

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y
ADMINISTRADORES



CAROLINA MARIA DE LA TORRE AVILA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS
BOGOTÁ D.C.
2018

ÍNDICE

| | Página |
|---|--------|
| ANEXO 2 | 1 |
| ANEXO 3 | 3 |
| ÍNDICE | 6 |
| INTRODUCCION..... | 8 |
| PRIMERA SENTENCIA: Corte Suprema De Justicia. Sala Civil. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.. Ref.: 05001-3103-005-2000-00177-01 | 10 |
| 1. RESEÑA | 10 |
| Relación de los hechos | 10 |
| Planteamiento del problema jurídico | 11 |
| Reseña de los fallos de instancia | 11 |
| Fundamentos de fallo de segunda instancia | 11 |
| Recurso de casación | 11 |
| Consideraciones de la corte | 13 |
| 2. EVALUACIÓN CRÍTICA..... | 14 |
| SEGUNDA SENTENCIA: Corte Suprema De Justicia. Sala Civil. Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda . Ref.: 11001-3103-041-2001-01023-0 | 16 |

| | | |
|--|---|----|
| 1. | RESEÑA | 16 |
| | Relación de los hechos | 16 |
| | Planteamiento del problema jurídico | 16 |
| | Reseña de los fallos de instancia | 16 |
| | Fundamentos del fallo de segunda instancia..... | 17 |
| | Recurso de casación | 17 |
| | Consideraciones de la corte | 17 |
| 2. | EVALUACIÓN CRÍTICA..... | 18 |
| TERCERA SENTENCIA: Corte Suprema De Justicia. Sala Civil. Magistrado ponente: | | |
| Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref.: 11001-3103-041-2000-01098-0..... | | |
| 1. | RESEÑA | 22 |
| | Relación de los hechos | 22 |
| | Planteamiento del problema jurídico | 23 |
| | Reseña de los fallos de instancia | 23 |
| | Fundamentos del fallo de segunda instancia..... | 23 |
| | Recurso de casación | 24 |
| | Consideraciones de la corte | 25 |
| 2. | EVALUACIÓN CRÍTICA..... | 27 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO ADICIONAL..... | | |
| EVALUACIÓN CRÍTICA..... | | |

INTRODUCCION

La póliza de Directores y Administradores tiene como finalidad amparar la responsabilidad civil que se derive de los actos u omisiones cometidos de manera negligente y culposa por las personas que tengan la calidad de administradores a la luz de lo establecido en el artículo 22 de la ley 222 de 1995¹ en el ejercicio de sus funciones.

Dado que el objeto de la póliza se centra en la actividad de los administradores, éstos ostentan la calidad de asegurados por ser sobre quienes recae el riesgo asegurado. Por su parte la sociedad a la que el asegurado presta sus servicios es el tomador de la póliza quien tiene a carga de declarar el estado del riesgo normalmente de acuerdo con un cuestionario suministrado por la aseguradora mediante el cual indaga sobre su objeto social e información de los administradores. A su vez los beneficiarios de la póliza pueden ser:

1. La sociedad respecto de los perjuicios causados por los actos de sus directores o administradores
2. Los administradores por el detrimento patrimonial proveniente del pago de los gastos que debe incurrir para su defensa en procesos que es vinculado por el desarrollo de su actividad.
3. Los Terceros son las personas que de forma directa se ven afectadas por el defectuoso actuar de los administradores, en este caso podría entenderse que se entienden incluidos son los socios y acreedores de la sociedad.

En cuanto a las condiciones mediante las cuales se otorga la póliza de directores y administradores puede advertir someramente que los amparos principales que se encuentran son la indemnización de perjuicios causados a la sociedad y terceros sean consecuencia de una condena por una acción social, acción individual o cualquier tipo de condena que vincule la responsabilidad del asegurado; de igual manera se encuentra el amparo de reembolso de indemnizaciones pagadas por la sociedad, quien es el tomador de la póliza, y reembolso de gastos legales y honorarios de abogados de procesos iniciados en contra del asegurado.

Por otro lado, las exclusiones más comunes que se establecen en el condicionado de éste tipo de pólizas hacen referencia a que: i. El administrador actúe de mala fe o a título de dolo

¹ **ARTICULO 22.** Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

en la ejecución de sus funciones ii. Los actos y/u omisiones se encuentren por fuera del marco de las funciones del administrador u ocurran con posterioridad a su retiro del cargo iii. Los hechos o circunstancias sean conocidas previamente a la suscripción de la póliza, pero no hayan sido declaradas iv. Las pérdidas sean causadas por fluctuaciones en el mercado financiero v. Se ocasionen lesiones a personas o daños a bienes vi. Las reclamaciones presentadas por asegurados de la póliza sean en virtud de actos incorrectos incurridos por otros asegurados.

La póliza de directores y administradores erróneamente suele asemejarse a una póliza de responsabilidad civil profesional, no obstante en la práctica, en la mayoría de las ocasiones es habitual excluir la responsabilidad profesional dado que su finalidad es distinta puesto que el eje central de la póliza busca amparar los “actos de administración” que a la luz del artículo 196 del Código de Comercio son aquellos ejecutados por los representantes y administradores obrando en consonancia al objeto social de la sociedad (Tomador), el cual se encuentra en los estatutos de la sociedad o en la ley, y en caso de falta de estipulación deben guardar relación directa con el mismo.

En virtud de lo anterior, se protegen los daños que emanen de los actos incorrectos que se presenten en el ejercicio de las funciones establecidas para el director o administrador, en contraposición la responsabilidad civil profesional se deriva de los errores cometidos en el ejercicio de una profesión regulada faltando a su *lex artis*.

PRIMERA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil

Junio 20 de 2011

Magistrado ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Expediente 05001-3103-005-2000-00177-01

1. RESEÑA

RELACIÓN DE LOS HECHOS

1. Los accionantes se encontraban vinculados mediante contrato individual de trabajo a término indefinido con Automotores Coreanos S.A. -Autocor S.A.
2. Autocor debía la suma de \$359.625.932 a Korvesa, Kia Plaza y Unikia y a sus empresas asociadas, con quienes se acordó una dación en pago para cumplir con la obligación.
3. El 1 de noviembre de 1996 el revisor Fiscal anuncia al gerente que el patrimonio neto de Autocor se encuentra por debajo del 50% del capital suscrito, de tal manera que se presenta una causal de disolución y liquidación de la sociedad.
4. El 12 de noviembre de 1996 varios directivos de Autocor que tenían vínculos con Kia Plaza retiraron varios bienes que se encontraban en las instalaciones debido a que no fue posible realizar la dación en pago por la liquidación obligatoria en la que se encontraba la empresa.
5. El 13 de diciembre de 1996 la Asamblea declaró disuelta la sociedad y en estado de liquidación.
6. El 17 de enero de 1997 la gerente suplente y también gerente administrativa y financiera mediante una comunicación informó a los empleados de la compañía que su contrato laboral finalizaría por encontrarse en liquidación una vez obtuvieran autorización del Ministerio de Trabajo, entre tanto tendrían una licencia remunerada a partir de la fecha.
7. Los empleados de Autocar renunciaron el 13 de febrero de 1997 ante el no pago de sus salarios e iniciaron proceso ante la jurisdicción laboral.
8. El 21 de abril de 1997 se solicitó la apertura del trámite liquidatorio ante la Superintendencia de Sociedades, el cual fue aperturado el 19 de agosto.
9. Se solicita la autorización para el cierre de la empresa ante el Ministerio de Trabajo con el fin de resolver las relaciones laborales vigentes
10. El 22 de diciembre de 1997 la Administradora Liquidadora y Recuperadora de Empresas -Aliar Ltda. asume la condición de Representante legal con el fin de llevar a cabo la Liquidación de Autocor S.A.
11. El 28 de agosto de 1998 la Superintendencia de sociedades clasificó las sentencias favorables de los jueces laborales como crédito de quinta clase.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿La Presunción de Culpa contemplada en el artículo 24 de la ley 222 de 1995 aliviana la carga de la prueba del Nexo de Causalidad entre los actos de los directores o administradores y los perjuicios ocasionados a la sociedad, socios y terceros?

RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

Se encuentra probada la falta de legitimación en la causa por pasiva a los administradores y ausencia de hecho generador de la sociedad liquidadora - Aliar Ltda.

FUNDAMENTOS DE FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Declaró la ausencia de responsabilidad de Aliar Ltda. y condenó a los administradores al pago de la suma de dinero contemplado en el proceso laboral adelantado contra Autocor S.A., por ser civil y solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados a los accionantes.

La ley 222 de 1995 contempla la posibilidad de que quienes se encuentren perjudicados por la actuación de los administradores, teniendo o no la condición de socios podrán iniciar una acción judicial.

Para efectos de la mencionada ley se entiende administrador *“el representante legal, el liquidador, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan esas funciones”*- De acuerdo a dicha definición en el presente caso se entienden como administradores el gerente y gerente suplente quienes tenían la obligación de procurar la crisis o iniciar inmediatamente el proceso de liquidación obligatoria y solicitar autorización ante el ministerio de trabajo para el cierre de la empresa, dado que conforme a lo establecido en informe de la policía desde mayo de 1996 la compañía se encontraba inmersa en causal de disolución.

El pago establecido en este fallo no genera una doble indemnización dado que la sentencia laboral no pudo ser ejecutada toda vez que la sociedad se extinguió.

RECURSO DE CASACIÓN

Con el fin de demostrar una conducta diligente por parte del gerente de Autocor se esgrimen varios argumentos que permiten evidenciar que no le es imputable responsabilidad sobre el mal manejo de la sociedad que la llevó a la disolución y liquidación. Los argumentos más importantes son los siguientes:

1. Las acreencias laborales que se encuentran pendientes corresponden a las dos quincenas de diciembre y una de enero, circunstancia que no se tuvo en cuenta para el análisis completo.
2. Desde que el revisor fiscal informó que Autocor estaba incurso en una causal de disolución se tomaron las medidas necesarias como lo fue suspender los acuerdos de

dación en pago con varios acreedores argumentando la situación de la compañía de iliquidez y convocar asamblea general de accionistas para decretar la disolución o adoptar nuevas estrategias para la reconstrucción del patrimonio de la compañía.

3. En el informe de la policía judicial se evidencia que en mayo se configuraron algunas causales de disolución, no obstante, en junio se logró estabilizar nuevamente con una recaída a partir de agosto.
4. En noviembre de 1996 el gerente informó a la Superintendencia de Sociedades la situación en la que se encontraba la empresa y como consecuencia en diciembre la Asamblea de Accionistas decidió declarar disuelta la sociedad.
5. La causa de insolvencia de la sociedad se debe a la disposición de los bienes de los miembros mayoritarios de la Junta Directiva, con posterioridad a la remoción del gerente de su cargo por parte de la Junta Directiva.

Por otro lado, la gerente suplente que se encuentra igualmente vinculada al proceso expone los siguientes argumentos en el recurso de casación:

1. La gerente suplente no puede ser considerada como administradora a la luz de la ley, los Estatutos sociales y el certificado de existencia y representación toda vez que en dichos documentos no se le otorga la calidad de administradora o representante legal a menos que se encuentre reemplazando al gerente. Motivo por el cual no es posible que concurren simultáneamente actuaciones del gerente y la gerente suplente.
2. La razón por la cual no fue posible presentar la solicitud de liquidación a la Superintendencia de Sociedades de manera inmediata obedece a que los balances tuvieron que ser modificados por la toma de algunos bienes por parte de varios miembros de la Junta Directiva.
3. A la Asamblea le compete decidir la disolución y liquidación de la sociedad al igual que crear o modificar las reservas contables para realizar el pago de los salarios y prestaciones adeudadas a los trabajadores.
4. El liquidador sí disponía de recursos para atender las acreencias laborales que eran inferiores a \$70.000.000 en virtud de los activos inventariados por un valor de 103.980.217 y las mercancías que fueron embargadas por \$81.895.403.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte entrará a determinar si la conducta del administrador fue negligente en el manejo de las acreencias laborales, al ser considerada una acreencia con pago preferencial.

El código de comercio presume la culpa del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, cuya responsabilidad es solidaria e ilimitada y puede ocasionar a título de culpa o dolo a la sociedad, a los socios o a terceros. Razón por la cual las cláusulas que busquen absolver la responsabilidad a los administradores se entenderán por no escritas.

Para el surgimiento de la responsabilidad civil de los administradores por el desarrollo de sus funciones se requiere que la acción u omisión dolosa o culposa derive un daño al ente social, los socios o un tercero, es decir que entre la conducta y el perjuicio ocasionado existiese una relación de causalidad adecuada.

La gerente administrativa y financiera era también suplente del gerente, por lo que ostentaba la categoría de “administradora” y en ejercicio de tales funciones emitió comunicado mediante el cual se informaba a los empleados el cese de actividades en atención a la disolución y liquidación de la sociedad y de igual manera atendió la visita realizada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social otorgando poder a una abogada para que represente a Autocor en la diligencia.

Sentencia Sustitutiva:

De acuerdo con el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, se presumirá la culpa del administrador ante el incumplimiento del pago preferencial de las acreencias laborales. No obstante, como en el presente caso la sociedad se encontraba en proceso de liquidación, el liquidador es la persona encargada de realizar la graduación de los créditos y realizar el pago de las respectivas obligaciones, relevando a los administradores de la sociedad de dicha obligación.

La toma de algunos bienes en las instalaciones de la empresa por varios directivos y socios el 12 de noviembre de 1996 no pueden ser imputable a los administradores, toda vez que fue de manera violenta e intempestiva. Los hechos son en tal punto ajenos que los administradores presentaron una denuncia penal en virtud del saqueo de los carros y repuestos.

La relación causal se presenta cuando el perjuicio y el hecho del sujeto del derecho o *de la cosa a quien se atribuye su producción* son correlativos de tal manera que se puede establecer la causa del daño. El nexo de causalidad es un elemento esencial de la Responsabilidad Civil debido a que permite imputar la consecuencia lesiva a determinada persona, la cual debe ser probada por la parte actora independientemente de que sea una responsabilidad objetiva, subjetiva o especial.

De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que no son procedentes las pretensiones de la demanda toda vez que no se encontró probada la responsabilidad de los directores.

2. EVALUACIÓN CRÍTICA

Doctrinalmente se ha considerado que la Responsabilidad Civil requiere de tres elementos necesarios e indispensables para su constitución los cuales son: **Daño**, **Relación causal** entre el hecho generador del perjuicio y el daño, y **Fundamento**, el cual en el régimen subjetivo se conoce como culpa y en el objetivo se justifica con los factores de imputación.

Para dilucidar la Relación de Causalidad se han desarrollado varias teorías inspiradas en la Teoría de la relatividad de Einstein, consistentes en advertir la conexión entre causa y efecto, de tal manera que debe existir una relación entre el acto u omisión y el daño causado, donde éste último sea consecuencia directa del primero². Las teorías más estudiadas por la doctrina corresponden a:

- i. La equivalencia de las condiciones: Teoría también conocida como “*Conditio sine qua non*”, se caracteriza porque le otorga el mismo valor e importancia a todas las condiciones de tal manera que si la acción de ser excluida de la cadena no produce el resultado dañoso es considerada la causante del perjuicio, no obstante, en la teoría es posible que todas las causas que hayan contribuido en la producción del daño sean consideradas determinantes para establecer el nexo causal y como consecuencia cada uno de los actores deben responder³.
- ii. La causalidad próxima: Consiste en que la causa inmediatamente anterior, cronológicamente hablando, a la producción del daño es la relevante jurídicamente. No obstante, hay quienes consideran que la inmediatez debe obedecer a un sentido lógico y no cronológico debido a que debe existir una relación directa entre la condición y el resultado.⁴
- iii. La causa eficiente: Se basa en establecer el grado de eficiencia de la conducta en el resultado dañino empleando un criterio cuantitativo o cualitativo, caso en el cual el primero se determina tomando como base la condición que en mayor medida ha contribuido en la realización del daño y la segunda Identifica la causa que pueda considerarse como más eficiente por su relación intrínseca y directa como la producción

² LOPEZ DIAZ, Claudia. Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996

³ GOLDENBERG, Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1984 Pg. 19

⁴ *Ibidem*. Pg. 26

del resultado.⁵ De igual manera, atiende condiciones históricas y se analiza desde la experiencia propia del juzgador buscando la causa que sea más eficiente.

- iv. La causalidad adecuada. Se fundamenta en la posibilidad y probabilidad de un resultado, es decir que aplica leyes de la estadística otorgándole relevancia jurídica a la causa que sea más probable.

La relación de causalidad al igual que los otros elementos de la responsabilidad deben ser probados siempre por el accionante, incluso cuando existe una presunción de culpa, dado que no se trata de una presunción de causalidad, motivo por el cual no es posible inferir a partir de la presunción de culpa que esta resulte ser la causa adecuada entre el hecho y el daño.

No obstante, en aquellos casos en los cuales exista una presunción de culpa, el demandado tiene la carga de demostrar una causa extraña ya sea Fuerza Mayor, Caso Fortuito, Culpa de la Víctima o Hecho de un tercero, dado que solamente demostrar diligencia y cuidado no es suficiente para liberar su responsabilidad. Ante estos casos se encuentra un dinamismo frente a la carga de la prueba de la culpa (Fundamento) más no de la causa al ser un deber propio y exclusivo del accionante en todos los casos.

La ley 222 de 1995 en su artículo 24 establece una presunción de culpa de los administradores “*En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos*”, por ende, como se manifestó en el párrafo anterior, la presunción no exceptúa a los socios, sociedad o terceros que se vean afectados por los actos de los administradores de la carga de la prueba del nexo de causalidad, por el contrario la aligera en aquello relacionado con la culpa de los demandados. .

En el caso concreto, los empleados de Autocor S.A. que se vieron afectados por la Insolvencia de la empresa para la cual trabajaban, no probaron el nexo causal entre la inobservancia del pago de las acreencias laborales y la conducta del Representante Legal de la compañía y su suplente durante el proceso, siendo indispensable cumplir con dicho requisito para endilgar la responsabilidad a los administradores.

Por otro lado, la parte demandada demostró que la insolvencia y la falta de liquidez en la que se vio inmersa Autocor S.A. se originó con ocasión a los actos cometidos por algunos socios de la compañía al extraer de las instalaciones y apropiarse de varios de los activos que constituían su capital, de tal manera se evidencia como causal de exoneración el hecho de un tercero

Considero acertada la decisión de la Corte Suprema de Justicia al absolver de toda responsabilidad a los Representantes Legales de Autocor.

⁵ *Ibíd.* Pg. 27

SEGUNDA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil

Agosto 30 de 2010

Magistrado ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

Expediente 11001-3103-041-2001-01023-01

Partes: Luis José Londoño Arango contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros

1. RESEÑA

RELACIÓN DE LOS HECHOS

1. El señor Luis José Londoño Arango ocupó el cargo de Gerente de La Oficina de Manizales y en la regional de Bogotá entre el 9 de noviembre de 1995 y el 15 de mayo de 1997
2. La Previsora expidió seguro de responsabilidad de Directores y administradores a favor del Banco del Estado con vigencia de 8 de marzo de 1999 al 8 de marzo de 2000
3. El 12 de octubre de 1999 el señor Luis José Londoño Arango fue vinculado al proceso sumario 374 tramitado por la Unidad Delegada de la Fiscalía General de la Nación ante los Tribunales y al proceso penal 2000-112 que cursa en el Juzgado 29 Penal del Circuito por irregularidades en el otorgamiento de créditos.
4. El señor Londoño Arango contrató el 27 de octubre de 1999 los servicios de un abogado para su defensa en los procesos a los que fue vinculado.
5. El señor Luis José Londoño Arango presentó el 1 de agosto de 2001 reclamación a La Previsora, con el fin de que se pague los honorarios cancelados y debidos al abogado contratado.
6. El 31 de agosto de 2001 la aseguradora objetó la reclamación presentada por el señor Londoño Arango aludiendo reticencia y/o inexactitud en la declaración del estado del riesgo, terminación por falta de oportuna notificación de modificación y ausencia de cobertura.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿Es admisible en el ordenamiento jurídico asegurar riesgos putativos mediante pólizas de responsabilidad civil?

RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

En la primera instancia se declaró probada la excepción de ausencia de cobertura planteada por la aseguradora, de tal manera que no accedió favorablemente a las pretensiones.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El sentenciador confirmó la decisión del *a-quo* al encontrar procedente la excepción de ausencia de cobertura bajo los siguientes argumentos:

1. De acuerdo a las definiciones establecidas en las condiciones se determina que los funcionarios que se encuentran amparados en la póliza son aquellos que “tuvieron, tienen o tendrán” la calidad de director y administrador durante la vigencia de la póliza. De tal manera, que no se otorga cobertura a los funcionarios que hubieran sido directores o administradores del Banco del Estado en cualquier época. En el caso concreto, el señor Londoño Arango estuvo vinculado hasta el 15 de mayo de 1997, es decir varios meses antes de que comenzara la vigencia de la póliza contratada por el Banco del Estado (8 de marzo de 1999). Y como se estableció no es posible respaldar a cualquier persona que ocupará el cargo de director o administrador.
2. El otro requisito establecido en la póliza para otorgar cobertura es que la defensa haya sido exitosa, circunstancia que no fue probada dado que, si bien se revocó la condena de prisión y la sanción de indemnizar los daños, se declaró dentro del proceso la responsabilidad del señor Londoño Arango por el delito de peculado culposo.

RECURSO DE CASACIÓN

1. La aseguradora al aceptar la calidad de asegurado al Banco del Estado se entiende que el patrimonio de la misma se encuentra cubierto y por ende responde por los actos de sus directivos al considerarse como propios mientras sean con sujeción a las funciones del cargo desempeñado conforme a lo establecido en el artículo 2349 del Código civil. Motivo por el cual, independientemente del momento en que hubiesen ocurrido los hechos se encuentran cubiertos por presentarse la reclamación por primera vez al Banco del Estado en vigencia de la póliza. De igual manera se entiende que no es relevante si el director o administrador ejerció sus funciones en vigencia de la póliza dado que como lo establece las condiciones se cubrirá a la persona natural que haya sido, es o será de ahora en adelante director o administrador de la compañía.
2. La póliza de Directores y Administradores asegura los actos indebidos de los funcionarios que no tengan ningún propósito deshonesto, fraudulento o malicioso, por ende se ampara los gastos y costos de la defensa siempre y cuando la defensa sea exitosa y de existir una condena no se acredite la existencia de alguno de los propósitos mencionados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El contrato de seguro es de interpretación restrictiva de tal manera que la póliza y los documentos que hacen parte de ella son los elementos que sirven de base para

establecer los derechos y las obligaciones de los contratantes. Pero en ningún caso, el juez puede interpretar las condiciones con el propósito de favorecer a las aseguradoras ante cláusulas confusas y exonerar de su responsabilidad o inferir la aceptación de riesgos previamente excluidos, dicho análisis siempre debe ser atendiendo a principio de buena fe y la equidad.

2. La aseguradora tiene la potestad de analizar y asumir algunos o todos los riesgos sobre los que tiene interés el asegurado, entendiéndose que legalmente podrá establecer algunas exclusiones de forma expresa sin que ello sea una cláusula abusiva o que contraríe el equilibrio contractual.
3. El seguro de responsabilidad de Directores y administradores cuenta por lo general con las amparos de gastos legales y honorarios de abogados, y pago de indemnización de perjuicios, los cuales serán pagados a quien haya sufragado con sus propios recursos dichos gastos sea a la compañía asegurada o al funcionario.
4. En el artículo 4 de la ley 389 de 1997 se puede evidenciar que para el seguro de manejo y riesgos financieros podrá pactarse que la cobertura estará sujeta al descubrimiento de las pérdidas y para la póliza de Responsabilidad a la reclamación presentada durante la vigencia de la póliza.
5. Para la Corte son irrelevantes los argumentos esgrimidos en el recurso de casación, dado que no constituyen un error trascendente y carece de idoneidad para revocar el fallo; de igual manera, no es necesario examinar sí el conocimiento de la existencia de la póliza por parte del funcionario justifica el incumplimiento de su obligación de contar con el consentimiento de la aseguradora para llevar a cabo todos los mecanismos de defensa en los procesos en los que haya sido vinculado, debido a que el desconocimiento del amparo no constituye un eximente.

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, prospera la excepción de ausencia de amparo por el incumplimiento del deber del asegurado de solicitar autorización de la aseguradora antes de acordar los honorarios de la defensa. Por ende debe contar con el consentimiento escrito del asegurador conforme a lo establecido en las condiciones de la póliza para el reconocimiento de los costos y gastos de la defensa en que incurrió el director, administrador o compañía asegurada.

DESICIÓN: No Casa

2. EVALUACIÓN CRÍTICA

A pesar que para la Corte son irrelevantes los cargos que no encuentren relación con la autorización previa de la aseguradora sobre los honorarios para la defensa del asegurado en

virtud a su falta de eficacia para casar el fallo, es importante resaltar y dilucidar un tema que el Tribunal de forma errónea interpretó y sobre el cual basó su fallo.

Con ocasión a la expedición de la Ley 389 de 1997, en el Ordenamiento Jurídico es admisible adoptar dos nuevas modalidades de cobertura para los seguros de responsabilidad doctrinalmente conocidos como Reclamación y Especial⁶, apartándose de la modalidad de Ocurrencia que venía presentando varios inconvenientes prácticos en el Sector Asegurador, con el fin de brindar una delimitación temporal a la cobertura.

Como consecuencia de la admisión de este nuevo régimen en el sector asegurador se elimina la incertidumbre de las aseguradoras de amparar riesgos por largo tiempo en atención a los términos de prescripción tan extensos, dado que adquieren certeza, una vez finaliza la vigencia de la póliza, de que no deberá responder por las reclamaciones que se presenten posteriormente; de igual manera, esta circunstancia impacta la tasa de la prima, disminuyendo su precio considerablemente y en el valor asegurado permitiendo amparar un mayor valor.

La modalidad de reclamación implementada en la mencionada ley se basa en la figura denominada “*claims made*”, la cual consiste en brindar cobertura a las reclamaciones que se presenten al asegurado durante la vigencia de la póliza, amparando los hechos ocurridos en el pasado. De tal manera que bajo esta modalidad el hecho externo imputable al asegurado siempre que sea desconocido, puede presentarse por fuera de la vigencia de la póliza. En otras palabras, se entiende acaecido el siniestro cuando se presenta reclamación judicial o extrajudicial por parte de la víctima al asegurado siendo irrelevante la fecha en que ocurrió el hecho dañoso o el acto incorrecto por parte del director o administrador. No obstante, es posible establecer un periodo de retroactividad, en el caso que los hechos sean anteriores y no sean conocidos por el asegurado con el fin de limitar temporalmente la cobertura otorgada.

Como bien lo describe Carlos Ignacio Jaramillo la cláusula *claims made* constituye una delimitación temporal de la cobertura y no una delimitación causal del riesgo asegurado, restricción que se encuentra amparada en nuestro ordenamiento por el artículo 1056 C.Co que le permite a la entidad aseguradora delimitar el riesgo, en el presente caso dicha potestad recae sobre la extensión de la cobertura en cuanto a su duración.⁷

La doctrina ha desarrollado la cláusula de reclamación bajo diferentes modalidades en la medida que se ha ido adaptando a las necesidades del mercado asegurador, las cuales se clasifican de acuerdo a Carlos Ignacio Jaramillo de la siguiente manera:

- a. Pura: La aseguradora responde únicamente por las reclamaciones presentadas durante la vigencia de la póliza así los hechos hubieran ocurrido con anterioridad. No obstante

⁶ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de Responsabilidad Civil, Segunda edición. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2012

⁷ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de Seguros Tomo IV, colección de estudios. Editorial Temis y Universidad Javeriana, Bogotá, 2013

existen dos variables la primera en sentido amplio que se caracteriza principalmente porque no incluyen ningún parámetro adicional que limite o amplíe la responsabilidad de la aseguradora y la segunda adopta como criterio adicional que el siniestro acaezca de igual manera dentro de la vigencia, de tal manera que tanto la ocurrencia del siniestro y a reclamación deben presentarse durante el mencionado periodo.

- b. Retroactiva: La cobertura ampara los hechos que hayan ocurrido con anterioridad al inicio de la vigencia siempre y cuando sea dentro del periodo de retroactividad pactado en la póliza, lo que implica que no se garantiza de forma indefinida todos los eventos, sino que están sujetos a un límite temporal.
- c. Prospectiva⁸: Esta modalidad amplía la cobertura de acuerdo a la voluntad de las partes, entendiendo que los riesgos inicialmente amparados se encuentran cubiertos por un tiempo adicional específico posterior a la terminación de la vigencia de la póliza. En la práctica el tiempo por el cual se extiende la cobertura obedece a dos años con el fin de evitar vacíos en la cobertura.

Por otro lado, una gran parte de la doctrina ha criticado fuertemente la aplicación de la Cláusula *Claims Made* en nuestro ordenamiento jurídico esencialmente por la desprotección que padece el consumidor ante la posibilidad de verse afectado por la ausencia de cobertura, ya sea el asegurado por no tener un respaldo económico o la víctima por no tener un acreedor solvente que responda por los perjuicios sufridos.⁹

De igual forma, también se ha manifestado que el modelo conlleva a que al asegurado tenga la necesidad de contratar permanente seguros que respalden su responsabilidad debido a que la materialización del siniestro se encuentra suspendida y el riesgo persiste con posterioridad a la terminación de la vigencia por largo tiempo. Ante esta situación nace una problemática adicional cuando el consumidor toma pólizas con distintos criterios de delimitación temporal dado que genera un vacío en la cobertura y una desprotección total cuando los hechos ocurren en una vigencia distinta a la póliza que adopta el modelo de ocurrencia y no es reclamada durante la póliza que otorga cobertura por reclamación.¹⁰

En el caso en concreto el Tribunal declaró que el señor Londoño Arango estuvo vinculado al Banco del Estado varios meses antes de que comenzara la vigencia de la póliza contratada, motivo por el cual no tendría cobertura los actos cometidos por éste al no gozar de la calidad de asegurado. No obstante, dicha decisión se aparta de la naturaleza y la modalidad de cobertura que se ha venido implementando en los seguros de Directores y administradores, debido a que las condiciones de la póliza al manifestar que se cubrirán los directores que “*haya sido, es o será*” permite inferir que se adoptó el esquema de Reclamación y no de ocurrencia.

⁸ Ibídem. Pg. 439 - Denominada también Estipulación *Claims Made* con cobertura ulterior o cláusula con de cobertura posterior.

⁹ SOBRINO, Waldo Augusto. Seguros y responsabilidad civil. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2003.

¹⁰ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de Seguros Tomo IV, colección de estudios. Editorial Temis y Universidad Javeriana, Bogotá, 2013. Pg. 453 ss

Por lo tanto, no se requiere que el señor Londoño Arango se encuentre desempeñando el cargo de dirección en la entidad financiera para que estuviese amparado por la póliza contratada o que el acto negligente con ocasión a sus funciones se cometiera en vigencia, debido a que lo relevante en estos casos es que la denuncia penal se haya notificada al asegurado o aseguradora en el transcurso de la vigencia de la póliza.

Así las cosas, en principio el señor Londoño Arango tendría cobertura en la póliza por i. haber sido administrador del Banco del Estado ii. Haberse presentado la reclamación o notificación del proceso penal en vigencia de la Póliza; no obstante, como lo especifica la Corte Suprema de Justicia, no es posible acceder favorablemente a la reclamación en atención al desconocimiento de su obligación de solicitar autorización previa a la aseguradora para contratar los servicios de defensa.

TERCERA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil

Diciembre 18 de 2013

Magistrado ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez

Exp.11001-3103-041-2000-01098-01

Partes: Gamboa Abogados Limitada contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Aseguradora Colseguros S.A.

1. RESEÑA

RELACIÓN DE LOS HECHOS

1. El Banco del Estado tomó con la Aseguradora Colseguros S.A., la Póliza de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores y Responsabilidad de Rembolso N° 1438, con valor asegurado de veinte mil millones de pesos (\$20.000'000.000) para la vigencia del 8 de marzo de 1998 al 8 de marzo de 1999.
2. El Banco del Estado, Fiduciaria del Estado, Comisionista del Estado S.A., Fondo de Valores, Off Shore (inc. Bahamas) y Corfiestado S.A. Corporación Financiera, figuran como asegurados en póliza Seguro de Responsabilidad Civil para Directores y Administradores y de Seguro de Responsabilidad Civil de Rembolso de la Compañía N° 13-10159195, tomada con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con vigencia del 8 de marzo de 1999 hasta el 8 de marzo de 2000.
3. Henry Ávila Herrera entre el 1 de noviembre de 1995 y el 8 de mayo de 1998, ocupando los cargos de Vicepresidente Bancario y Vicepresidente de Créditos y Activos Especiales y del 20 de agosto de 1998 al 12 de febrero de 1999 se desempeñó como presidente de la entidad.
4. La contraloría en escrito del 11 de febrero de 1999, cita al señor Ávila Herrera para que rinda versión de los actos cometidos como presidente del Banco del Estado, advirtiendo la notificación a las Autoridades Competentes para que inicien las investigaciones a las que haya lugar.
5. El 26 de mayo de 1999 el señor Ávila Herrera presentó reclamación formal a Colseguros, como consecuencia se asignó como ajustador a externa a Adjusting Services - Mr Clive Brantingham. De igual manera, en la misma fecha se presentó reclamación a La previsora
6. El 22 de julio de 1999 La Previsora objetó la reclamación manifestando que los hechos ocurrieron fuera de su vigencia y la competente sería Colseguros, en atención a lo informado por el reasegurador, decisión que fue reiterada en comunicaciones del 13 de septiembre de 1999, 2 de febrero de 2000 y 30 de octubre de 2000.
7. El 20 de agosto de 1999 Colseguros objetó la reclamación por no demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro.
8. Con posterioridad al 20 de agosto de 1999, la Promotora presentó a las aseguradoras la propuesta de honorarios para la defensa y representación del señor Ávila Herrera en tres

juicios de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría General de la Republica; dos requerimientos de la Superintendencia Bancaria; uno de la Superintendencia de Valores y seis diligencias penales iniciadas por la Fiscalía General de la Nación.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

¿En aquellos casos en que se derive de un acto incorrecto varias reclamaciones al administrador y por ende al ente asegurador, debe ser considerado como un único siniestro que afecte la póliza vigente al momento de la primera reclamación?

RESEÑA DE LOS FALLOS DE INSTANCIA

Declara probado el siniestro y condena a las aseguradoras a pagar la suma de 250,000.000 a Colseguros y 755'000.000 a La Previsora. De igual manera se reconoce el pago de intereses moratorios.

FUNDAMENTOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La necesidad de comercializar seguros que amparen las funciones de Directores y administradores surge a partir de la promulgación del artículo 24 de la ley 222 de 1995, en el cual se establece la responsabilidad de los administradores por acciones, omisiones o negligencia en el desarrollo de actividades.

El objeto del seguro es cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento negligente de la obligación profesional del director o administrador. De tal manera, que el interés asegurado es el patrimonio de los directores y administradores y el riesgo asegurado lo constituye el acto erróneo cometido por quien ostente la calidad de director o funcionario.

A pesar que el director o administrador no cuente con la calidad de beneficiario en las pólizas contratadas, se entiende que goza de legitimación por activa en virtud del objeto del seguro que se fundamenta en amparar la responsabilidad personal del director que surja de cualquier reclamo.

El artículo 4 de la ley 389 de 1997 permite la aplicación de la modalidad de cobertura *Claims made*, la cual consiste en que se amparan las reclamaciones que sean formuladas durante la vigencia de la póliza. En este caso en particular, la reclamación fue en febrero de 1999, de tal manera que la póliza vigente en el momento era la otorgada por Colseguros cuya vigencia finalizaba el 8 de marzo de 1999, de tal manera que La Previsora no posee legitimación por pasiva y por ende no debe responder toda vez que los hechos ocurrieron con anterioridad al inicio de la vigencia de su póliza.

Por último, el reclamante no cumplió con su obligación de solicitar autorización de la Aseguradora para acordar la viabilidad y el monto de los honorarios de forma previa y escrita,

razón por la cual no es posible reconocer el pago de los honorarios causados en defensa del funcionario.

RECURSO DE CASACIÓN

1. El señor Henry Ávila Herrera fue citado por diferentes autoridades públicas, las cuales constituyen de forma independiente un siniestro y varias ocurrieron con posterioridad al 8 de marzo de 1999, es decir que se presentaron en vigencia de la Póliza otorgada por La Previsora.
2. El asegurado de forma paulatina y de acuerdo a la notificación de las citaciones informó a Colseguros y a La previsora la propuesta de honorarios firmada por los abogados de Gamboa & Gamboa sin obtener respuesta o pronunciamiento sobre las cotizaciones por parte de las aseguradoras, no obstante, éstas le solicitaron al señor Ávila Herrera que ejerciera los recursos de ley contra las providencias dictadas por las autoridades.
3. Al interpretar las condiciones de la Póliza expedida por Colseguros en lo referente a "*todo permiso para incurrir en Costos y Gastos por parte del Asegurado o Beneficiario tendría que ser obtenido de manera previa*", no es posible deducir que al no existir permiso por parte de la Aseguradora se pierde el derecho a la indemnización.

Por otro lado, las condiciones de la Póliza de La Previsora no establecen como requisito solicitar de manera anticipada la autorización de la compañía y tampoco tiene la facultad de negar el pago injustificadamente a menos que apele a la razonabilidad del valor de los honorarios.

4. De conformidad con el Artículo 1078 del Código de Comercio, la sanción ante el incumplimiento de una de las obligaciones establecidas en el contrato de seguro en caso de siniestro es la reducción del valor de la indemnización en proporción a los perjuicios causados; por ende, la aseguradora no debió negar el derecho sino deducir los perjuicios que hubiera probado Colseguros.
5. La obligación de obtener autorización previa para contratar abogado para la defensa del asegurado, no puede constituirse en una garantía en los términos que señala el artículo 1061 del código de comercio porque las garantías guardan relación con el estado del riesgo, sino que se trata de una obligación de siniestro definida en los artículos 1074 y 1078 del código de comercio.

Al contratar la firma de abogados para la defensa del señor Ávila Herrera en los procesos que fue vinculado, el asegurado está cumpliendo con su obligación de evitar la extensión y propagación del daño, debido a que los perjuicios hubieran sido mayores.

Cesionaria:

1. El señor Ávila Herrera informó a las Colseguros y a La Previsora la ocurrencia y cuantía de los diferentes siniestros ocurridos, a medida que recibía distintas citaciones provenientes de múltiples autoridades, en el entendido que cada citación constituía un siniestro.
2. La comunicación VCB-GRI-2703 del 20 de agosto de 1999 mediante la cual Colseguros objetó las reclamaciones de Henry Ávila no sirve de sustento para negar todas las reclamaciones presentadas especialmente las que se presentaron con posterioridad a la objeción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. El denominado Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros cuenta con una cobertura para la Responsabilidad para Directores y Funcionarios, en el cual usualmente la Entidad Financiera es el Tomador, asegurado y beneficiario del seguro por las pérdidas que se deriven del desempeño inadecuado de los directivos. A su vez se otorga el amparo de costos y gastos judiciales, los cuales pueden ser asumidos de manera directa por la aseguradora o por el director o administrador con sus propios recursos para solicitar el reembolso de los gastos en lo que incurra para su defensa en las investigaciones y trámites que se adelanten en su contra por el ejercicio del cargo.
2. El artículo 1131 del Código de Comercio establece que el siniestro en los seguros de Responsabilidad se entenderá ocurrido en el momento que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. No obstante, en este tipo de pólizas de Directores y Administradores suelen pactarse con modalidad de reclamación o “*claims made*”, circunstancia que se encuentra fundamentada en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 bajo los siguientes términos:

“[e]n el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación (...) Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”.

3. Con ocasión a la Auditoría que se le practicó al Banco de Estado y de la comunicación que emitió la Contraloría sobre el resultado de la diligencia mediante la cual previno que informaría a las autoridades competentes en lo financiero, administrativo, disciplinario y penal para que inicien las investigaciones, como consecuencia, se comenzaron los

respectivos procesos los cuales fueron notificados en diferentes fechas impactando en las vigencias de las pólizas. No obstante, todas las citaciones constituyen un solo reclamo pues están causalmente relacionadas con la comunicación expedida el 11 de febrero de 1999.

La póliza de Colseguros en su condicionado establece que una vez se haya dado la noticia del acto erróneo cometido por el director o Administrador cualquier reclamo posterior será considerado que se hizo durante la vigencia del seguro, de tal manera que si se presentan actos incorrectos repetitivos, continuos o conectados constituyen un solo evento.

Por lo anterior, no es posible vincular, exigir el pago y cuestionar las pruebas presentadas en contra de La Previsora, por no encontrarse obligada por el riesgo objeto de la controversia y no cuenta con legitimación en la causa por pasiva.

El hecho de que la representación se hiciera de manera escalonada no divide el evento como si se trataran de reclamaciones individuales y por ende el Tribunal no se encuentra en la obligación de decidir por cada una de las pretensiones por la integralidad de las mismas.

4. La autorización de la aseguradora sobre los honorarios y gastos en que debe incurrir el Administrador debe ser previa y expresa a la prestación del servicio, decisión que no puede ser negada de manera injustificada, pero tampoco debe ser necesariamente aceptada.
5. El artículo 1078 del código de comercio está concebido para aquellos casos en que el asegurado no evita la extensión y propagación del daño, cuando deja de proveer el salvamento de las cosas aseguradas, si demora el aviso del siniestro o no declara al dar noticia del siniestro los seguros coexistentes.

Las condiciones de la póliza determinan que “*todos aquellos honorarios y gastos necesarios y razonables incurridos por o en nombre de los Directores y Funcionarios con autorización escrita (...) de los Aseguradores*”, quiere decir que los que carezcan de la aprobación no cuentan con cobertura, así se traten de medidas dirigidas a evitar la extensión y propagación del siniestro.

6. De igual manera, la obligación no constituye una garantía del artículo 1061 Código de comercio en virtud al alcance que le otorga la aseguradora al incumplimiento de su deber de solicitar autorización, toda vez que no invocó la Nulidad Relativa del contrato.
7. Por otro lado, cabe resaltar que las aseguradoras tienen la facultad de optar por asumir directamente la representación del director o funcionario, por medio de personas

designadas a su criterio, potestad que no pudo ser ejercida en el presente caso, por la elección y contratación anticipada de la firmada por los abogados de Gamboa & Gamboa.

DECISIÓN: La Corte Suprema de Justicia no casa la sentencia proferida por el tribunal.

2. EVALUACIÓN CRÍTICA

El debate central orbita en establecer la competencia de las compañías de seguros para conocer y definir la reclamación presentada por el amparo de costos y gastos judiciales, donde el juez de segunda instancia y la Corte reconoce legitimidad por pasiva a Colseguros, decisión que considero acertada por las siguientes razones:

El artículo 1073 del Código de Comercio identifica la aseguradora que debe responder por los siniestros que se extienden más allá de la vigencia de la póliza contratada estableciendo las siguientes reglas:

1. Si el siniestro inicia durante la vigencia y se consolida después de vencido el término, la aseguradora responde por todos los daños ocasionados independientemente del momento en que ocurran.
2. Si el siniestro comienza con anterioridad del inicio de la vigencia y continúa durante la vigencia de la póliza, la aseguradora no será responsable.

Cabe resaltar que el mencionado principio no puede confundirse ni hace referencia al “*período adicional de notificaciones*”¹¹ que en ocasiones suele pactarse en las Pólizas de Responsabilidad, el cual consiste en otorgar una extensión temporal de la cobertura por un término no inferior a dos años en caso de revocar o no renovar la póliza contratada siempre y cuando el acto negligente se configure o presente antes de la fecha de terminación de la póliza.

Conforme a lo anterior, se puede evidenciar que la situación de La Previsora encaja en el segundo supuesto, debido a que el siniestro se presenta inicialmente en la póliza de Colseguros en el momento en que la Contraloría informa que dará aviso a las autoridades competentes para que realicen las investigaciones a las que haya lugar en atención a lo evidenciado en la Auditoría realizada al Banco del Estado, y como consecuencia de ello se presentan las notificaciones de la apertura de los diferentes procesos mediante los cuales es vinculado el señor Ávila Herrera, durante la vigencia de las dos Pólizas, tanto la otorgada por Colseguros como de La Previsora.

Por otro lado, una de las características del seguro de responsabilidad es que el siniestro generalmente se produce como consecuencia de una cadena de hechos, pero el mismo se entiende configurado y/o concretado con el hecho inicial.¹² No obstante, para precaver futuras

¹¹ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de Responsabilidad Civil, Segunda edición. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2012

¹² GOMEZ DUQUE, Arturo. Régimen de seguros Tomo II El contrato de Seguro Parte Especial. Biblioteca jurídica Dike. 2017

controversias sobre el tratamiento que deben tener los siniestros compuestos, las aseguradoras estipulan en sus condicionados una cláusula de unidad de reclamos o siniestros en serie bajo los siguientes términos:

*“Cualesquiera actos u omisiones relacionados, continuos, repetidos o de una misma serie cometidos por uno o más Asegurados, con independencia del número de afectados, tendrán la consideración de un único Acto Culposos, que se entenderá realizado en el momento en que se cometió la primera de las acciones. Asimismo, cualquier omisión se entenderá realizada en el último momento en el que el acto omitido pudo haberse realizado”*¹³

Con la incorporación de la cláusula se precisa la manera en que deben manejarse los siniestros que pueden tener diferentes réplicas que son originadas por un mismo acto incorrecto y que por ende constituye un mismo evento, de tal manera que la aseguradora que conoce durante la vigencia de su póliza, en primera oportunidad la reclamación promovida por la víctima, será también de su competencia el análisis de todas las reclamaciones que puedan derivarse de dicho acto generador aun presentándose éstas fuera de la vigencia de la póliza.

Es importante rescatar que el tratamiento dado a los siniestros en serie parte de la cláusula *Claims Made* establecida en las pólizas de Responsabilidad como modalidad de cobertura, en virtud de la cual se considera como siniestro la primera reclamación que presente la víctima al asegurado o aseguradora, por consiguiente únicamente la primera reclamación que permita advertir la existencia de un acto incorrecto por parte del administrador tiene la facultad de constituir el siniestro y las posteriores reclamaciones forman parte de la inicial como una única reclamación.

De tal manera, que el siniestro al tener su origen en la vigencia de la Póliza de Colseguros deberá ésta responder por todos los efectos que se deriven y que surjan una vez finalice el término, es decir que se otorga cobertura a todas las citaciones y procesos que se presenten aún sea por fuera de su vigencia, por tratarse de un siniestro continuado.

¹³ SEGURO ACE D&O ELITE DOCUMENTACIÓN CONTRACTUAL. ACE. Disponible en <https://www2.chubb.com/mx-es/_assets/documents/cb-seguro-ace-do-elite.pdf>

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO ADICIONAL

Ante la similitud fáctica de la segunda y tercera Sentencia trabajadas en el presente análisis, es pertinente abordar conjuntamente el siguiente problema jurídico:

¿Es necesario que la aseguradora autorice anticipadamente y de forma expresa los gastos de defensa para el reconocimiento de la cobertura?

EVALUACIÓN CRÍTICA

El amparo de Gastos de Defensa o representación legal es uno de los más importantes de la póliza de directores y administradores, cuyo propósito es proteger el detrimento económico que pueda sufrir el asegurado como consecuencia de los gastos en que debe incurrir por los honorarios de los abogados, costas del proceso, y demás expensas que emanen de su defensa.

La Corte Suprema de Justicia como se evidencia en las sentencias estudiadas del Agosto 30 de 2010 y 18 de diciembre de 2013, reafirman que las aseguradoras cuentan con la potestad de exigirle al asegurado que en el evento que se pretenda afectar el mencionado amparo requiere de su autorización de manera previa y escrita, siempre y cuando se encuentre estipulado dentro del condicionado, obligación que no puede ser incumplida por desconocimiento o practicidad del asegurado.

La finalidad de la aludida condición, es proteger los intereses de la aseguradora que podrían verse afectados por las decisiones de los asegurados toda vez que ante una mala defensa deberá soportar las consecuencias adversas e indemnizar a los perjudicados por los actos incorrectos de los administradores o reembolsar los gastos exorbitantes de defensa en que incurra el asegurado.

En atención a esta última, la aseguradora deberá velar para que exista razonabilidad en los gastos contratados por el asegurado, estudiándola conforme al grado de prudencia y diligencia que hubiera empleado una persona ante los hechos o circunstancias a las cuales está sometido el asegurado.¹⁴

En otras palabras, la obligación del asegurado es una expresión del deber de mitigar el daño basado en los principios de solidaridad y buena fe, puesto que cumple con las siguientes características que son comunes en las ocasiones que ha sido reconocido¹⁵:

¹⁴ NARVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero, Tercera Edición. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá. 2015

¹⁵ GAMBOA MAHECHA, Eduardo. La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual. Reviste de Derecho Privado en Línea. Universidad de los Andes. 2014. Disponible en: [:<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222017>](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033222017)

1. Evitar la extensión y propagación del daño por parte de la víctima.
2. Las medidas preventivas deben tener un costo inferior al valor de la pérdida en el caso de no haberlas tomado.
3. Sí no se cumple con el deber de mitigar el daño, la víctima pierde el derecho del reconocimiento de la indemnización por los perjuicios que no fueron evitados.

De acuerdo con lo anterior, sí es aplicado en el tema que nos concierne, el asegurado debe solicitar autorización previa y escrita del asegurador para evitar que el daño se extienda y a su vez ajustar los costos en los que se puedan incurrir injustificadamente o desproporcionadamente de no ser así el asegurado no tendría derecho a que se le pague la indemnización.

La razón por la cual podría justificarse la preocupación de la aseguradora de que el asegurado contrate los servicios de una firma de abogados con honorarios elevados se debe a lo contemplado en el artículo 1128 del código de comercio que estipula: “*El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado...*” (Subrayado fuera del texto). De tal manera, la aseguradora deberá responder por la totalidad de los gastos a pesar de que éstos superen el valor asegurado establecido en el contrato de seguro.

Como se evidencia el legislador consideró relevante conceder una protección especial a los asegurados de cara a los costos que acarrea afrontar un proceso, el cual no puede ser desconocido por el mercado asegurador, no obstante, la condición de autorización previa y escrita del asegurador es totalmente admisible porque procura otorgar un equilibrio contractual a la prerrogativa establecida en la ley, con el fin de que se reconozca integralmente una indemnización prudente y proporcional a la situación fáctica en la que se encuentre el asegurado.