en el derecho comparado, dos maneras de efectuar su regulación. La primera, de pronto la más generalizada, no se compromete con un concepto general, sino que más bien opta por establecer una lista de las mismas, la llamada «lista negra», que se elabora con fundamento en las reglas de la experiencia

⁴⁷ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *La interpretación del Contrato*, en obra colectiva: *Derecho de las Obligaciones*, I. Universidad de los Andes – Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes & Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 757.

decantadas por jurisprudentes y doctrinantes. La otra, comprometiendo un concepto, una definición que en sentido general nos aproxima a una idea, para que el intérprete en un momento dado, aplique a una situación contractual concreta dicha definición y deduzca si hay lugar o no a la cláusula abusiva.”⁴⁸

En el ámbito del derecho comparado, se observa que en el marco europeo la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, parte de una definición general de las mismas, a lo que añade, en un sistema mixto, una lista indicativa de las estipulaciones que se consideran como tales. El artículo 3º de la directiva en comento establece: “1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.* 2. *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.”*

En el sistema jurídico colombiano, encontramos un primer antecedente de tipo legal, en materia de servicios públicos domiciliarios, en el artículo 133 de la ley 142 de 1994, norma en la que el legislador optó por el primero de los sistemas, redactando una lista de cláusulas cuya incorporación en los contratos de servicios públicos daba lugar a una presunción *iuris tantum* de abuso de la posición dominante por parte de la empresa prestadora del servicio. De esta lista emerge con particular importancia para este estudio el numeral 26, en tanto que se aleja de la casuística que caracteriza, como corresponde en este sistema, a los demás supuestos. El citado numeral señala que se presume abuso de la posición dominante cuando se pactan

⁴⁸ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles – Contratos Atípicos*, séptima edición. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas & Legis. Bogotá, Colombia. 2012. Pág. 110.

“cualesquiera otras [cláusulas] que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo...”. Como se observa, no se trata como tal de una condición que emerja como abusiva, sino más bien de un criterio para identificar cuándo una estipulación reviste dicho carácter.

Con posterioridad, fue la jurisprudencia, ante la ausencia de una regulación general o especializada diferente de la atinente a los servicios públicos, la encargada de desarrollar los criterios generales para dilucidar la existencia de las cláusulas abusivas. La Corte Suprema de Justicia, a partir de un estudio comparado de diferentes legislaciones foráneas en la materia, y teniendo en cuenta el mencionado artículo 133 de ley 142 de 1994, afirmó que son elementos para la identificación de una cláusula abusiva los siguientes: *“a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.”*⁴⁹

De igual manera, en materia arbitral, con antelación a la actual regulación legal, se señaló que *“la caracterización, entonces, de la cláusula abusiva, en palabras de Stiglitz, exige la presencia, por lo menos, de los siguientes elementos: «a) Que no haya sido negociada individualmente ...; b) Que al consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente; c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, y d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe 'entendiendo que ello acontece' cuando cause, en detrimento del consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos, y obligaciones de las partes que se*

⁴⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 02 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

derivan del contrato». Agrega el tribunal, en reiteración de lo dicho, que «la infracción a las exigencias de la buena fe» supone que está descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad de la estipulación, connotaciones estas que, desde luego, y según su nivel de relevancia, diluyen o eliminan los motivos de reproche, enmarcándola en el respeto del importante postulado del derecho de los contratos, y del derecho en general.”⁵⁰

Finalmente, el legislador, con la importancia cada vez más creciente del derecho del consumo en el ordenamiento nacional, se encargó de regular las cláusulas abusivas de manera más general y completa. En primer lugar, con especial trascendencia en este caso por referirse a la protección del consumidor financiero, la ley 1328 de 2009, estableció en su artículo 11 la prohibición de incorporar cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión, disposición que es aplicable a todos los contratos de este tipo que celebren las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Lo anterior, en cuanto que son los consumidores financieros, sin diferenciación legal, los sujetos protegidos por la norma, esto es, los usuarios, los clientes y los clientes potenciales de las entidades aseguradoras.

Señala la norma citada:

“Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.*
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.*
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.*

⁵⁰Laudo Arbitral de 4 de junio de 2002. Valores y Descuentos Limitada frente a Bellsouth Colombia S.A. Árbitros: Jaime Alberto Arrubla Paucar, José Armando Bonivento y Álvaro Mendoza Ramírez.

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia."

Como se puede observar, la disposición señalada, al utilizar la modalidad de regulación de "lista negra", no precisa lo que debe entenderse por cláusulas abusivas, por lo que será necesario acudir al Estatuto del Consumidor, ley 1480 de 2011, como norma de aplicación *suplementaria*⁵¹, para, a partir de la definición que dicha norma contiene, cuando no se trate de una de las condiciones expresamente catalogadas como abusivas, juzgar si se presentan los elementos fundamentales para la existencia de una de estas estipulaciones.

Siguiendo este derrotero, es dable afirmar que la enunciación dada por el artículo 11, no puede interpretarse de manera restrictiva, puesto que es apenas una lista abierta o *numerus apertus* de las posibles estipulaciones que pueden constituirse en cláusulas abusivas al interior de un contrato de adhesión, tanto así que se le asigna una facultad expresa a la Superintendencia Financiera de Colombia para que desarrolle el contenido del precepto señalado.

⁵¹Esta aplicación supletiva se da en virtud de lo señalado en el artículo segundo de la ley 1480 de 2011, que establece: "**OBJETO.** Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.

"Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley." Así, al no existir regulación especial en torno a la definición de cláusulas abusivas en la Ley 1328 de 2009, la norma aplicable será la del Estatuto del Consumidor.

En ejercicio de la mencionada facultad, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 039 de 2011, en la que, luego de señalar que es válido el pacto de dicha cláusulas en los casos en que exista autorización legal para el efecto, introdujo un listado que añade las siguientes estipulaciones al inventario de las condiciones cuyo pacto está proscrito:

"10.1.1. Aquellas que exoneran, atenúan o limitan la responsabilidad de las entidades vigiladas sin permitir el ejercicio de los derechos del consumidor financiero.

"Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- a) Cláusulas que invierten la carga de la prueba y eximen de responsabilidad a las entidades vigiladas (...)*
- b) Cláusulas que autoricen a las entidades vigiladas para adoptar decisiones de manera unilateral o le impongan a los consumidores financieros modificaciones u obligaciones adicionales a las inicialmente pactadas, salvo que se encuentren autorizadas por la ley (...)*

"10.1.2. Las que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

"Son ejemplos de este tipo de cláusulas las siguientes:

- a) Cláusulas que desconocen el derecho de defensa de los consumidores financieros (...)*
- b) Las que obligan a los consumidores financieros a contratar un determinado producto o servicio o con una persona específica (...)*

"10.2. Otras cláusulas abusivas

- a) Cláusulas que autorizan a la entidad vigilada para cobrar por servicios no prestados por el cumplimiento de las prestaciones propias del contrato que no impliquen un servicio adicional."*

El régimen de las cláusulas abusivas en el derecho nacional se completa con la citada ley 1480 de 2011, en la que el legislador, por primera vez, consagra una definición legal de este tipo de estipulaciones, aplicable en materia de relaciones de consumo. A este respecto, el artículo 42 del Estatuto del Consumidor define y prohíbe las cláusulas abusivas en los siguientes términos:

“Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

“Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.”

En conclusión, el régimen de las cláusulas abusivas en el sistema colombiano es de naturaleza mixta, en la medida en que en la legislación existente en la materia se pueden encontrar diferentes “listas negras” aplicables a específicas materias, además de que existe una definición general en materia de derecho del consumo, la cual cobija un amplio margen de relaciones. Así mismo, se deben resaltar los destacados aportes que se han hecho desde la jurisprudencia, tanto ordinaria como arbitral, que permiten tener una base de análisis más completa para efectos de estudiar y definir si una determinada estipulación reviste el carácter de abusiva, vejatoria o leonina.

1.5.2. La cláusula 1.1. KFA 81 y su análisis con base en el régimen jurídico de las cláusulas abusivas

Descendiendo al caso *sub lite*, el análisis que debe realizar el Tribunal parte de un estudio detenido del clausulado cuestionado, con la finalidad de identificar si su contenido se encuadra, en primer lugar, dentro de alguno de los supuestos contemplados en las "listas negras" aplicables en materia de relaciones contractuales perfeccionadas por adhesión con consumidores financieros o, en su defecto, si se subsume en las características que han servido para conceptualizar, de manera general, las cláusulas abusivas.

La Convocante pretende, según ya se ha señalado, que se declare que en la Póliza de Seguros de Comisionistas de Bolsa expedida por AIG Seguros Colombia S.A. bajo el número 1000032, el segundo inciso de la cláusula 1.1 KFA 81, que condiciona la cobertura a que se pruebe que los empleados obtuvieron un lucro financiero deshonesto con su doloso proceder, es abusiva y por lo tanto ineficaz. En consecuencia, esa particular circunstancia será analizada por el Tribunal, sin perder de vista el contrato celebrado como un todo, que debe ser auscultado a la luz de los contenidos legales y parámetros jurisprudenciales señalados, para definir su condición de leonina o vejatoria.

Siguiendo el orden anunciado, observa el panel arbitral que, a la luz del artículo 11 de la ley 1328 de 2009 y de la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia, la estipulación impugnada no corresponde a ninguna de las cláusulas prohibidas por las listas que se establecen en las citadas normas. Y es que si bien, como pareciera sugerirlo la Convocante, la cláusula establece una carga en materia probatoria, lo cierto es que, *stricto sensu*, no se trata de una inversión del *onus probandi*, como quiera que, según ya se ha señalado, en materia de seguros el asegurado o beneficiario tiene la carga de probar el siniestro y su cuantía (art. 1077

Código de Comercio), por lo que no se encuentra, en este primer análisis, fundamento alguno que permita afirmar que la estipulación predispuesta por la aseguradora es abusiva.

Ahora bien, como ya se ha señalado, en virtud del sistema mixto vigente en Colombia en materia de cláusulas abusivas, el estudio no se reduce a la "listas negras" que prohíben determinadas estipulaciones. Por tanto, es necesario recurrir a la definición general que establece la ley y a los parámetros jurisprudenciales que permitirán el escrutinio de la cláusula rebatida. Así, será necesario examinar si la condición, contenida en un contrato de adhesión, que exige la prueba del lucro financiero deshonesto en cabeza del empleado genera un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, o, como se señalara en un laudo reciente, establece "*sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.*"⁵²

Para iniciar este estudio, se debe sentar como base del análisis que la disposición cuya ineficacia se pretende es una de las normas contractuales que fijan los parámetros del riesgo asumido por la aseguradora. Dicha disposición contractual encuentra fundamento en la facultad consagrada por el artículo 1056 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: "*Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.*"

Al respecto la doctrina especializada, entre ellos JARAMILLO JARAMILLO, ha precisado que, "*la posibilidad de delimitar el riesgo en el contrato de seguro, traza,*

⁵²Laudo Arbitral de 23 de febrero de 2007. Punto Celular frente a Comunicación Celular S.A.-Comcel S.A. Árbitros: David Luna Visbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia.

in potentia, el cauce de la obligación indemnizatoria del asegurador, como quiera que, en puridad, esta última se encuentra justamente condicionada a la realización del riesgo asegurado—o los riesgos asegurados—y, en consecuencia, mientras dicha condición no se cumpla en la praxis contractual, el correspondiente deber de prestación no surgirá a la vida jurídica; ello obedece, en sana lógica, a la posibilidad con que cuenta el asegurador de delimitar el estado del riesgo, institución estructural de la regulación aseguraticia y una de las figuras en las que descansa el seguro considerado in globo, esto es, desde una perspectiva técnica, financiera y jurídica, habida cuenta de que, en principio, per se, naturalmente con excepciones, "[...] ningún asegurador estará dispuesto a asegurar todos los riesgos que puedan afectar a nuestras cosas o nuestro patrimonio [...]". Así, se parte de la base de que "[...] la prestación del asegurador [...] va a depender de la producción del evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, es decir, de un hecho futuro e incierto, al menos en una forma relativa, en el sentido de que puede tratarse de un evento que se sabe que se va a producir pero no cuándo [...] y de que el riesgo es objeto de la cobertura dentro de los límites pactados, de manera que es el riesgo que se encuentra dentro de los límites y de las modalidades establecidas en el contrato, el que, como riesgo asegurado, condiciona la obligación del asegurador", resulta palmario que "[...] la posibilidad de limitación de los riesgos es indispensable para el asegurador [...] teniendo presente que sólo se llega a definir cada riesgo y a limitarlo con precisión, si puede medirse y apreciarse su valor para fijar la suma asegurada, la prima y la indemnización o el beneficio: sólo se puede agruparlos en mutualidad y realizar su compensación, si es posible efectuar una clasificación exacta de los riesgos".⁵³

Se trata, entonces, de una amplia prerrogativa, fundamental en materia aseguraticia, que el legislador concede al asegurador para que, en el marco de la

⁵³JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros, III*. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas & Temis. Bogotá, Colombia. 2012. Págs. 7-8.

libertad contractual, delimite los riesgos que se encuentra dispuesto a asegurar, a partir de lo cual, mediante los cálculos técnicos pertinentes, se fijan el valor de la prima y el valor asegurado, entre otros elementos del negocio. De ahí que esta actividad no sea apreciada, como ha tenido oportunidad de precisarlo la Corte Suprema de Justicia, como un *"ejercicio que resulta extraño, en principio, a la buena fe contractual, en el sentido de que ésta no se contradice, por regla general, cuando se obra en ejercicio de una facultad legal o contractual"*,⁵⁴ por cuanto se trata de la expresión legítima, a partir de consideraciones de tipo técnico, de la autonomía con la que cuenta la aseguradora para decidir si le resulta apropiado asumir determinado riesgo, en qué términos hacerlo y qué escenarios no está dispuesta a cubrir.

Teniendo como fundamento lo anteriormente expresado, y con base en el análisis ya efectuado sobre el contenido y alcance de la referida estipulación, el Tribunal considera que la cláusula de la que se pretende su ineficacia no es abusiva, sino que, por el contrario, se trata de una manifestación del ejercicio legítimo de parte de la aseguradora de su facultad de delimitar los riesgos que está dispuesta a cubrir en virtud del contrato de seguro.

En efecto, el amparo de actos dolosos de trabajadores o infidelidad de empleados, busca cubrir, en líneas generales, *"la pérdida resultante directa y únicamente de actos dolosos o fraudulentos cometidos por empleados del asegurado, con la intención de causar al asegurado una pérdida o de obtener un lucro financiero para ellos mismos"*. No obstante dicha delimitación general, y según ya se analizó *supra*, para un tipo especial de operaciones, entre las que se incluye la negociación con valores, se exige, como ya se ha indicado, un lucro financiero deshonesto en cabeza del empleado -que no corresponda a su retribución como trabajador-.

⁵⁴CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno.

Con esta delimitación del riesgo, la aseguradora de modo explícito matizó de manera especial el cubrimiento de aquellas operaciones que se enlistan en el segundo inciso de la cláusula 1.1 KFA 81. Ahora bien, para que el ejercicio de dicha facultad de demarcar el riesgo asegurado desborde sus límites, convirtiéndose en un acto arbitrario, se requiere que se trate de una conducta carente de justificación, principalmente de tipo técnico, actuándose en franca contravía del equilibrio contractual y de los postulados de la buena fe, lo cual no ocurre en este caso.

Como se ha dejado entrever, el estudio de las cláusulas abusivas amerita especiales reflexiones en lo que se refiere al contrato de seguro, y particularmente en lo que tiene que ver con las cláusulas que delimitan el riesgo y establecen exclusiones. Por esta razón, resulta necesario que a la luz de la operación que se analiza se logre demostrar -carga que recaerá sobre quien pretende la declaratoria del carácter abusivo de la estipulación-, que el equilibrio técnico del seguro ha desaparecido, en la medida en que la relación entre la prima que ha sido cancelada por el asegurado y el riesgo asumido por el asegurador, entre otros factores, a los que se puede agregar el valor asegurado, se vea desdibujada por la disposición de una exclusión o la delimitación de un riesgo que razonablemente no tiene justificación, nuevamente, desde la perspectiva técnica, para situarlo por fuera de la órbita de la cobertura.⁵⁵

Sobre la finalidad y función de este tipo de coberturas el profesor BERNARDO BOTERO MORALES ha señalado que *"no es el propósito de las denominadas Pólizas de Infidelidad y Riesgos Financieros, Póliza de Seguro Global Bancario o Banker's Blanket Bond, amparar pérdidas resultantes, bien de los riesgos propios de la*

⁵⁵ Como lo señala DÍAZ-GRANADOS, "la situación para los seguros plantea el interrogante en torno a si puede considerarse abusiva una cláusula que defina el riesgo asegurado. [Para ello], son útiles las enseñanzas derivadas del derecho europeo, en el cual lo fundamental reside en que la nota técnica del respectivo seguro haya cuantificado exclusivamente los riesgos contemplados en la póliza. En otras palabras, lo esencial consiste en que el equilibrio técnico de un seguro será determinado con base en la estimación del riesgo asegurado en la nota técnica, que es el instrumento que desde el punto de vista legal y empresarial define los riesgos y los cuantifica para su asunción por parte del asegurador. DÍAZ-GRANADOS ORTÍZ, Juan Manuel. *El Nuevo Estatuto del Consumidor – Su incidencia en el Contrato de Seguro*. Ponencia presentada en el Congreso de Seguros organizado por FASECOLDA en marzo de 2012.

*actividad bancaria o financiera, o bien actuaciones inexpertas, negligentes, o aún abiertamente irresponsables, de los empleados al servicio del asegurado, riesgos y actuaciones que tienen especial posibilidad de presentarse, precisamente en la realización de operaciones de crédito o en operaciones comerciales o de "trading". De allí que sea perfectamente justificado y explicable, si bien no la exclusión de cobertura de las actuaciones deshonestas o fraudulentas de los empleados al servicio del asegurado en tales circunstancias, sí el celo de los aseguradores al exigir una especial severidad en el proceso de comprobación de una pérdida, cuando la misma tiene su origen, real o supuesto, en una de tales operaciones."*⁵⁶

En la misma línea, NARVÁEZ BONNET, en su obra sobre el Contrato de Seguro en el Sector Financiero, explica lo siguiente: "*Otra nota distintiva de este amparo radica en que no abarca pérdidas operacionales del asegurado. De ahí las aclaraciones que en ocasiones se encuentran en algunas pólizas, según las cuales, se da por sentado que las negociaciones con valores o divisas o las diversas modalidades de concesión de créditos sólo gozan de la cobertura si provienen de actos deshonestos de empleados del asegurado, ejecutados con la finalidad manifiesta de lucrarse y siempre que el beneficio pecuniario no consista en salarios, comisiones, honorarios, promociones o cualquier tipo de emolumento de naturaleza similar. Esta última aclaración aparece en la mayoría de las pólizas globales bancarias dentro del cuerpo del amparo de infidelidad o en el anexo de exclusión de pérdidas operacionales o trading loss exclusion rider como se conoce en el mercado de Londres."*⁵⁷

Con base en lo anteriormente indicado, estima el Tribunal que por medio de la cláusula 1.1. KFA 81 la aseguradora asumió el riesgo de cubrir las pérdidas generadas por los actos dolosos de los trabajadores, bajo unas condiciones que para

⁵⁶BOTERO MORALES, Bernardo. *El Amparo de Infidelidad bajo las pólizas de Seguro Global Bancario*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, N° 33: 77-95, agosto de 2010. At. 88.

⁵⁷NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. *El contrato de Seguro en el Sector Financiero*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 2002. Págs. 174 y 175.

ciertas operaciones, que presentan circunstancias particulares, exige unos requisitos más exigentes, precaviéndose de ese modo de cubrir los detrimentos que en el giro normal de sus negocios sufra el asegurado, lo que justifica ese especial requerimiento.

Desde esta perspectiva, entonces, la cláusula en cuestión no se advierte abusiva ni su estipulación se estima contraria a la buena fe objetiva, máxime cuando se trata de un clausulado ampliamente utilizado en el mercado internacional y nacional de seguros, por lo que lejos de constituir una práctica con la que se intente desequilibrar las prestaciones contractuales, se trata de un marco aceptado de antaño de manera general en el mercado de seguros.

Valga agregar, como se observa en el texto de la póliza aportado, que la cláusula KFA 81 reemplazó a la cláusula DHP 84. En relación con la cobertura ofrecida bajo uno y otro modelo, se destaca que la forma DHP 84, de acuerdo con los estudios académicos en la materia, *"contiene, en su versión original, una seria restricción al excluir de cobertura las operaciones comerciales o de "trading" en forma absoluta, o sea, independientemente de si las mismas fueren realizadas mediante la actuación deshonesto o fraudulenta de empleados que operen al servicio del asegurado."*⁵⁸ En cambio, la forma KFA 81, otorga un amparo respecto de dichas operaciones, para lo cual, como ya se expuso, en aras de evitar cubrir pérdidas operativas, exige la prueba del lucro deshonesto en cabeza del empleado. Con base en lo anterior, se puede señalar que esta segunda sea una cláusula con mayor cobertura, que le permite al asegurado recuperar dichas pérdidas mediante el seguro cuando logre probar los requisitos exigidos que la aseguradora considera pertinentes para protegerse, razonablemente, de reclamaciones indebidas, sin dejar de amparar aquellas pérdidas.

⁵⁸BOTERO MORALES, Bernardo. *El Amparo de Infidelidad bajo las pólizas de Seguro Global Bancario*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, N° 33: 77-95, agosto de 2010. At. 85.

De este modo, como lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia, "*aunque la buena fe es un postulado general que protege a cualquier persona creadora de actos con trascendencia jurídica, no puede sin embargo convertirse en cortapisa para desvirtuar condiciones contractuales que reflejan el interés de las partes, adoptadas en forma sincera y honesta, sin confusiones deliberadas u oscuras, motivo por el cual es preciso situarlo en su dimensión exacta que propende por irradiar confianza respecto de las obligaciones que emanan de la declaración de voluntad.*"⁵⁹

Por tanto, reconociendo la extrema cautela que debe guiar el juicio del juez al intervenir en el contenido contractual, sin que le esté dado atribuirse una potestad omnímoda de fijar la reglas que estime convenientes para la mejor ejecución del contrato, su intrusión se reduce a los eventos en los que advierta un desequilibrio significativo o trascendente en las prestaciones acordadas por las partes.

Tal como se ha señalado en materia arbitral, "*es claro, y también generalmente aceptado, que no se trata de propender ni garantizar la milimetría contractual, por lo que se entiende que solo en casos de desequilibrios marcados y manifiestos, en detrimento de la posición contractual del adherente y/o en beneficio desproporcionado y exclusivo del predisponente, se justifica abrir espacio a la posibilidad de enjuiciamiento del contenido negocial.*"⁶⁰

Por tanto, si lo que se aprecia es que se trata de una estipulación introducida en el *iter* contractual de conformidad con lo que resulta usual en este tipo de mercados, que no es irrazonable o carente de justificación, y no conduce a un desequilibrio

⁵⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁶⁰Laudo Arbitral de 4 de junio de 2002. Valores y Descuentos Limitada frente a Bellsouth Colombia S.A. Árbitros: Jaime Alberto Arrubla Paucar, José Armando Bonivento y Álvaro Mendoza Ramírez.

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

Es, pues, de conformidad con todo cuanto ha quedado aquí expuesto que la pretensión primera subsidiaria de la demanda, no será acogida por el Tribunal.

2. ANÁLISIS DE LOS HECHOS ACREDITADOS EN EL PROCESO

2.1 La carga de la prueba respecto de la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida

Es bien sabido que, en materia de seguros, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio, "(...) *Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.*

"El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad (...)."

No cabe duda, en consecuencia, que el asegurado tiene la carga de acreditar la ocurrencia del siniestro, mientras que el asegurador tendrá la carga de demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. No obstante lo anterior, respecto de esta cuestión, el profesor J. Efrén Ossa Gómez⁶¹ se expresa de la siguiente manera:

"(...) No se trata como es obvio, de una carga peculiar al contrato de

⁶¹Ossa Gómez, J. Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1991. Página 420, 421 y 422.

seguro. "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta" (C.C. art.1757). Lo único peculiar al seguro es el hecho de donde deriva la obligación del asegurador y, por lo tanto, el derecho del asegurado o beneficiario, esto es, el siniestro, cuya prueba, aún en defecto de norma específica, debe correr a cargo de quien invoca, a su favor, la obligación del asegurador, a la cual da origen la realización del riesgo (C.de Co., art.1054).

"(...) Pero el siniestro, a cuya ocurrencia se contrae la prueba a cargo del asegurado (o del beneficiario – art. 1041 –) a la luz del texto transcrito, no puede contraerse estrictu sensu, conforme a la definición textual del art. 1072, como "la realización del riesgo asegurado", concebido – en otros términos – como la condición a que está subordinado el derecho del asegurado. Porque, así entendido, la prueba del evento mismo objeto del seguro (el incendio, el naufragio, el choque del vehículo, etc.) no sería suficiente, habría que extenderla a la de sus causas para enmarcar – descartando las exceptuadas – la responsabilidad del asegurador. Sabido es que, en armonía con el art. 1056, éste puede, "a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada...", de cuya facultad derivan los riesgos convencionalmente excluidos del seguro.

"Si, pues, se interpreta el siniestro, para efecto de su prueba, en su genuina acepción jurídica, el inc. 2º del art. 1077, conforme al cual al asegurador compete demostrar "los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad", carecería de sentido. Fuera de que, en muchos casos, la prueba del derecho del asegurado se tornaría imposible. Con este inciso la ley vigente quiso, sin duda reproducir el principio legal del derogado estatuto de 1887 según el cual "el siniestro se presume

ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias, según la convención o la ley.

"Dicho de otro modo: cuando el art. 1077 impone al asegurado el deber de demostrar la ocurrencia del siniestro, este ha de entenderse, en su sentido lato, como el evento mismo, en su más simple expresión, previsto en el contrato, esto es, la muerte (en el seguro de vida), el hecho accidental (en el de accidentes), el fuego hostil (en el de incendio), la apropiación de un bien mueble (en el de sustracción), violenta o cautelosa, según el caso, la colisión del automóvil (en el seguro de vehículos contra daños), etc. Si estos hechos responden en su gestación a una causa exceptuada, el suicidio en el seguro de vida, el homicidio intencional en el de accidentes, la explosión en el de incendio, el estado de embriaguez del asegurado en el de daños al vehículo, la prueba de aquella incumbe al asegurador. De la confrontación de las dos conductas probatorias, la del asegurado (necesariamente activa, porque sin la prueba del hecho no puede hacer efectivo el derecho) y la del asegurador (activa, si la excepción es procedente, pasiva, si no), está llamada a surgir la identificación del siniestro, en su expresión compleja, ajustado o no a su definición legal como "realización del riesgo asegurado", como origen – si conforme a las previsiones del contrato – de la obligación del asegurador.

"La prueba del siniestro corresponde, pues, al asegurado (o al beneficiario si fuere el caso), en toda clase de seguros. Se nos ocurre, con todo, una excepción y es relativa al seguro de supervivencia (uno de los riesgos cubiertos por medio del seguro dotal), en que el siniestro se configura con el solo advenimiento de un día determinado previsto en el

contrato (...)."

Está claro, entonces, que el asegurado no tiene la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro, entendido éste como la estricta materialización o realización del riesgo asegurado, lo que implicaría la necesidad de probar no solo que el hecho ocurrido encaja en el amparo otorgado, sino también que el hecho no se encuentra en ninguna de las exclusiones contractuales o legales. Pero sí tiene la carga de demostrar el siniestro en *sentido lato*, según la afortunada expresión doctrinal anteriormente transcrita, esto es, que las circunstancias desencadenantes del amparo, es decir, los elementos configuradores de la cobertura, efectivamente se presentaron, lo que lleva al Tribunal a estudiar si en este preciso evento aparecen acreditados dentro del proceso tales elementos, considerando, por supuesto, la interpretación que se ha hecho de la cláusula generadora de la controversia entre las partes.

2.2. Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal en relación con los elementos configuradores de la cobertura

Aunque la controversia entre las partes ha estado centrada, casi de manera exclusiva, en la noción de "lucro financiero deshonesto" y en si se presentó tal tipo de lucro para los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, el Tribunal encuentra conveniente referirse de manera general al preciso asunto de la existencia de actos dolosos, pues en ausencia de éstos no tendría mayor sentido estudiar los demás elementos.

2.2.1. Análisis del requisito relativo al carácter doloso de las operaciones

Analizadas las pruebas recaudadas en el transcurso del proceso, y con la advertencia de que el dolo en la actuación de los empleados de la Convocante fue

aceptado expresamente por la Convocada al contestar la demanda, es posible concluir que los actos descritos en el escrito introductorio, realizados por los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, fueron actuaciones intencionales o dolosas, y no fruto, simplemente, del descuido o la negligencia.

Varios testigos se pronunciaron en el sentido de que efectivamente se llevaron a cabo operaciones o transacciones no autorizadas por los clientes, lo que permite deducir la intencionalidad de las mismas:

En el documento que contiene la declaración del señor OSWALDO RINCÓN (contador de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.), se lee: *"(...) SR. RINCÓN: sí, nos damos cuenta que para el caso de estos dos comerciales hacen una cadena de operaciones, entre más operaciones se hagan se pasen por bolsa, hay una mayor generación de ingreso que va a la producción de cada comercial y esa producción va a estabilizar su punto de equilibrio o a llenar su punto de equilibrio, entonces estos funcionarios generaron una cadena de operaciones sin una razonabilidad financiera que el ánimo era más de generar una producción con el ánimo de conservar su estabilidad laboral (...)."*⁶²

En el documento que contiene la declaración de la señora EXCELINA ZUCCHET (Directora de Control Interno de Asesorías e Inversiones S.A.), se lee lo siguiente:

"(...) SRA. ZUCCHET: (...) sí se pudo establecer al igual que Leonardo que la operadora Luz Myriam les entregaba información no completa y aparte de eso realizaba operaciones sin consultarlos a ellos, lo cual no es permitido en el mercado de valores.

⁶² Folio 48. C. de Pruebas 4.

"DR. SOLARTE: ¿Cuál era la motivación que tenían esos empleados de Asesorías e Inversiones para organizar esa operación, cuando un operador de una sociedad comisionista de bolsa, realiza esa operación sin autorización, qué persigue?"

"SRA. ZUCHET: Persiguen los comerciales de los comisionistas básicamente tienen un salario y ellos tiene que cumplir unas metas en el área comercial, esa producción la alcanzan lógicamente a través de operaciones que se generan, para poder mantener sus cargos; (...) ellos lo que hacían era de cierta manera elevar su producción con el resultado de esas operaciones para mantener sus cargos (...)."63

Y en el documento contentivo del testimonio del señor JOSÉ RODRIGO ROA (Ajustador de CRAWFORD COLOMBIA LTDA.), se observa:

"(...) DR. VELEZ: Quisiera que le explicara al Tribunal ¿cuáles fueron esas recomendaciones que usted contempló dentro del informe de ajuste?"

"SR. ROA: (...) considerábamos que se habían presentado actos deshonestos en cabeza de estos funcionarios encargados de manejar portafolios de clientes (...)."64

Como puede evidenciarse de los apartes antes transcritos, varios testigos, que analizaron las operaciones realizadas por los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, dejaron ver en sus declaraciones que algunas de ellas se hicieron sin contar con la autorización correspondiente y se efectuaron así en varias ocasiones.

⁶³ Folio 32 C. de Pruebas 4.

⁶⁴ Folio 161 respaldo C. de Pruebas 4.

Es decir, no nos encontramos frente a un mero descuido que derivó en la realización aislada de alguna operación sin contar con la autorización correspondiente. Se presentó en varias ocasiones, más allá de que en otros casos la autorización sí se solicitó, lo que de alguna forma deja ver que se tenía conocimiento de que tal autorización era requerida y que, a sabiendas de ello, en varios casos no se pidió.

Esto se ve reforzado por la experiencia y conocimiento de los señores PRADO y SÁNCHEZ, que da soporte sólido a la consideración de que no se trató de una situación originada en el desconocimiento de los autores sino en la conciencia y deseo de generarla.

Tales hechos son indicativos de que definitivamente se tenía una intención que iba más allá de la satisfacción y beneficio del cliente; es más, son indicativos de que la intención era la de lograr propósitos no solo distintos de esos, sino a pesar de los perjuicios que se pudieran producir para los clientes correspondientes. De lo contrario, se habría solicitado su autorización, o por lo menos se les habría enterado de las mismas.

Todo indica que esas operaciones se realizaron, por los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, con el principal propósito de cumplir o superar las metas que debían alcanzar en desarrollo de sus empleos. Nada distinto explica lo que pasó.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, quedó acreditado que se realizaron actos dolosos por los empleados antes referidos.

Vale indicar en este punto que si bien quedó acreditado el doloso actuar de los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, la Convocante no logró

demostrar que dichos funcionarios hubieran actuado en colusión, por lo que la pretensión octava principal y novena subsidiaria no podrán ser acogidas.

2.2.2. Análisis de la configuración de lucro financiero deshonesto

El material probatorio recaudado a lo largo de este juicio dio luces suficientes sobre la inexistencia de ganancia o lucro deshonesto de los empleados implicados en las transacciones no autorizadas que generaron pérdidas para la Convocante, requisito indispensable, de acuerdo con el texto de la póliza, para la afectación de la cobertura. En efecto, del estudio del dictamen pericial, de los testimonios y de los interrogatorios rendidos ante este Tribunal, se hace imperativo concluir que en el presente caso, no se probó que los empleados en comento **se hubiesen lucrado a partir de sus actuaciones deshonestas**, por lo menos en el sentido en que el contrato de seguro lo exige para entender materializado el riesgo amparado, como se explica a continuación.

Por una parte, el dictamen pericial aclaró que no se recibieron por parte de los exempleados de la Convocante ingresos diferentes a los que ordinariamente hubieran recibido por concepto de su contrato laboral, en los siguientes términos:

"(...) Pregunta 4. Si de acuerdo a la historia contable los señores LUZ MYRIAM SÁNCHEZ y LEONARDO PRADO, se apoderaron o lucraron de las sumas de dinero perdidas por los inversionistas.

"Respuesta a la pregunta 4. Con base en la revisión de la información que solicité y que me fue suministrada, los ingresos que recibieron los señores LUZ MYRIAM SÁNCHEZ y LEONARDO PRADO se refieren a los analizados en la respuesta a la pregunta 7 del cuestionario formulado por la parte demandante. Con base en esta información no es posible afirmar que los

*señores Luz Myriam Sanchez y Leonardo Prado se hayan apoderado de las sumas de dinero perdidas por los inversionistas. Tal como se analizó en la respuesta inmediatamente anterior, de acuerdo con la documentación revisada, particularmente los extractos de los clientes, las pérdidas que sufrieron los clientes se refieren a la pérdida (o utilidad) en la venta de acciones que conformaban los portafolios de los clientes. De otra parte, la pérdida (sic) de los portafolios de los clientes se dio también por operaciones repo en donde la venta de los títulos fue por un valor inferior al de la recompra de los mismos (...)."*⁶⁵

Por otra parte, en varias declaraciones se hizo referencia a la ausencia de ganancia económica indebida de los empleados LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, distintas de las que encuentran causa en la relación contractual con la Convocante, como consecuencia de las operaciones no autorizadas que realizaron, como se evidencia de los apartes transcritos a continuación:

"DR. LOZANO: ¿En el conocimiento que usted tuvo sobre las operaciones realizadas por los dos trading o comisionistas, esto es Leonardo Prado y Luz Myriam Sánchez Martínez, pudo constatar si ellos se habían apropiado de sumas de dinero?

"SR. ISAZA: No hay evidencia de ello, no lo logramos constatar (...)

"DR. LOZANO: No, pero no estoy hablando de comisiones sino ¿si obtuvo el lucro financiero en cada una de las operaciones que hacía?

⁶⁵ Folio 129 y 130. C. de Pruebas 4.

"SR. ISAZA: ¿Si él sacó para él beneficio de cada operación? No, nosotros no evidenciamos eso (...)." (Declaración del señor ÁLVARO JOSÉ ISAZA CAMACHO, Expresidente de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. y representante legal para el momento de los hechos).⁶⁶

Por su parte, la testigo Norma Beatriz Troconis, miembro suplente de la junta directiva de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. y Vicepresidente Administrativa de la misma empresa, expresó:

"(...) DRA. PALOMAR: ¿Usted como vicepresidente de Asesorías e Inversiones conoce si efectivamente los funcionarios Leonardo Prado y Luz Myriam Sánchez Martínez, se apoderaron del dinero que se perdió, de las pérdidas de sus clientes, ellos se apoderaron de ese dinero?"

"SRA. TROCONIS: (...) una cosa es apoderarse del dinero o robarse el dinero y otra cosa es verse beneficiado por las operaciones que hacen dentro de la organización y las operaciones que hicieron dentro de la organización se vieron lucradas por pagos de comisiones y aumentos de sueldos, a mí no me consta que ellos se hayan robado dinero, si esa es la palabra apoderarse, ni me consta ningún acuerdo que tuvieran por fuera con alguno de los clientes con que ellos tranzaban (...)." ⁶⁷

Incluso, una de las participantes del equipo que adelantó las auditorías dentro de la entidad Convocante, señora EXCELINA ZUCHET ENDE (Directora de Control Interno de ASESORÍAS E INVERSIONES S.A.), llegó a la misma conclusión, según se desprende de los términos de su declaración:

⁶⁶ Folio 151 C. de Pruebas 4

⁶⁷ Folio 197 C. de Pruebas 4

"(...) DR. LOZANO: ¿(...) usted encontró que el señor Alfonso Prado (sic) o la señora Luz Myriam Sánchez se hubieran apropiado de sumas de dinero en la realización de esas operaciones?

"SRA. ZUCHET: Físico no, pero el hecho de mantener el cargo es beneficiarse del producto de las operaciones que estaban haciendo, el producto de esas operaciones generaron unas comisiones, lo cual hacía que ellos lograran su productividad y seguir en la firma con sus empleos y en el caso de Luz Myriam lograr inclusive incrementos salariales (...).

"DR. LOZANO: ¿Es decir que el único beneficio de esos dos comisionistas fueron las comisiones, premios u honorarios que les dieron?

"SRA. ZUCHET: No, comisiones no hubo en el caso de ellos, pero sí mantuvieron su puesto y en el caso de Luz Myriam inclusive llegó a ganarse incrementos salariales, un comercial que no alcance su productividad muy seguramente sale de la comisionista porque finalmente el área comercial de toda empresa tiene que ver con la productividad de esa área.

"DR. LOZANO: Quisiera concretar un poco la respuesta porque no me queda claro, ¿qué beneficios financieros recibieron los comisionistas?

"SRA. ZUCHET: Mantener sus puestos, ganarse un salario (...)."68

En la declaración de parte del representante legal de la Convocante, señor EDGAR FERNANDO BORRÁS BOTERO, se reconoció que los señores LEONARDO

⁶⁸ Folios 37 y 38. C. de Pruebas 4.

PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ no se apropiaron de dinero o de valores para su provecho personal, como se evidencia en el siguiente aparte:

"(...) DR. LOZANO: Pregunta No. 1. Dígame al Tribunal si con ocasión de las investigaciones de auditoría y demás, realizadas por la sociedad que usted representa, con ocasión de las inversiones irregulares realizadas por el señor Leonardo Prado, ustedes pudieron constatar que tal funcionario se apropió de sumas de dinero que correspondían a los inversionistas.

"SR. BORRAS: No, sin embargo aclaro en una sociedad comisionista se manejan dineros y valores, en el tema dineros no, en el tema valores sí, porque cuando uno dispone unilateralmente, sin el consentimiento del cliente el portafolio de un cliente está constituido por valores, está apropiándose de los valores y disponiendo de ellos frente al mercado.

"DR. LOZANO: Pregunta No. 2. De acuerdo a su respuesta anterior, ¿en sentir de la comisionista el señor Leonardo Prado se apropió en su propio beneficio de valores?

"SR. BORRAS: No, sin embargo aclaro que dado el esquema establece como costumbre el mercado de valores, cuando una persona realiza operaciones que se apartan del mandato legal y reglamentario está buscando un lucro, un beneficio que no puede ser otro que el económico, cuando nosotros administramos valores y administramos dinero. Esta persona realizó operaciones a todas luces como lo hemos podido constatar, son operaciones que se hicieron de manera innecesaria y sin ningún tipo de razonabilidad financiera.

"DR. LOZANO: *Pregunta No. 3. Dígale al Tribunal si en las investigaciones de auditoría y demás realizadas por las inversiones irregulares que hizo la exfuncionaria Luz Myriam Sánchez Martínez, ustedes pudieron detectar o comprobar que ella se había apropiado de sumas de dinero.*

"SR. BORRAS: *No, sin embargo aclaro que una sociedad comisionista administra dinero y valores y en la medida que se hacen operaciones consulta sobre los valores, se está apropiando frente al mercado o disponiendo de ellos frente al mercado para su ...*

"DR. LOZANO: *Pregunta No. 4. ¿De acuerdo a su respuesta anterior ustedes comprobaron que la señora Sánchez Martínez se hubiera apropiado de valores en el mercado?*

"SR. BORRAS: *No, sin embargo aclaro que al realizar operaciones de manera inconsulta con sus clientes, está realizando operaciones innecesarias y sin ningún tipo de razonabilidad financiera (...)."*⁶⁹

Queda claro, entonces, que no se comprobó, a partir de los esfuerzos de la auditoría desarrollada por la propia ASESORÍAS E INVERSIONES S.A. ni en el recorrido procesal adelantado por este Tribunal, que los exempleados de dicha entidad asegurada, LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, hubieran percibido para ellos mismos un lucro financiero deshonesto, que, de conformidad con lo establecido en la cláusula 1.1. KFA 81 debe ser "*diferente a salarios, honorarios, comisiones, bonificaciones y prestaciones y otros emolumentos similares, devengados durante el normal desarrollo de sus empleos*".

⁶⁹ Folios 18 y 19 C. de Pruebas 4.

En efecto, las pruebas practicadas dentro del proceso indican que los posibles beneficios que pudieron percibir los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ, mientras estuvieron vinculados como empleados de la sociedad comisionista de bolsa Convocante, están asociados a salarios y otros emolumentos similares, los cuales, no pueden ser considerados, a la luz del contrato de seguros que nos convoca, como "lucro financiero deshonesto", lo que indefectiblemente redundaría en que no se haya presentado uno de los elementos configuradores del amparo, por manera que no puede hablarse de la materialización del riesgo cubierto y por ende, de surgimiento de obligación alguna en cabeza de la aseguradora Convocada.

Merece comentario especial el argumento presentado por el apoderado de la Convocante, relacionado con el hecho de que en este caso, al haberse presentado una situación de abuso de confianza, definitivamente se presentó una apropiación que va más allá de los emolumentos antes mencionados.

Sostiene la parte Convocante que, sin apropiación, no se configura el delito de abuso de confianza, de manera que, habiéndose presentado una situación de abuso de confianza en este caso, ello supone la apropiación indebida y, en consecuencia, la obtención de un provecho ilícito por parte de los empleados que incurrieron en la realización de operaciones no autorizadas.

Lo anterior fue expuesto así, por la parte Convocante, al momento de alegar de conclusión: "(...) *Mediante la venta y la constitución de repos con las acciones, los citados operadores en ese momento se apropiaron indebidamente del patrimonio de los inversionistas representado en las acciones, es decir se cometió el delito consistente en la dolosa intención de retener como propio una cosa ajena recibida en administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver.*

*Constituye una modalidad del abuso de confianza. (Ossorio, Manuel: Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Página 62 Ed. Helliastas.r.l.) (...)."*⁷⁰

Frente a esta postura, el Tribunal considera que no se requiere, para efectos de determinar si se presentó, o no, afectación del amparo, evaluar si los señores LEONARDO PRADO y LUZ MYRIAM SÁNCHEZ realizaron conductas que se enmarquen en el tipo penal de abuso de confianza. La cobertura que se ha venido analizando no está extendida en función de la comisión de un delito, o en particular, no está pactada en relación con la comisión del delito de abuso de confianza, lo que excluye la posibilidad de analizar esa circunstancia por parte del Tribunal, más allá de que, en los casos en que se confiere la cobertura apoyándose para ello en instituciones jurídicas de ese carácter, la decisión del Tribunal no tenga la posibilidad de producir efectos penales, como es obvio.

Tal como se ha expuesto anteriormente, la cobertura no fue extendida teniendo en cuenta la comisión del delito de abuso de confianza, sino la realización de actos dolosos que generaran "lucro financiero deshonesto" del empleado o empleados correspondientes, diferente a salarios y otros emolumentos similares. Y en este caso no hay prueba de algún tipo de lucro diferente de los emolumentos antes mencionados, razón por la cual los efectos de las operaciones, a que la demanda se refiere, no se encuentran amparados por virtud del contrato de seguro arrimado al proceso.

No hay prueba de la obtención de un beneficio distinto de los ya mencionadas; y hay que decir que existe abundante material probatorio, como ya se vio, de que el beneficio obtenido por los exempleados de la Convocante se contrae, en gracia de discusión, a los emolumentos ya mencionados.

⁷⁰ Folio 348 C. Principal 1.

En consecuencia, debe insistirse por parte de este Tribunal en que no se obtuvo “lucro financiero deshonesto”, en los términos en que debe entenderse tal concepto a la luz del contrato de seguro base de la acción, por lo que la cobertura no pudo haberse afectado en modo alguno.

Así las cosas, en la medida en que no hubo siniestro, no puede entenderse que la Convocante haya cumplido la obligación prevista en el artículo 1077 del Código de Comercio, en la que se establece la necesidad de acreditar, a cargo del asegurado, tanto la ocurrencia, como la cuantía del siniestro.

De conformidad con todo cuanto ha quedado expuesto, se abren paso las excepciones que formuló la Convocada, bajo la denominación de “Inexistencia de la obligación demandada” y de “Inexigibilidad de la obligación que se demanda” y, en consecuencia, no podrán ser acogidas las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta y séptima principales de la demanda, como tampoco la segunda, tercera, quinta, sexta, séptima y octava subsidiarias. En la medida en que las pretensiones de condena formuladas por la Convocante no serán acogidas, resulta innecesario estudiar la excepción denominada “Aplicación de sumas aseguradas y deducibles”.

3. COBERTURA DE LAS TRANSACCIONES NO AUTORIZADAS

3.1. Posturas de las partes

Otro de los aspectos que ha sido ampliamente discutido entre las partes, es si las operaciones no autorizadas se encontraban o no cubiertas por la póliza 1000032 para el período en el que se presentaron los hechos que la Convocante afirma dieron lugar a la configuración del siniestro por esta alegado.

En relación con el precitado aspecto, la Convocante ha sostenido que durante la vigencia de la póliza 1000032 comprendida entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012, esto es, durante el período en el que se presentaron los hechos que sirven de origen al presente trámite, las operaciones no autorizadas se encontraban cubiertas por el amparo otorgado por la Convocada respecto de los actos deshonestos y fraudulentos llevados a cabo por los empleados de la asegurada.

De conformidad con lo señalado por la Convocante, a tal conclusión se arriba no solo con fundamento en las declaraciones de algunos de los testigos que intervinieron en el proceso, sino con apoyo en el hecho de que, según su decir, en la renovación relativa a la vigencia comprendida entre el 9 de agosto de 2013 y el 9 de agosto de 2014 de manera específica se previó una exclusión denominada "Transacciones no autorizadas", de donde se sigue, en su opinión, que, con antelación a la referida exclusión, el amparo cubría las operaciones que los funcionarios de la asegurada ejecutaran sin la debida autorización de sus clientes.

Por su parte, al contestar la demanda la Convocada sostuvo que el riesgo derivado de las transacciones no autorizadas no fue asegurado en ninguna de las vigencias de la póliza 1000032, entre otras razones, porque se trata de un riesgo que no es cubierto por el mercado asegurador. Así, aunque acepta que en la renovación relativa al período comprendido entre el 9 de agosto de 2013 y el 9 de agosto de 2014 de manera específica se previó la exclusión denominada "Transacciones no Autorizadas", afirma que tal estipulación se incluyó con el exclusivo propósito de evitar demandas temerarias.

3.2. Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal

Así resumidas las posturas de las partes en cuanto hace a este particular aspecto, corresponde ahora al Tribunal examinar el material probatorio que obra en el expediente, a fin de determinar si la póliza 1000032 que se otorgó para la vigencia comprendida entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012 cubría o no las transacciones no autorizadas.

Lo primero que advierte el Tribunal es que en la póliza 1000032 relativa a la vigencia en la que se presentaron los hechos en que se origina el presente trámite no existe una exclusión en la que de manera específica se señale que no se encuentran cubiertas las transacciones que se lleven a cabo sin la debida autorización de los clientes.

Por el contrario, tal como lo indicó la Convocante y según quedó aceptado por la Convocada, en la póliza que se otorgó para la renovación relativa al período comprendido entre el 9 de agosto de 2013 y el 9 de agosto del 2014, de manera expresa se indicó:

"Exclusión de transacciones no autorizadas. Por medio de este endoso se acuerda que esta póliza se enmienda la forma AIG BBB02992 (sic), al añadir a la condición segunda – exclusiones, la siguiente exclusión R:

"R. Se excluye cualquier pérdida que resulte directa o indirectamente de, o relacionada con, o que involucre de uno u otro modo una Transacción (ya sean Derivados o no) causada o generada por cualquier acto deshonesto o fraudulento, con o sin la autorización de los clientes del Asegurado frente a cualquier cliente real o ficticio, incluyendo pero no limitado a la pérdida resultante de fluctuaciones o disminuciones en el valor de mercado a pesar de cualquier acto u omisión de parte de cualquier empleado en conexión con cualquier cuenta o cualquier deuda o

*saldo de la cuenta o que esté relacionado con dicha Negociación de Valores.*⁷¹

Según ha quedado antes expuesto, la Convocada ha pretendido explicar la referida diferencia en la supuesta necesidad de hacer claridad en el alcance de la cobertura, sin que ello suponga que las operaciones no autorizadas se encontraran cubiertas dentro de la vigencia en la que ocurrieron los hechos que sirven de causa a la controversia sometida a este Tribunal Arbitral.

Pues bien, el Tribunal encuentra que son varios los elementos probatorios que apuntan en sentido contrario al señalado por la Convocada. En efecto, según pasará a verse, además de la ausencia de una previsión específica que excluya del amparo las transacciones no autorizadas, obran en el expediente las declaraciones de algunos testigos cuyas manifestaciones sirven de base sólida para concluir que dichas operaciones sí se encontraban cubiertas durante la vigencia en la que se presentaron los hechos que son objeto de debate.

No obstante ello, resulta oportuno dejar señalado desde este punto que la referida conclusión, en el sentido de que para la época de ocurrencia de los hechos objeto de debate se encontraban cubiertas las transacciones no autorizadas, no contradice lo determinado por el Tribunal respecto de la improcedencia de las pretensiones formuladas por la Convocante. En efecto, tal como de forma detallada se explicará más adelante, para que las pérdidas derivadas de transacciones no autorizadas puedan resultar amparadas por la cobertura de actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores otorgada por la Convocada, es menester que el empleado haya actuado de manera dolosa y que además haya obtenido un lucro financiero

⁷¹ Folio 22, respaldo. C. de Pruebas 1.

deshonesto para sí, sin que el último de los precitados requisitos lograra ser acreditado por la Convocante en el presente trámite.

Aclarado lo anterior, comienza el Tribunal por referirse a la declaración rendida por el señor ANDRÉS NAVAS VEJAR, quien se desempeña como gerente de la división de líneas financieras de la Convocada, y quien, tras explicar las condiciones que se requieren para que se configure el siniestro amparado por la cláusula 1.1 KFA 81, señaló que durante la vigencia en la que se presentaron los hechos base de la acción se encontraban amparadas las operaciones no autorizadas, las cuales dejaron de estar cubiertas con ocasión de la exclusión que se pactó en la renovación relativa a la vigencia comprendida entre el 9 de agosto de 2013 y el 9 de agosto de 2014.

Ante una pregunta formulada por el apoderado de la Convocante en relación con el período respecto del cual se predica la exclusión de las operaciones no amparadas, el testigo ANDRÉS NAVAS VEJAR se refirió en los siguientes términos:

*"No existía antes efectivamente esta exclusión, ahora existe en forma absoluta, siempre ha existido la condición del doble detonante, es decir que el asegurado pruebe efectivamente que hubo la intención manifiesta de causar la pérdida y que exista además la demostración de lucro financiero, eso siempre ha estado en nuestras condiciones, pero en este año con el fin de evitar cualquier tipo de confusión, dar inclusive mayor claridad estamos poniendo una exclusión absoluta, cualquier pérdida relacionada con ese tipo de eventos no va a tener cobertura de ninguna manera bajo la póliza integral bancaria, esa es básicamente la diferencia que presentamos."*⁷²
(Subraya fuera del texto)

⁷² Folio 23. C. de Pruebas 4.

Más adelante, al ser interrogado por la relación que existe entre los “dos detonantes” que, según el testigo, establece la cláusula 1.1. KFA 81, y la exclusión prevista respecto de las operaciones no autorizadas, el testigo indicó:

"Siempre existieron esos dos detonantes, cuando el asegurador agrega una exclusión con temas de transacciones no autorizadas por parte de empleados, en ese caso es una exclusión absoluta de la póliza, es decir no hay cobertura bajo ningún concepto, inclusive si existen esos dos detonantes.

"Aun así si ese empleado llegara de demostrar que hubo ese lucro financiero, esa intención manifiesta, en el momento en que el asegurado haga una exclusión de forma absoluta, bajo ningún concepto se va a cubrir pérdidas relacionadas con esas transacciones no autorizadas.

"Esa fue la modificación que hicimos en la última vigencia, antes de esa vigencia existía la condición de que exista doble detonante, por qué esa exclusión porque realmente hemos visto que ha sido una práctica de una forma más recurrente en lo que son comisionistas, no queremos causar ningún tipo de confusión respecto al texto, realmente no es una cobertura que nosotros queramos cubrir o seguir amparando básicamente por esos comportamientos en una forma canalizada en los comisionistas, entonces estamos poniendo esa exclusión de forma absoluta, no hay cobertura con relación a ese tipo de pérdidas."⁷³

⁷³ Folios 27 y 28 C. de Pruebas 4.

Y, seguidamente, ante la pregunta relativa a si “*el siniestro que se está reclamando en este proceso, (...) ocurrió antes o después de la exclusión*” el señor NAVAS señaló:

*"Antes, evidentemente estuvo en el 2012 en donde no había esa exclusión, pero existía a condición del doble... ese doble detonante."*⁷⁴

(subraya fuera del texto)

De otra parte, encuentra el Tribunal que la señora NORMA BEATRIZ TROCONIS MATTOS, quien es vicepresidenta administrativa y miembro suplente de la Junta Directiva de la Convocada, rindió su declaración en términos similares al señor NAVAS, al señalar que la exclusión de las operaciones no autorizadas se pactó en una vigencia posterior a aquella en la que tuvieron lugar los hechos objeto de debate.

En efecto, al ser interrogada respecto de las condiciones en las que se presentó la renovación de la póliza, la señora TROCONIS señaló:

"(...) Cuando nosotros tenemos la renovación que venía en puertas de la nueva póliza período 2013 2014, yo solicito, recibo por parte de Securitas que es nuestra sociedad de corretaje de seguros, un e-mail en donde me dicen cuáles son las nuevas exclusiones para esta renovación y entre una de ellas había un caso puntual que decía casos Interbolsa el cual nunca hemos tenido, ni ha tenido Asesorías y decía operaciones no autorizadas por clientes."

⁷⁴ Folio 28 C. de Pruebas 4.

"Yo le pido al corredor de seguros que me haga una reunión con los gerentes de la compañía de seguros y que nos explicaran un poco más a fondo a qué se referían con esas exclusiones, recuerdo que tuvimos una reunión en la oficina, fueron 3 personas de la compañía de seguros entre ellos un señor de apellido Navas, creo que era ecuatoriano por cierto y fue muy franco conmigo y me dice mire Norma acá el tema es que en esta renovación no vamos a cubrir ninguna operación no autorizada por clientes.

"Le digo entonces qué es lo que me está cubriendo en la póliza porque al final esto es una póliza de infidelidad, me dice no puedo decirle más allá sino en este instante no lo estamos cubriendo, es decir que yo en las pólizas anteriores he tenido esta cobertura y fue muy claro y con mucho énfasis delante de todos los presentes me dijo esa cobertura ustedes la tienen, pero a partir de este año ya no la tienen.

"A raíz de eso le dije perfecto entonces esta renovación no la voy a hacer por el monto que ustedes me están proponiendo de \$4.000 millones, sino lo voy a hacer por \$2.000 millones, porque es una póliza que si no me va a cubrir nada, solamente la tengo que tener por ley, porque la Superintendencia la exige y la Bolsa de Valores de Colombia y ese fue el motivo por el cual se cambia la cotización de la póliza no de \$4.000 millones sino de \$2.000 (...)."⁷⁵ (Subraya fuera del texto)

De las declaraciones rendidas por los testigos ANDRÉS NAVAS VEJAR y NORMA BEATRIZ TROCONIS MATTOS, el Tribunal advierte que en desarrollo de la relación contractual el alcance del amparo otorgado por la Convocada fue objeto de una

⁷⁵ Folios 194 y 195 C. de Pruebas 4.

variación significativa que consistió, justamente, en excluir de la cobertura las transacciones no autorizadas, las cuales se encontraban amparadas durante la vigencia en la que se presentaron los hechos objeto de debate.

Además de que los dos testigos que, vale indicarlo, ocupan cargos de importante nivel en las entidades que hacen parte del presente trámite, coinciden en que se trató de una exclusión incorporada con posterioridad a la ocurrencia de los hechos base de la acción, es igualmente consistente su postura en el sentido de que dicha exclusión no obedeció simplemente a la intención de aclarar las condiciones del amparo, sino que comportó una verdadera reducción en su alcance.

En efecto, tal como quedó antes indicado, la señora TROCONIS al rendir su declaración señaló que, tras conocer que habían resultado excluidas del amparo las operaciones no autorizadas, decidió reducir el valor asegurado de \$4.000 millones a \$2.000 millones y, a su turno, el señor NAVAS, al ser interrogado por las posibles razones que motivaron la aludida disminución en el valor asegurado, manifestó:

"(...) seguramente consideraron que al presentarse la exclusión de forma absoluta todo lo que son pérdidas con transacciones no autorizadas, tal vez su riesgo disminuye, los riesgos cubiertos disminuyen y por ende tomó la decisión de tomar una suma asegurada menor."⁷⁶ (Subraya fuera del texto)

Con fundamento en el análisis del material probatorio antes señalado, el Tribunal concluye que en la vigencia comprendida entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012, esto es durante el período en el que se presentaron los hechos que se debaten en el presente trámite, las transacciones no autorizadas se encontraban

⁷⁶ Folio 24 C. de Pruebas 4.

amparadas por la cobertura de actos deshonestos y fraudulentos de trabajadores, contenida en la póliza 1000032.

En efecto, la exclusión que se pactó respecto de tal tipo de operaciones solo fue introducida con ocasión de la renovación celebrada para el período comprendido entre el 9 de agosto de 2013 y el 9 de agosto de 2014, sin que pueda por tal modificación alterarse el alcance del amparo previamente otorgado en el que, como quedó antes señalado, las operaciones no autorizadas fueron parte de los riesgos asumidos por la compañía aseguradora.

Y es que en este punto resulta pertinente indicar que si bien es cierto que, como lo anota la Convocada, no es dable para el interprete del contrato de seguro inferir riesgos que no han sido acordados por las partes, no es menos cierto que tampoco es posible delimitar la extensión del amparo con fundamento en causales de exclusión que no hayan sido pactadas por las partes.

En efecto, las exclusiones o, lo que es lo mismo, los riesgos que no son asumidos por el asegurador y que, por ende, no se encuentran cubiertos por el amparo otorgado, deben quedar determinados *ab initio* de la relación contractual, pues es al momento de celebrar el contrato de seguro, y no después, que han de describirse e individualizarse los riesgos que serán objeto de la cobertura otorgada por el asegurador. Pues bien, tal labor de delimitación resulta, de una parte, de la descripción del riesgo asumido y, de otra, de la indicación de los eventos que se entienden excluidos y, unos y otros, de conformidad con lo establecido en el ordinal c), numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, de tal forma que se proporcione al tomador la información necesaria para que este conozca el verdadero alcance de la cobertura contratada.

Pues bien, tras examinar en detalle el texto de la póliza otorgada para el período comprendido entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012, el Tribunal no encuentra que exista disposición contractual que sirva de soporte para sostener que las transacciones no autorizadas se encontraban excluidas. Tal exclusión solo se pactó con ocasión de una vigencia posterior a aquella en la que se presentaron los hechos objeto de controversia, de suerte que esta, por ser ulterior, no puede predicarse del amparo otorgado en la vigencia comprendida entre el 15 de marzo de 2011 y el 15 de marzo de 2012.

Con fundamento en todas las consideraciones antes expuestas, el Tribunal concluye que el amparo otorgado por la Convocada para el período en el que se presentaron los hechos debatidos en el presente trámite cubría las operaciones no autorizadas, por lo que no podrá abrirse paso la excepción que bajo el nombre de "*Inexistencia de la obligación por exclusión de cobertura*" quedó formulada en la contestación de la demanda.

Tal como quedó anunciado líneas atrás, el hecho de que la aludida excepción no pueda ser acogida por el Tribunal, no varía la conclusión que quedó ya antes expuesta en el sentido de que la Convocante no logró acreditar los elementos estructurales que, de conformidad con lo establecido en la cláusula 1.1 KFA 81 de la póliza 1000032, se exigen para efectos de la configuración del siniestro amparado por la cobertura de actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores.

En efecto, aunque la operaciones no autorizadas hagan parte del amparo otorgado por la Convocada, lo cierto es que las pérdidas derivadas de tal tipo de transacciones sólo pueden resultar cubiertas en la medida en que se configuren los elementos estructurales del amparo que, como ha quedado ya suficientemente expuesto, consisten en la acreditación del actuar intencional de los empleados y en la demostración de la obtención de un lucro financiero deshonesto para sí, lo cual no

logró ser demostrado en el presente trámite, particularmente en cuanto atañe al lucro financiero deshonesto.

4. INEXISTENCIA DE CONSECUENCIAS PROBATORIAS EN SEDE JUDICIAL, POR LA OBJECCIÓN PRESUNTAMENTE EXTEMPORÁNEA A LA RECLAMACIÓN ELEVADA POR EL ASEGURADO

El Código de Comercio impone al asegurado o beneficiario la carga de "*demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida*" (art. 1077), para que surja a su favor la prestación pactada en el contrato de seguro. Dicha carga puede ser observada por el asegurado, si así lo considera pertinente, mediante la presentación ante la aseguradora de la reclamación extrajudicial, lo que genera a su favor un conjunto de consecuencias jurídicas e imponen a su contraparte, a su turno, un conjunto de deberes.

Así tuvo oportunidad de precisarlo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

"La presentación de la reclamación genera consecuencias jurídicas significativas, a saber:

a) La carga del asegurador de objetarla de manera oportuna, seria y fundada dentro del plazo perentorio de un mes contado desde el mismo día;

b) La exigibilidad de la obligación del asegurador de pagar el siniestro al asegurado dentro del plazo del mes siguiente a la fecha de su presentación acreditando su derecho, aún extrajudicialmente;

c) La constitución inmediata u opelegis en mora del asegurador en el pago de la prestación pecuniaria a partir del vencimiento del plazo legal con la causación de intereses moratorios a la tasa de interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria aumentado hasta la mitad, sin perjuicio de optar en vez de la sanción moratoria por la indemnización ordinaria de perjuicios sujeta a las reglas generales, a la prueba de su existencia, valor, certeza y carácter directo, prestaciones de suyo diferentes, esto es, la de pagar el siniestro y la moratoria o indemnizatoria, según el caso, cuya causa es la mora o el incumplimiento (cas. civ. 11 de octubre de 1995, exp. 4470); y

d) El mérito ejecutivo de la póliza para exigir coactivamente la prestación dineraria con sus intereses de mora, cuando no exista objeción oportuna, seria y fundada."⁷⁷

Como se colige del fragmento jurisprudencial antes transcrito, es una carga de la aseguradora objetar de manera oportuna, seria y fundada la reclamación elevada por el asegurado, y la inobservancia de tal carga tiene como consecuencia jurídica, entre otras, que la póliza preste mérito ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1053 del Código de Comercio. De esta manera, el legislador establece una sanción legal frente a la conducta del asegurador que se abstiene de responder, dentro del plazo o con los requisitos señalados, a la solicitud elevada por quien, presuntamente, tiene el derecho a recibir la prestación acordada.

A este respecto, LÓPEZ BLANCO ha señalado que “[s]i el asegurador, una vez presentada la reclamación, guarda silencio por un término de un mes, la consecuencia es idéntica a la de la negativa infundada y la acción será ejecutiva,

⁷⁷CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2008. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

pues su silencio por dicho lapso, permite al asegurado o al beneficiario acudir a la justicia, no para que se declare su derecho (como sucede en el juicio declarativo) sino para que se ejecute, pues ese silencio presupone aceptar que existe amparo de la póliza, que el siniestro ocurrió y que esa es su cuantía, como antes se explicó con alcance de presunción de carácter legal que, por lo mismo, puede ser desvirtuada.”⁷⁸

De esta forma, el asegurado cuya reclamación no ha sido objetada oportunamente o ha sido objetada de manera infundada tiene oportunidad de acudir a la vía ejecutiva para hacer el cobro de la obligación contenida en la póliza, a la que el legislador, por ministerio de la ley, le ha otorgado el carácter de título ejecutivo.

Ahora bien, no se puede perder de vista que dicha consecuencia de carácter legal sólo surte efectos en cuanto el asegurado opte por adelantar el proceso ejecutivo con base en la póliza. Así, si el asegurado prescinde de dicha prerrogativa que el legislador ha dispuesto a su favor, no puede intentar posteriormente, al hacer uso de la acción ordinaria mediante un proceso declarativo, rescatar estos beneficios para hacerlos valer en una oportunidad para la cual no se encuentran previstos.

Es por esta razón que la Corte Suprema de Justicia haya sentado, con atinado criterio, que *“la valoración acerca de las características y requisitos de la objeción a la reclamación sólo resulta pertinente para efectos de establecer si el asegurado o beneficiario puede emplear la póliza como título ejecutivo, mas no lo es para otros menesteres, o en otras oportunidades, como sería en el proceso declarativo iniciado después de que la aseguradora ha presentado una objeción que observa las directrices trazadas por la ley.”⁷⁹* Y es que si bien en el asunto que generó dicho pronunciamiento de parte de la citada Corporación existió una objeción oportuna,

⁷⁸LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguros*, sexta edición. Dupre Editores. Bogotá, Colombia. 2014. Pág. 606.

⁷⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de julio de 2006. Magistrado Ponente: César Julio Valencia Copete.

fundada y seria, lo cierto es que, como se aprecia en el aparte citado, la regla que se señala es que la valoración de las características de la objeción, conforme al artículo 1053, únicamente es pertinente con miras al proceso ejecutivo, tal como lo estableció en dicha norma el legislador.

De estas consideraciones surge con nitidez como no le asiste razón a la parte Convocante cuando aduce que como el asegurado cuyo contrato de seguro contiene una cláusula compromisoria no puede iniciar la ejecución con fundamento en la póliza en sede arbitral, deben conservarse los efectos adversos por la objeción extemporánea en el proceso declarativo mediante una presunción *iuris tantum* del acaecimiento y la cuantía del perjuicio, situándose en cabeza de la aseguradora la carga de la prueba en relación con la inexistencia de la obligación demandada.

Más aún, termina de quedar sin basamento la consecuencia jurídica perseguida por la Convocante con fundamento en la objeción extemporánea de la reclamación, pues el pacto arbitral no sustrae del conocimiento de la jurisdicción ordinaria la acción ejecutiva. En otras palabras, que las partes hayan decidido mediante el contrato llevar el conocimiento de sus conflictos a la jurisdicción arbitral no obsta para que el asegurado adelante un proceso ejecutivo para el cobro de la obligación contenida en el título ejecutivo complejo que se conforma con la póliza y los comprobantes pertinentes, con fundamento en el artículo 1053 multicitado.

Conforme a lo expuesto, no le está dado el juez aplicar, *analogía legis*, consecuencias jurídicas consagradas de manera exclusiva para el ejercicio de determinada vía procesal, a saber el proceso ejecutivo, mucho menos cuando se trata de normas de estirpe sancionatoria⁸⁰, pues la analogía *in malam partem* se encuentra proscrita en este campo.

⁸⁰ Sobre el carácter sancionatorio de esta norma LÓPEZ BLANCO señala: "en la Comisión redactora del Código de Comercio se dejó muy claramente sentado que es este un caso en el cual no existe título ejecutivo a la luz de las

5. PRESCRIPCIÓN

5.1. Posturas de las partes

Dentro de los medios de defensa esgrimidos por la Convocada, se encuentra alegada la prescripción de la acción respecto de las pretensiones soportadas en la conducta desplegada por el señor LEONARDO PRADO.

Al formular la aludida excepción, la Convocada señaló que, de conformidad con lo indicado en el hecho séptimo de la demanda, el 30 de julio de 2011 "(...) *uno de los clientes de la Convocante se comunicó con el Dr. Álvaro José Isaza Camacho, para manifestarle que el señor Prado Gómez había realizado operaciones sin su previo consentimiento*".

Con apoyo en tal consideración, la Convocada ha sostenido que, en el hipotético evento que el Tribunal llegara a considerar que se configuró un siniestro por los actos dolosos desplegados por el señor LEONARDO PRADO, la prescripción de la acción impetrada con fundamento en tal conducta debe ser declarada, en la medida en que transcurrieron más de dos años entre el momento en que la Convocante tuvo conocimiento del siniestro alegado (30 de julio de 2011) y la fecha en la que se presentó la demanda (10 de enero de 2014).

Por su parte, la Convocante ha señalado, en primer lugar, que no es cierto que en el hecho séptimo de la demanda haya quedado consignado lo indicado por la Convocada, aunado a lo cual ha sostenido que el término de la prescripción extintiva

disposiciones generales; no obstante, a manera de sanción para las empresas aseguradoras que no se pronuncian en forma oportuna respecto a las reclamaciones debidamente formuladas, se permite tal vía procesal." LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguros*, sexta edición. Dupre Editores. Bogotá, Colombia. 2014. Pág. 588.

debe computarse desde el momento de conocimiento efectivo del hecho y no desde su ocurrencia, por lo que en el caso en cuestión el plazo prescriptivo solo puede computarse luego de realizadas las auditorías que se llevaron a cabo al interior de la entidad asegurada.

5.2. Análisis probatorio y conclusiones del Tribunal

Aun cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, la acreditación de una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, exime al juez de la necesidad de examinar las restantes, el Tribunal estima pertinente referirse de manera somera a la excepción de prescripción alegada por la Convocada, no obstante que, por las razones que han quedado ya suficientemente expuestas en este laudo, las pretensiones de la demanda no están llamadas a abrirse paso.

El Tribunal encuentra que en la medida en que, como ha quedado establecido, en el presente caso no se configuró el siniestro alegado por la Convocante, el término previsto para la prescripción de la acción jamás empezó a correr, habida cuenta que dicho término tiene como referente de cómputo la ocurrencia del siniestro, entendido este como la realización del riesgo asegurado.

La prescripción ordinaria, que fue la que en este caso formuló la Convocada y que es, por ende, a la que se circunscribe el análisis del Tribunal, ata el término prescriptivo de dos años al conocimiento, real o presunto, de los hechos constitutivos del siniestro.

Así las cosas, el debate en torno a si la prescripción debe computarse desde el momento en que uno de los clientes de la Convocante puso en conocimiento a su representante legal del irregular actuar del señor LEONARDO PRADO o si, por el contrario, debe ser contabilizado luego de concluidas las auditorías internas que

confirmaron tal hecho, se torna, en realidad intrascendente, pues lo cierto es que no se configuró el siniestro, por lo que el término prescriptivo jamás pudo empezar a correr.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL EN TORNO AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Le corresponde ahora al Tribunal centrar su análisis en lo relativo al juramento estimatorio contenido en la demanda, y en la valoración que sobre dicho particular efectuó la Convocante.

Para tal efecto, debe tenerse como punto de partida lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso, conforme el cual:

"Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

"Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

"Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude,

colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

"El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

"El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz."

Del análisis de la precitada norma, lo primero que estima pertinente resaltar el Tribunal es que el juramento estimatorio tiene como exclusiva finalidad servir de base para la cuantificación de los pedimentos del demandante en cuanto se refieran a indemnización de perjuicios o a "compensaciones", o al pago de frutos o mejoras.

Y es en tal sentido que la ley establece que, cuando dicha cuantificación no es objetada por la parte contraria o cuestionada por el juez, el juramento constituye prueba del **monto** de la indemnización, compensación, frutos o mejoras cuyo pago pretende el demandante.

Así pues, una cosa es la sola acreditación del valor de las pretensiones dinerarias de la demanda que, según se dijo, en los eventos en los que no hay objeción, se logra mediante la estimación juramentada que el extremo activo hace y otra distinta, aunque íntimamente relacionada con la primera, es la demostración de los hechos que sirven de base a dichas pretensiones, demostración que junto con la correspondiente argumentación jurídica, desemboca en pronunciamiento favorable del sentenciador.

Esta distinción resulta de vital importancia al momento de determinar si procede o no el efecto sancionatorio que prevé el artículo 206 del Código General del Proceso para los eventos en los que la cantidad estimada en el juramento exceda en el 50% la que termina siendo probada.

En efecto, a juicio del Tribunal la suerte de lo que acontezca en relación con el juramento estimatorio no se encuentra necesariamente atada a lo que se decida en la sentencia respecto de la prosperidad de las pretensiones de la demanda, porque bien puede ocurrir que el demandante estime adecuada y razonadamente el valor de sus pedimentos pero que estos no logren finalmente abrirse paso.

En otras palabras, es perfectamente posible que, sin perjuicio de una razonada y ponderada valoración de las pretensiones, se despachen ellas desfavorablemente por razones de variada índole como, por vía de ejemplo, el haberse interpretado de forma errada una norma o un pasaje contractual, por haber fallado el demandante en su estrategia probatoria o por prosperar una excepción válidamente alegada por su contraparte, entre otras circunstancias.

De lo anterior se sigue que no siempre que el demandante pierde la causa debe haber lugar a la aplicación de la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, pues esta, insiste el Tribunal, cabe únicamente para los casos

de cuantificaciones desbordadas de lo que, a juicio del demandante, deben ser las condenas por perjuicios, compensaciones, frutos o mejoras.

Y es que la vocación de la sanción establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso no es castigar a quien no ha logrado que sus pedimentos resulten acogidos. Para tal evento está prevista la condena en costas, la cual, como bien sabido es, procede en contra de quien acude a la jurisdicción sin fundamento suficiente que soporte sus pretensiones. Y, más aún, cuando se advierta que su actuación, no solo es carente de fundamento, sino que resulta temeraria, desleal o de mala fe, habrá lugar, no sólo a la condena en costas, sino que procederán los adversos efectos que para tales casos prevén los artículos 72 y 73 del CPC.

Puntualizando lo antes expuesto en el caso que aquí nos ocupa, el Tribunal encuentra que aun cuando las pretensiones formuladas por la Convocante no resultaron prósperas, no hay motivos para considerar que fue desbordada la estimación cuantitativa de la indemnización pretendida en la demanda. Tanto es así que en el dictamen pericial rendido en el proceso, la perito estimó que el monto de las pérdidas sufridas por la Convocante y de sus intereses eran superiores a los reclamados en la demanda. En efecto, al referirse a dicho aspecto, la auxiliar de la justicia indicó *"el monto total de las pérdidas asumidas por Asesorías e Inversiones asciende a la suma de \$1.101.427.676 (pesos corrientes)"*⁸¹ y *"el monto total de intereses moratorios sobre las pérdidas calculadas (...) asciende a la suma de \$691.907.391"*⁸².

Así las cosas, resulta claro para el Tribunal que la estimación de los \$1.400.000.000 que la Convocante efectuó por concepto del valor de la indemnización que, en su

⁸¹ Folio 88 del C. de Pruebas 4.

⁸² Folio 89 del C. de Pruebas 4.

opinión, le adeuda la Convocada y de sus intereses, no resulta desmedida. Es más, dicho valor, como quedó indicado, es incluso inferior al que determinó la perito. Cosa distinta, se itera, es que tras evaluar las condiciones en las que se concedió el amparo y tras verificar que los ex funcionarios LUZ MYRIAM SÁNCHEZ y LEONARDO PRADO no obstante su doloso actuar, no obtuvieron un lucro deshonesto para sí, el Tribunal haya encontrado que no existe mérito para acoger las pretensiones formuladas en la demanda.

En otras palabras, si el reprochable comportamiento de los ex empleados LUZ MYRIAM SÁNCHEZ y LEONARDO PRADO hubiera estado cubierto por la póliza de seguros objeto de este proceso, la cantidad jurada como cuantía de la indemnización pretendida, habría sido incluso menor de la señalada en el dictamen pericial.

Es, pues, por las consideraciones arriba expuestas que el Tribunal estima que, a pesar de que no resultaron acogidas las pretensiones formuladas por la Convocante, no hay mérito para proceder a la sanción de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso.

VII. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como *"los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso"*⁸³.

⁸³ Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Entendido lo anterior, ante la circunstancia de que en el presente caso solo prospera una de las pretensiones de la demanda, teniendo además en cuenta la definición global del litigio y lo que para cada parte representa, a más del pacto contenido en la cláusula compromisoria según el cual “*los gastos que ocasionare el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida*”, al tenor de lo previsto en el artículo 392 numeral sexto del C. de P.C. es del caso condenar a la parte Convocante a reembolsarle a la Convocada, por concepto de costas, el cien por ciento (100%) de las expensas procesales en que ésta última incurrió, monto al que deberá añadirse la suma de \$21'000.000 por concepto de agencias en derecho, (determinadas de acuerdo con los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos 1887 y 2222 de 2003).

De acuerdo con lo anterior, la liquidación para la condena en costas es la siguiente:

1. GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL

1.1. Honorarios de los Árbitros, la Secretaria y Gastos del Trámite arbitral.⁸⁴

Honorarios de los tres Árbitros	\$63'000.000
IVA 16%	\$10'080.000
Honorarios de la Secretaria	\$10'500.000
IVA 16%	\$ 1'680.000
Gastos de Funcionamiento y Administración	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$10'500.000
IVA 16%	\$ 1'680.000
Otros gastos	<u>\$ 5'000.000</u>
TOTAL	\$102'440.000

⁸⁴ Acta No. 3, Auto No. 5, folio 179 del C. Principal No. 1.

Teniendo en cuenta que cada parte asumió el cincuenta por ciento (50%) que le correspondía y que el cien por ciento (100%) debe ser asumido por la parte Convocante, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a Asesorías e Inversiones S.A. a pagar en favor de AIG Seguros Colombia S.A., la suma de cincuenta y un millones doscientos veinte mil pesos (\$51.220.000).

1.2. Honorarios de la perito Marcela Gómez Clark⁸⁵

Honorarios	\$ 7'000.000
IVA 16%	\$ <u>1'120.000</u>
TOTAL	\$ 8'120.000

Teniendo en cuenta que cada parte asumió el cincuenta por ciento (50%) que le correspondía y que el cien por ciento (100%) debe ser asumido por la parte Convocante, para dar cumplimiento a tal decisión se le condenará a Asesorías e Inversiones S.A. a pagar en favor de AIG Seguros Colombia S.A., la suma de cuatro millones sesenta mil pesos (\$4.060.000).

2. AGENCIAS EN DERECHO

Para efectos del pago de agencias en derecho se aplicarán los mismos porcentajes ya fijados por el Tribunal, es decir, cien por ciento (100%) a cargo de la parte convocante y en favor de la parte convocada. Para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a Asesorías e Inversiones S.A. a pagar en favor de AIG Seguros Colombia S.A., la suma de veintiún millones de pesos (\$21.000.000).

3. TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

⁸⁵ Acta No. 21, Auto No. 32, Folio 618 del C. Principal No. 2.

En consecuencia de lo anterior, Asesorías e Inversiones S.A. deberá pagarle a AIG Seguros Colombia S.A., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de setenta y seis millones doscientos ochenta mil pesos (\$76.280.000).

I. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **Asesorías e Inversiones S.A.** contra **AIG Seguros Colombia S.A.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, en decisión unánime y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin,

RESUELVE

Primero. Declarar que AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. conocía el riesgo que cubrió mediante el contrato de seguro de Comisionistas de Bolsa No. 1000032, con lo cual prospera la pretensión tercera principal.

Segundo. Denegar las pretensiones primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena principales de la demanda.

Tercero. Denegar las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y décima subsidiarias de la demanda.

Cuarto. Declarar que prosperan las excepciones formuladas por la parte Convocada denominadas "Inexistencia de la obligación demandada" e "Inexigibilidad de la obligación que se demanda".

Quinto. Denegar las excepciones formuladas por la parte Convocada denominadas “Inexistencia de la obligación por exclusión de cobertura” y “Prescripción”.

Sexto. Abstenerse de imponer la sanción a la que hace referencia el artículo 206 del Código General del Proceso.

Séptimo. Condenar a Asesorías e Inversiones S.A. a pagar en favor de AIG Seguros Colombia S.A., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma total de setenta y seis millones doscientos ochenta mil pesos (\$76.280.000), pago que deberá hacerse en un plazo de 20 días contados a partir de la ejecutoria del presente Laudo.

Octavo. Expídanse copias auténticas del presente Laudo con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P.C.).

Noveno. Disponer que se rinda por el Presidente del Tribunal la cuenta final de la partida determinada para gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

Décimo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SERGIO MUÑOZ LAVERDE

Presidente

Tribunal Arbitral de Asesorías e Inversiones S.A.

Contra

AIG Seguros Colombia S.A.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

Árbitro

RICARDO VÉLEZ OCHOA

Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria