

**EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIO
ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

LAURA RESTREPO MADRID

**MONOGRAFÍA PARA OBTENER EL TÍTULO
DE ESPECIALISTA EN DERECHO DE SEGUROS**

Tutor

JAVIER TAMAYO JARAMILLO

Abogado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MEDELLÍN

2012

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
1. EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIO.....	6
1.1. LA PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIO	6
1.2. EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS.....	11
2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL CONTRATO DE SEGUROS.....	15
3. ¿ES ABUSIVA LA CLÁUSULA DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS QUE EXIGE DEMOSTRAR UNA GANANCIA FINANCIERA PERSONAL INDEBIDA DEL EMPLEADO INFIEL?.....	27
CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	43

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza el amparo de infidelidad de empleados de la póliza de seguro global bancario, en las modalidades que normalmente se otorgan en el mercado colombiano (clausulados DHP 84, KFA 81, NMA 2626 y DHP 73). En particular, se analiza el requisito de demostrar que los empleados involucrados en el acto de infidelidad obtuvieron una ganancia financiera indebida cuando se trata de pérdidas sufridas como consecuencia de operaciones comerciales de *trading* o de crédito a la luz de las normas de protección al consumidor, para concluir que dicha cláusula no reúne las condiciones para ser calificada como abusiva en general.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1056 del Código de Comercio establece el principio de la libertad en la selección de riesgos a asegurar. Sin embargo, el mismo artículo indica que dicha libertad debe ser ejercida por las aseguradoras dentro de los límites fijados por la ley.

Estos límites se encuentran en otros principios como el del abuso del derecho, la protección al consumidor y la prohibición de pactar cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Este último resulta de especial relevancia en el campo de los seguros, en primer lugar, gracias a las recientes normas de protección al consumidor en Colombia incluidas en la Ley 1328 de 2009, que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y el nuevo Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011); y en segundo lugar, porque la doctrina y la jurisprudencia en general califican al contrato de seguro como un contrato de adhesión.

Ahora bien, las pólizas de riesgos financieros que amparan a bancos y otras entidades financieras son contratos celebrados entre empresarios, la compañía de seguros y el tomador, que es una entidad bancaria o financiera. Por tanto, a primera vista podría pensarse que no les son aplicables las normas sobre contratos de adhesión y contrato de consumo. Sin embargo, las reformas al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por parte de la Ley 1328 de 2009, y el nuevo Estatuto del Consumidor¹, le otorgan protección a la entidad bancaria o financiera, que se constituye como un consumidor o usuario de seguros.

¹ El numeral 3 del artículo 5, define consumidor o usuario como *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza*

Al delimitar el riesgo cubierto en el amparo de infidelidad de las pólizas que se ofrecen a las entidades bancarias o financieras, se imponen ciertas cargas probatorias al asegurado, como la de demostrar que el empleado que ha cometido actos fraudulentos o deshonestos, ha obtenido una ganancia personal financiera inapropiada, que para algunos resultan excesivas.

Por tanto, resulta importante revisar si a la luz de la nueva normatividad puede considerarse que dichas disposiciones contractuales tienen el carácter de abusivas y por tanto, deben tenerse como nulas o ineficaces de conformidad con el derecho vigente.

Para estos efectos, se comenzará por hacer un recorrido por las principales características del amparo de infidelidad de empleados de la póliza de seguro global bancario. Luego se hará una síntesis del tratamiento en el derecho colombiano de las cláusulas abusivas frente al contrato de seguros, para terminar concluyendo si las cláusulas que imponen al asegurado la obligación de demostrar que el empleado infiel obtuvo para sí o para terceros una ganancia financiera personal indebida como condición de cobertura en el amparo de infidelidad, debe considerarse como una condición abusiva en el contrato de seguro.

para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario”.

1. EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIO

1.1. LA PÓLIZA DE SEGURO GLOBAL BANCARIO

La póliza de seguro global bancario pretende brindar protección patrimonial frente a ciertos riesgos derivados de la administración de riesgos financieros a entidades que realizan esta actividad como parte de su objeto social principal, es decir, a bancos y otras instituciones financieras, tales como corredores de bolsa, fiduciarias, etc.

Bajo esta póliza se amparan diferentes eventualidades relacionadas con el manejo y la gestión de los dineros de la entidad financiera o por los que ésta deba responder, tales como la infidelidad de empleados, pérdidas o daños de bienes que se encuentren dentro de los predios y locales del asegurado, pérdida o daño de bienes en tránsito, falsificación de cheques y otros documentos, falsificación de moneda, daños a oficinas y contenidos, y costas judiciales y gastos de abogados. Desde esta perspectiva, se trata de una póliza multirriesgos, pero, como a bien tuvo indicarlo el Tribunal de Arbitramento en el Laudo de Quala S.A. contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., no “todo riesgo”, sino de riesgos nombrados, donde las partes desde un inicio determinan los amparos pertinentes y el contenido de los mismos².

² Si bien el Laudo comentado se refiere a una póliza de riesgos financieros para entidades no financieras, lo dicho en él sobre la naturaleza de este tipo de contratos resulta aplicable a las pólizas de riesgos financieros

Desde una perspectiva histórica, esta póliza comenzó a comercializarse en Colombia a comienzos de la década de los setentas, con base en clausulados que seguían los lineamientos de las denominadas cláusulas DDD (*Dishonesty, Destruction and Disappearance*), pero poco se sabía de su existencia, pues las aseguradoras mantenían su expedición bajo absoluta reserva para evitar que con ello se multiplicaran las defraudaciones a los bancos³. Hoy en día, si bien no se trata de seguros obligatorios, tal como lo expresó la Superintendencia Financiera en su concepto 2010049149-001 del 14 de julio de 2010, su contratación es usual en el mercado colombiano.

Ahora bien, dado que se trata de riesgos asegurados de inmensas cuantías, las compañías colombianas deben ceder a los reaseguradores, si no todo, la mayoría del riesgo. Estos reaseguradores están principalmente en el mercado inglés y normalmente imponen sus clausulados, aun dentro del contrato de seguro entre asegurado y asegurador originales. En esta medida, las pólizas globales para entidades financieras, en Colombia, normalmente se expiden bajo los clausulados NMA 2626 (denominada *Lloyd's Worldwide Bankers' Policy*), DHP 84 y KFA 81⁴. No sobra anotar que si bien los clausulados vienen del mercado inglés al igual que la gran mayoría del reaseguro, en todo caso en Colombia hay presencia de aseguradores y reaseguradores de riesgos financieros vinculados directamente con el mercado norteamericano, por lo cual alguna influencia llega también de dicho mercado, cuyo clausulado estándar, dicho de paso, no difiere en gran medida de los formatos ingleses, especialmente en lo que se refiere al amparo de infidelidad.

para entidades financieras de donde surgieron las primeras. Laudo del 15 de diciembre de 2009, de Quila S.A. contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

³NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. *El contrato de seguro en el sector financiero*, 2ª ed. Librería Ediciones El Profesional. Bogotá, 2004. p.27 – 28.

⁴BOTERO MORALES, Bernardo. *El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario*. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Número 33, 2010.P. 77-95

Debe tenerse en cuenta que las entidades financieras llevan a cabo un sinnúmero de actividades, cada una de las cuales comporta riesgos de distinta naturaleza y gravedad. Así por ejemplo, un banco capta dinero a través de depósitos en las cuentas corrientes y de ahorros de sus clientes, otorga créditos, invierte el dinero propio y el de sus clientes buscando obtener rendimientos en acciones, bonos y otros papeles, etc.

Ahora bien, el riesgo de obtener ganancias o pérdidas en este último tipo de operaciones, que se canalizan a través del mercado de valores, no solo es muy elevado sino que es connatural a estas actividades especulativas. Se trata, pues, de un tipo especial del riesgo de empresa o especulativo que por regla general no es objeto de ningún contrato de seguro. Las pólizas de seguro global bancario no son la excepción. Por el contrario, se cuidan bastante de cubrir el riesgo especulativo, incluyendo cláusulas que limitan o describen los amparos – incluso el de infidelidad de empleados -, cuya validez ha sido cuestionada últimamente en el derecho colombiano, como veremos a continuación.

Así por ejemplo, el riesgo de que una inversión en el mercado de valores resulte provechosa o genere pérdidas a la entidad financiera asegurada o a sus clientes, o de que en un momento determinado un cliente no pueda cumplir sus obligaciones frente a la entidad bancaria, son riesgos normales que debe afrontar el asegurado en su condición de entidad financiera. Riesgos de este tipo, que en la doctrina se conocen como riesgos de empresa, especulativos u operacionales, no son objeto del contrato de seguros.

Así lo explica el profesor francés Jean Bigot en el siguiente aparte de su Tratado de Derecho de Seguros:

“2. RIESGO DE EMPRESA

*La noción de riesgo de empresa es bien conocida por los prácticos de la gestión de riesgos (o risk-managers). Ellos distinguen los “riesgos aleatorios” que se salen del dominio de intervención y los “riesgos de empresa” llamados también “riesgos comerciales” o “riesgos especulativos”, que son la consecuencia normal de la actividad de una empresa. Más precisamente, el riesgo de empresa no presenta las características de ser súbito e imprevisible como lo son los acontecimientos accidentales. Es inherente a toda empresa comercial o industrial, que es ante todo una actividad de riesgo, que el provecho esperado no pueda realizarse. Aun más, el “riesgo de empresa” es ante todo un riesgo financiero, el riesgo de una pérdida sobre un mercado; del cual se ha hecho cargo el Empresario o incluso por el banco que lo financia. Por el contrario, el “riesgo aleatorio” es un riesgo físico (por ejemplo un incendio o la contaminación de un terreno sobre el cual la empresa está localizada), un riesgo político (una decisión de un Estado extranjero prohibiendo la importación de productos fabricado en Francia por la empresa o instaurando un impuesto adicional), incluso un riesgo jurídico (una nueva legislación en materia de responsabilidad civil). Su débil ocurrencia y la gran dificultad de prever su importancia hacen que la empresa difícilmente lo asuma de forma personal y prefiera hacerlo tomando un seguro. El dominio de estos riesgos estará entonces limitado a este tipo de riesgos (o riesgos puros), mientras que los riesgos de empresa estarán cubiertos por los bancos o el mercado financiero”.*⁵

Resulta explicable que la aseguradora no asuma los riesgos operacionales, especulativos o de empresa de las entidades financieras en virtud de las pólizas globales de riesgos financieros, en la medida en que no participa en las utilidades

⁵BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances*, Tomo 3. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. LGDJ. Paris, 2002. P. 781-783. (Traducción libre)

de su asegurado. Así las cosas, como ya se anotó, dichas pólizas se ocupan de delimitar con la suficiente claridad el riesgo asegurado. En este sentido, el doctor Jorge Eduardo Narváez, al referirse al amparo de infidelidad de las pólizas globales bancarias, explica:

“c. Pérdidas operacionales

“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 solo gozan de 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 exclusión rider como se conoce en el mercado de Londres”⁶.

Como se verá a continuación, esta consideración guía la delimitación del riesgo de infidelidad en los clausulados modelos para la póliza global de riesgos bancarios del mercado de Londres.

⁶ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Op. Cit., p. 176.

1.2. EL AMPARO DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS

En términos generales, el amparo de infidelidad de empleados, en los tres clausulados mencionados, busca proteger el patrimonio del asegurado frente a pérdidas causadas por actos dolosos o fraudulentos de sus empleados, bien sea actuando solos o en colusión con otros, con la clara intención de generarle una pérdida al asegurado y/o de obtener un provecho financiero indebido para sí mismos.

Así, el clausulado DHP 84 dice cubrir la *“pérdida resultante directamente de actos deshonestos o fraudulentos por empleados del asegurado cometidos solo o en confabulación con otros, con la intención manifiesta de causarle al asegurado que soporte tal pérdida”*. Por tanto, para activar la cobertura bajo el amparo de infidelidad previsto en una póliza expedida de conformidad con este formato, el asegurado debe demostrar (i) que ha sufrido una pérdida causada directamente por actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados, bien sea cometidos solos o en confabulación con otros, (ii) con la intención manifiesta de que el asegurado sufra tal pérdida, y (iii) la cuantía de la pérdida.

Por su parte, la cobertura básica bajo el formulario KFA 81⁷ requiere que el asegurado demuestre (i) que ha sufrido una pérdida derivada directamente de

⁷ El amparo de infidelidad se delimita en los siguientes términos en este clausulado:

“1. Infidelidad

La pérdida resultante única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de Empleados del Asegurado cometidos con la intención manifiesta de hacer que el Asegurado sufra dicha pérdida o para obtener provecho económico para ellos mismos, cometidos en cualquier momento y cuando los cometiera solo o en concurso con otros, incluyendo pérdida de Bienes mediante actos semejantes por parte de Empleados.

No obstante lo anterior, se acuerda que con respecto a intercambios comerciales u otros en valores, mercancías, monedas, divisas extranjeras y similares, préstamos, u otras prolongaciones de créditos esta Póliza cubre única y directamente los actos deshonestos o fraudulentos por parte de Empleados del Asegurado cometidos con la intención manifiesta de hacerlo y cuyos resultados sean un provecho económico

actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados, (ii) cometidos en cualquier momento con la intención manifiesta de que el asegurado sufra la pérdida o de obtener provecho económico, solos o con el concurso de otros.

Finalmente, para que pueda haber cobertura bajo el clausulado NMA 2626⁸, el asegurado debe probar (i) que ha sostenido una pérdida cuya causa directa son Actos deshonestos o fraudulentos de sus empleados, (ii) cometidos solos o en confabulación con otros y (iii) con la intención manifiesta de que el asegurado sufra una pérdida o de obtener un beneficio personal inapropiado.

Ahora, tal como se ha anotado ya, estas pólizas quieren evitar el terminar cubriendo pérdidas causadas por simples actos negligentes o pérdidas meramente operacionales⁹, es decir, derivadas de inversiones en valores, acciones, divisas, etc. En la jurisprudencia norteamericana, se han definido estas pérdidas operacionales (*trading losses*) como aquellas que resultan del movimiento adverso de las fuerzas del mercado; y se reconoce que la póliza de seguro global bancaria busca excluir las pérdidas causadas por las fuerzas del mercado y por los juicios

indebido para ellos mismos distinta de salarios, honorarios, comisiones, promociones y otros emolumentos similares”.

⁸ En efecto, el clausulado NMA 2626 reza así:

“Por razón de y causado única y directamente por actos deshonestos o fraudulentos de cualquier empleado, cometido en cualquier lugar, por sí mismos o en colusión con otros, siempre y cuando que dichos acto hayan sido cometidos por tal empleado, con la intención de que el Asegurado sufra dicha pérdida o para obtener un beneficio financiero personal ilícito para tal Empleado.

Condiciones especiales

*No obstante lo anterior se acuerda que con respecto a **Préstamos u Operaciones Comerciales**, esta Cláusula de seguro ampara solamente la pérdida financiera directa que resulte de un acto deshonesto o fraudulento cometido por un Empleado por medio del cual ese Empleado haya obtenido un beneficio financiero ilícito personal”.*

⁹NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Op. Cit., p. 176.

equivocados que de dichas fuerzas lleguen a hacer los compradores y vendedores de valores¹⁰.

Esta intención se ve reflejada en los tres clausulados estándar a los que hemos venido haciendo referencia. Así, la forma DHP 84 excluye de tajo todas las pérdidas que sufra el asegurado como consecuencia de operaciones en el mercado de valores, así haya de por medio deshonestidad o fraudes de sus empleados¹¹. Por su parte, en los clausulados KFA 81 y NMA 2626 se ofrece cobertura en estos eventos, pero condicionada a que el empleado infiel haya obtenido un provecho financiero ilícito o indebido como consecuencia de sus actos deshonestos o fraudulentos.

Es importante anotar además, que en algunas ocasiones se concede también el amparo de infidelidad bajo la forma DHP 73, que tiene una cobertura menos restrictiva que las anteriormente comentadas, si bien a cambio de una prima más alta, pues el riesgo asumido por el asegurador en este caso sería mucho mayor. En este clausulado se establece que bajo el amparo de infidelidad se cubren las pérdidas acaecidas *“COMO CONSECUENCIA DE CUALQUIER ACTO DESHONESTO O FRAUDULENTO DE CUALQUIERA DE LOS EMPLEADOS DEL ASEGURADO DONDE QUIERA QUE SEA COMETIDO, YA SEA DIRECTAMENTE O EN CONCURSO CON OTROS U OTRAS PERSONAS,*

¹⁰Keely, Michael. Annotated Financial Institution Bond, 2ª ed. American Bar Association, 2004. Consultado el 04.08.2012 en http://books.google.com.co/books?id=0WSpFB7WlzM&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

¹¹ En efecto, la exclusión J del clausulado DHP 84 reza:

“J) Por pérdidas que resulten directa o indirectamente de negocios “trading” con o sin conocimiento por parte del Asegurado, en nombre del Asegurado o de cualquier otra forma, ya sea que esté representada o no por una deuda o saldo que muestre ser debido al Asegurado sobre cualquier cuenta de un cliente real o ficticio, y no obstante cualquier acto u omisión por parte de cualquier empleado en relación con cualquier cuenta relacionada con tal negocio, endeudamiento o saldo”.

INCLUYENDO PÉRDIDA DE BIENES MEDIANTE TAL ACTO DE CUALQUIERA DE LOS EMPLEADOS DEL ASEGURADO”.

En síntesis, esta póliza no exige que se demuestre la intención de causar una pérdida al asegurado, lo cual aligera la carga probatoria del asegurado en caso de un siniestro. Adicionalmente, este clausulado omite consagrar la exclusión de pérdidas sufridas al llevar a cabo operaciones en el mercado de valores (*trading*).

En conclusión, en el mercado colombiano se ofrecen diferentes tipos de cobertura en tratándose del amparo de infidelidad, unos más restrictivos que otros, desde el clausulado DHP 84, que excluye de tajo todas las pérdidas relacionadas con operaciones de *trading*, pasando por los clausulados KFA 81 y NMA 2626 que las cubren pero sólo si se demuestran además ciertos requisitos adicionales, hasta llegar al formato DHP 73 que las cubre sin ninguna restricción adicional.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL CONTRATO DE SEGUROS

Alrededor del mundo, los países han reconocido que la velocidad con la que se mueve el mundo de los negocios actualmente puede dejar en estado de desprotección al consumidor, especialmente por el uso de la modalidad de contratación en masa y la desigualdad existente entre el empresario o profesional que redacta unilateralmente las condiciones bajo las cuales está dispuesto a contratación y el consumidor que se adhiere a ellas¹².

El contrato de seguro no es ajeno a estas observaciones, y alrededor del mismo existe una agitada controversia acerca de si se trata o no de un contrato de adhesión. Sin embargo, está claro que, *por regla general*, se trata de un contrato se celebra entre una compañía que se dedica en forma profesional a la explotación del negocio de los seguros y otra persona (quien le cede el riesgo a la primera) con un limitado conocimiento del mundo del seguro y que no tiene la posibilidad de negociar los términos de la contratación.

Dentro de este marco se ha encontrado que las condiciones contractuales que en ocasiones debe aceptar el consumidor adherente pueden ser abusivas porque le dificultan de tal manera el ejercicio de sus derechos bajo el contrato, que éste se queda prácticamente sin contenido.

¹²JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo*, en: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 15, noviembre de 2000. Bogotá. P. 142.

En este contexto, los diferentes sistemas jurídicos, incluyendo el colombiano, han diseñado mecanismos para proteger al consumidor de seguros frente a posibles abusos de las compañías aseguradoras.

Ahora bien, desde ya es importante anotar que en ocasiones, especialmente tratándose de grandes riesgos (como lo son normalmente los riesgos que se aseguran bajo las pólizas bancarias o de entidades financieras), las empresas consumidoras de seguros cuentan con departamentos internos de seguros o se asesoran de intermediarios de seguros, teniendo a su servicio personas que a menudo tienen conocimientos tan especializados en seguros como los tienen las personas que trabajan en las compañías aseguradoras, con lo cual se desdibuja la desigualdad que se predica entre asegurados y aseguradores.

En consecuencia, a continuación se estudiará el tratamiento jurídico que se les da en Colombia a las cláusulas abusivas en relación con el contrato de seguro y, especialmente, en lo que tiene que ver con el amparo de infidelidad de la póliza global de riesgos bancarios.

En el derecho colombiano recientemente se han expedido normas tendientes a regular las relaciones de consumo y a prohibir la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.

Así, en primer lugar encontramos la Ley 1328 de 2009, que en su título primero, se refiere al régimen de protección del consumidor financiero, concepto dentro del cual se incluye por disposición expresa (artículo 1º) a todas las personas que sean consumidoras en el mercado asegurador. El artículo 11 de la Ley prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el sector financiero y, aunque no las define, incluye un listado, no taxativo, de las cláusulas que se consideran abusivas, indicando que de llegar a pactarse en un contrato, se entenderán por no escritas. En efecto, el artículo en comento dice literalmente:

ARTÍCULO 11. PROHIBICIÓN DE UTILIZACIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS. 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.

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.

PARÁGRAFO. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

Ahora bien, la Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera desarrolló los principios establecidos en la Ley 1328 de 2009 en cuanto a cláusulas y prácticas abusivas, señalando una serie de ejemplos para cada uno de los tipos de cláusulas que trae el artículo 11 de dicha Ley.

Lo anterior se suma a la norma prevista en el numeral 4.1 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que les prohíbe a las entidades sometidas al control de la Superintendencia Financiera “... *convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante*”.

En lo no previsto por estas normas de carácter especial para las entidades financieras en materia de protección al consumidor, se aplicará lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor contenido en la Ley 1480 de 2011 (artículo 2º). El artículo 42 de dicho Estatuto prohíbe también el pacto de cláusulas abusivas en los contratos que rigen relaciones de consumo, y las define como “...*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*”. Establece además que en caso de ser incluidas en un contrato, serán ineficaces de pleno derecho, y en el artículo 43 consagra una lista de provisiones contractuales que pueden considerarse abusivas.

Ahora bien, el listado de cláusulas abusivas que trae el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, especialmente el numeral 1º que considera como tales aquellas que prevean o impliquen limitación o renuncia a los derechos de los consumidores, debe estudiarse con cuidado frente al contrato de seguro, pues podría llevar a la conclusión absurda de que todas las exclusiones que allí se mencionen, e incluso las cláusulas a través de las cuales se describe el riesgo cubierto dejando por fuera algunos aspectos del mismo, son abusivas y por tanto, se harían muy costosas las pólizas de seguros porque terminarían cubriendo todo tipo de riesgos. Así las cosas, debe tenerse en cuenta que no ha perdido vigencia el principio sentado en el artículo 1056 del Código de Comercio, según el cual la aseguradora puede elegir libremente cuál o cuáles de los riesgos a los que se encuentra expuesto el patrimonio del asegurado va a cubrir, mientras se mantenga dentro de los límites de la buena fe (es decir, siempre que informe debidamente al asegurado o tomador de la póliza acerca de las exclusiones allí previstas y redacte dichas cláusulas en forma clara) y se conserve el equilibrio de las prestaciones ofrecidas por las partes (es decir, la equivalencia entre la prima y los riesgos asumidos por la compañía).

En este sentido, puede afirmarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia avala esta interpretación a través de sentencias que si bien son anteriores a las recientes leyes de 2009 y 2011, se orientan por principios similares y por tanto, resultan aplicables aun hoy en día. Así, en sentencia del 19 de diciembre de 2009, la Corte Suprema reconoció que las exclusiones del contrato de seguro pueden ser abusivas, pero no lo son por regla general, así:

“La finalidad del contrato de seguro y a lo que apunta la intención común de los contratantes de este tipo de negocios jurídicos es obtener cobertura frente a determinados riesgos, cuya realización conduce al pago de la respectiva indemnización.... En razón de lo anterior, los riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, siempre y cuando, en uno u otro caso, respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato”.

“Ha de señalarse, además, que la respectiva exclusión no debe generar un desequilibrio tal en el haz de derechos y obligaciones que para las partes surgen del contrato de seguro, que contrariándose el principio de buena fe y sin que hubiere mediado la pertinente explicación, la mencionada estipulación pueda considerarse como una cláusula abusiva (Cfr. Sentencia de Casación Civil del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670). Con el propósito de evitar este tipo de circunstancias, el literal c), numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que los amparos y las exclusiones que se establezcan en el contrato de seguro deberán figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza

con el fin de que el tomador tenga información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura que contrata¹³ (Resalto).

Es importante resaltar que este fallo se basa en un pronunciamiento anterior de la misma Corte Suprema de Justicia, en el cual se establecen las características que debe reunir una cláusula de un contrato de seguro para considerarse abusiva, así:

“Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como –por regla- sucede con el de seguro-, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para ‘excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual’.

“...de ordinario, se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: 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”.

(...)

“en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropiamente un esquema válido... de configuración del negocio jurídico,

¹³ Corte Suprema de Justicia, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 19 de diciembre de 2008, Ref. 11001-3103-012-2000-00075-01, Consorcio Minero Unido S.A. contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

en el que no obstante que ‘el adherente... se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio’, en cualquier caso, ‘no puede discutirse que existe voluntad contractual’, o que ese acto no revista ‘el carácter de contrato’, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores... eclipsando... el... axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador deposita... en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle... un riesgo..., en la seguridad de que si el... riesgo asegurado se materializa..., el asegurador asumirá las consecuencias económicas... desfavorables..., pues esta es su ‘expectativa objetivamente razonable’”.

“De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”, entre las cuales se encuentra ‘La limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable’”¹⁴ (Resalto).

En conclusión, para el derecho colombiano es abusiva una cláusula que, incluida o no dentro de un contrato de adhesión, cumple las siguientes características:

- i. Conlleva el abuso de la posición prevalente o dominante de la compañía de seguros
- ii. Atenta contra los derechos de los consumidores
- iii. Vulnera el principio de la buena fe

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo J. Exp. 5670. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Proceso de Inversiones Velar Limitada contra Nacional De Decoración y Construcción Limitada.

Por otro lado, de lo anterior también queda claro que el concepto de cláusulas abusivas se enmarca dentro del esquema de la protección al consumidor frente a los riesgos que implica para éste la contratación en masa o por adhesión.

En este contexto, resulta aplicable la definición de cláusulas abusivas que trae la Directiva del 5 de abril de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas, al establecer que *“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 entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*.

Teniendo establecido entonces que la prohibición de pactar cláusulas abusivas pretende proteger al consumidor, dada su situación de desigualdad frente al contratante profesional, cabe preguntarnos quién es consumidor, reconociendo que se trata de un concepto muy discutido, pero sin entrar al fondo de estas discusiones, que escapan al objeto de este trabajo.

Así, la Ley 1328 de 2009, en su artículo 2º, define al consumidor financiero como *“todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas”* por la Superintendencia Financiera, donde cliente es *“... la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social”* y usuario, *“Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada”*.

De otro lado, para el Estatuto del Consumidor, consumidor o usuario es *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de*

una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”.

En lo que se refiere a la póliza de seguro global bancario, donde el tomador es un banco o entidad financiera, dada la amplitud de las definiciones que trae la ley aplicable, es posible entender que la entidad financiera, sin importar el tamaño de la misma, es un consumidor financiero.

No obstante lo anterior, en el derecho comparado encontramos sistemas jurídicos donde la definición de consumidor es mucho más restrictiva. Así por ejemplo, en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, la definición de consumidor excluye a las personas jurídicas, al establecer que por consumidor se entenderá *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”* (literal b, artículo 2º).

Esto puede tener lógica en el contexto de los grandes riesgos, como lo son los financieros, donde el poder económico de las empresas aseguradas es equiparable al de las compañías de seguros. No sobra anotar que en Colombia, según lo dispuesto en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las exigencias de capital mínimo de las entidades bancarias y de crédito son muy superiores a las exigencias que se establecen para las compañías de seguros. De esta manera, en el contexto de las pólizas globales de riesgos bancarios podría decirse que se desdibuja la justificación de la protección especial que las normas consagran a favor del consumidor de seguros (que en este caso sería el banco u otra entidad financiera), pues este último no parece encontrarse en una situación de inferioridad patrimonial o económica frente al asegurador, sobre todo si se tiene en cuenta que por lo general tienen departamentos internos de riesgos o seguros dedicados especialmente a la contratación de seguros y demás trámites relacionados, y cuentan además con la asesoría de intermediarios de seguros.

Finalmente, si bien las normas sobre protección al consumidor prevén el principio de interpretación a favor del consumidor de las cláusulas predispuestas por el empresario, lo cierto es que esta regla de interpretación ha sido consagrada en el artículo 1624 del Código Civil para todo tipo de contratos, al establecer que “...*las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella*”. La aplicación de este principio en la interpretación del contrato de seguro ha sido explicada por la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

“...ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad... de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado...; el otro... en forma de condiciones generales... las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información..., lealtad, claridad... en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación pro consumatore)”.

“...sea oportuno resaltar que en punto del discernimiento de las estipulaciones predispuestas la importancia de los tradicionales criterios hermenéuticos de índole subjetiva (particularmente la norma del artículo 1618 del Código Civil), en cuanto están enderezados a descubrir la común intención de los contratantes, se atenúan y desdibujan... porque no tendría sentido indagar por ese querer mutuo a sabiendas que el contenido del contrato refleja predominantemente la voluntad del empresario; por el

contrario, cobran especial relevancia, algunas pautas objetivas, particularmente, la regla contra proferentem, que abandona el carácter subsidiario que se le atribuye en el ámbito de los contratos negociados, para pasar a convertirse en un principio de aplicación preponderante (artículo 1624 ibídem)”.

“...los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables”¹⁵. (Resalto)

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aplicación de este principio de interpretación requiere que se esté ante una cláusula verdaderamente ambigua, con varios significados posibles, y no frente a una simple dificultad probatoria, como lo veremos más adelante.

En síntesis, la prohibición de incluir en los contratos cláusulas abusivas, se gesta en el contexto de la protección al consumidor como aplicación de principios que también son aplicables al contrato de seguro cuando este se enmarca dentro de una relación de consumo.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, M. P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01. Productora de Cápsulas de Gelatina S.A. contra Interamericana Compañía de Seguros Generales S.A.

Entendidos así los principios que orientan la protección al consumidor y la prohibición de incluir cláusulas abusivas en los contratos, incluyendo los de seguro, se aplicarán dichos preceptos al análisis del amparo de infidelidad de la póliza global bancaria.

3. ¿ES ABUSIVA LA CLÁUSULA DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS QUE EXIGE DEMOSTRAR UNA GANANCIA FINANCIERA PERSONAL INDEBIDA DEL EMPLEADO INFIEL?

Como se anotó anteriormente (ver capítulo 1), hay algunos tipos de póliza global bancaria que, en su amparo de infidelidad de empleados, exigen que haya existido una ganancia financiera personal indebida de los empleados involucrados en los actos fraudulentos o deshonestos del asegurado, cuando las pérdidas sufridas por este ocurrieron en el curso de operaciones de mercado o de *trading*, y en operaciones de crédito. Así pues, no se trata de un requisito general del amparo de infidelidad, sino únicamente para el amparo de pérdidas provenientes de operaciones de *trading* o de operaciones de crédito.

En el primer caso se trata de operaciones de inversión de los fondos propios de la entidad financiera o de sus clientes, o de corretaje para transacciones de bolsa, o de compra y venta de acciones u otros valores¹⁶. El clausulado KFA 81 no define lo que ha de entenderse por operaciones comerciales o de *trading*, pero la forma NMA 2626, las define como “*Todo trato en títulos valores, metales, mercancías, futuros, opciones, fondos, monedas, cambio de moneda y similares*”. Las operaciones de crédito, en términos generales, son aquellas en las cuales la entidad financiera concede créditos a sus clientes; tampoco se encuentran definidas en el clausulado KFA 81, pero sí lo están en el NMA 2626, en los siguientes términos:

¹⁶ FITZGERALD, Karen K. *The Dow Has Gone Crazy: What is an Insurer to Do?* En: The Fidelity Law Journal, Vol. V, 1999. Disponible en: http://www.fidelitylaw.org/files/Journals/1999/_1999-fitzgerald.pdf

- a) *un préstamo o una transacción de la naturaleza y por el valor de un préstamo o una extensión de crédito, incluyendo un arrendamiento financiero, hecho por y obtenido por o del Asegurado.*
- b) *una nota, cuenta, factura, acuerdo o alguna otra evidencia de deuda, cedida o vendida por o a, o descontada o adquirida de alguna manera por el Asegurado.*
- c) *un pago hecho o un retiro de una cuenta de un cliente que involucre un elemento no cobrado y cualquier otra transacción similar.*

Así las cosas, en estos casos (pólizas que siguen los modelos KFA81 y NMA 2626), en virtud del principio consagrado en el artículo 1077 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual “*Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida...*”, con el fin de tener acceso a la indemnización acordada en el amparo de infidelidad de empleados, en caso de siniestro el asegurado deberá demostrar:

1. Que ha sido víctima de actos deshonestos o fraudulentos
2. Que dichos actos fueron cometidos por empleados del asegurado, bien sea actuando solos o con el concurso de otros; y
3. Con la intención manifiesta de que el asegurado sufra la pérdida o de obtener provecho económico.
4. Adicionalmente, en caso de tratarse de pérdidas causadas por operaciones comerciales de *trading* o préstamos, deberá demostrar que los empleados deshonestos o fraudulentos han obtenido efectivamente un provecho económico indebido.

En relación con este último requerimiento, se ha resaltado la dificultad de demostrarlo en la práctica, pues, se alega, en muchas ocasiones los beneficios permanecen ocultos. En consecuencia, se han alzado voces que condenan como

abusiva la cláusula que exige la prueba del provecho económico indebido. Así por ejemplo, en el Laudo Arbitral proferido dentro del proceso convocado por Andino Capital Markets frente a La Interamericana Compañía de Seguros, del 11 de octubre de 2001, el Tribunal incluyó dentro de sus considerandos el siguiente razonamiento:

“El tribunal es consciente de que en la “condición especial” primera (1ª) de la condición 1.1 de la póliza, se limita el cubrimiento de infidelidad de empleados en lo concerniente a préstamos u operaciones comerciales a los casos de actos deshonestos o fraudulentos “... cometidos por un empleado que obtenga una ganancia financiera personal ilícita proveniente de tales acciones”, pero considera que una exigencia probatoria de este tipo para el asegurado, con miras a la demostración de la ocurrencia del siniestro, además de los demás elementos que lo estructuran conforme a la definición básica, comporta un desequilibrio contractual evidente que podría llevar a hacer nugatoria la reciprocidad esencial del contrato cuando se trata de siniestros dentro de circunstancias de actos deshonestos o fraudulentos cometidos en desarrollo de “préstamos u operaciones comerciales”, que hacen inaplicable esta condición dentro del contexto de unas condiciones que son dictadas y redactadas por el asegurador. En efecto, la prueba de la obtención efectiva, no solamente de la intención, en cuanto a la ganancia financiera personal ilícita suele ser imposible, y en ello le asiste razón a la convocante, porque muchas veces la ganancia permanece fácilmente oculta al escrutinio de la investigación o porque incluso puede no llegarse a realizar efectivamente por circunstancias ajenas al autor. Por lo mismo en este caso, esta sería una razón suficiente por sí misma para restarle validez a este condicionamiento, aunque, como se verá, su aplicación al caso es innecesaria”.

En el mismo sentido, aunque sin llegar a clasificar la cláusula como abusiva, el doctor Bernardo Botero Morales considera que esta le impone una carga probatoria excesivamente onerosa al asegurado¹⁷.

No obstante los autorizados criterios antes aludidos, existen importantes argumentos que permiten sostener fundadamente que la cláusula en comento no cumple con los requisitos necesarios para ser calificada como abusiva en forma generalizada, de acuerdo con lo señalado por el legislador y la jurisprudencia en esta materia, por las razones que se pasan a expresar.

- i. Así, en primer lugar, debe aclararse que los bancos y demás entidades financieras no se acomodan al prototipo del consumidor del común, en el que se inspiran los legisladores para implementar políticas de protección a través de normas jurídicas por ser la parte débil en la relación contractual con un empresario. Bien por el contrario, se trata de personas jurídicas que se dedican a un negocio altamente riesgoso y especializado, y respecto de las cuales no es posible predicar en general inferioridad en términos económicos frente a las compañías de seguros, puesto que la exigencia de capitales mínimos para su constitución y funcionamiento a través del tiempo es por lo menos igual o superior al que se les exige a las compañías aseguradoras en Colombia. Adicionalmente, son sociedades que tienen sus mapas de riesgos debidamente establecidos y que por disposición del regulador financiero, deben tener implementados sistemas robustos de gestión y prevención de riesgos, en donde el contrato de seguro se convierte, prácticamente, en la *última ratio*, pues sólo se aplica una vez que ya se ha materializado un riesgo. Esto hace que la protección que se debe dar a través de normas sobre defensa del los consumidores no amerite la misma intensidad que la debida a otro tipo de consumidores, como lo

¹⁷BOTERO MORALES, Bernardo. *Op. Cit.*

sería, por ejemplo, un padre de familia ordinario que adquiere una póliza de seguro de vida o una póliza de daños y responsabilidad civil para su vehículo particular.

Esta circunstancia ha sido reconocida por legislaciones como la española, donde el artículo 44 de la Ley del Contrato de Seguros establece que en los seguros de grandes riesgos las disposiciones de la misma ley no tendrán el carácter de normas imperativas. Así lo explica el profesor Ernesto Caballero Sánchez:

“El concepto de ‘grandes riesgos’ se especifica en el actual artículo 107.2 de la LCS, determinando los que pueden considerarse como tales a efectos legales. Como precedente, la Exposición de motivos de la ley de 19 de diciembre de 1990, justifica el tratamiento dado a los mismos por la legislación española, con base en la Directiva 88/389 CEE, declarando que ‘las partes del contrato de seguro puedan optar en determinados casos por el derecho contractual aplicable a la póliza dentro de las posibilidades que la norma regula’.

*“La misma exposición justifica que el tomador de grandes riesgos no requiere de una tutela especial por parte de la Ley, ni de las autoridades administrativas y que es conveniente dotar al mercado asegurador, en este aspecto de los grandes riesgos, de una mayor libertad de contratación”.*¹⁸

¹⁸CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto. *El consumidor de seguros: protección y defensa*. Editorial Mapfre. Madrid, 1997.P. 59-60.

Algo similar ocurre en la legislación del Reino Unido, donde a pesar de que la definición del concepto de consumidor que consagra la ley es bastante amplia¹⁹, se establece que la protección al consumidor en el mercado de servicios financieros tiene como objetivo asegurar el grado óptimo de protección de la misma. Ahora, se indica en la ley²⁰ que el nivel óptimo de la protección debe ser determinado por las autoridades administrativas competentes teniendo en cuenta factores como la sofisticación y experiencia de las partes involucradas en el negocio, concretamente los diferentes grados de experiencia y pericia que diferentes consumidores puedan tener con relación a diferentes clases de actividades reguladas y el principio general según el cual los consumidores deben hacerse responsables por sus propias decisiones, entre otros. De acuerdo con la descripción de estos factores, ellos justificarían tratamientos diferenciales para los diferentes tipos de consumidores como el que aquí se propone, donde el grado de

¹⁹ La Ley británica sobre mercado financiero (*Financial Services and Markets Act 2000*, modificada por *Financial Services Act 2010*), define el concepto de consumidor, para efectos de las normas que regulan el mercado de servicios financieros, como la persona que ha usado o ha contemplado usar cualquiera de los servicios que prestan personas autorizadas para llevar a cabo actividades reguladas, ofrecer crédito para consumo, realizar invitaciones o poner en contacto a las partes para negocios de inversión, o los servicios conexos relevantes que prestan inversionistas o instituciones de crédito y los proveedores de servicios de pagos. Textualmente y en su idioma original, la norma establece:

404E Meaning of “consumers”

(1) For the purposes of sections 404 to 404B “consumers” means persons who—

- (a) have used, or may have contemplated using, any of the services within subsection (2); or
- (b) have relevant rights or interests in relation to any of the services within that subsection.

(2) The services within this subsection are services provided by—

- (a) authorised persons in carrying on regulated activities;
- (b) authorised persons in carrying on a consumer credit business in connection with the accepting of deposits;
- (c) authorised persons in communicating, or approving the communication by others of, invitations or inducements to engage in investment activity;
- (d) authorised persons who are investment firms, or credit institutions, in providing relevant ancillary services;
- (e) persons acting as appointed representatives; or
- (f) payment service providers in providing payment services.

²⁰ Artículo 5 de la Ley sobre servicios y mercados financieros de 2000, modificada por la Ley sobre Servicios Financieros de 2010

experiencia y pericia que puede predicarse de un banco o entidad financiera frente un contrato de seguro sirve de base para entender que no necesita una protección tan intensa como lo requiere un padre de familia o una persona del común.

- ii. De otro lado, como ya se anotó anteriormente, existen modelos de pólizas como la DHP 73, que cubren las pérdidas por operaciones de *trading* y de crédito dentro del amparo general de infidelidad y sin establecer condiciones adicionales como la que aquí se ha venido haciendo referencia; e incluso existen pólizas personalizadas donde podría omitirse dicho requerimiento. Así las cosas, existen en el mercado pólizas, que si bien se comercializan a cambio de una prima más elevada, ofrecen la opción de asegurar el riesgo de infidelidad de empleados sin el requerimiento de probar la ganancia financiera indebida de los empleados en el caso de operaciones de *trading* o de crédito. Por tanto, no se trata de una situación donde el asegurado o tomador no pueda negociar las condiciones bajo las cuales desea asegurarse por el riesgo de infidelidad.

El punto sería discutible si el asegurado o tomador no tuviese otras alternativas diferentes, o teniéndolas, no pudiera contar con la asesoría o el conocimiento suficiente para encontrarlas. Por tanto, no puede generalizarse la idea de que se está frente a una cláusula abusiva por falta de negociación de la misma.

- iii. De lo anterior se desprende también que no hay un verdadero desequilibrio entre las prestaciones a las que se comprometen asegurado y aseguradora, pues la prima que ha de pagar este último depende de los riesgos que asuma la aseguradora, de manera que si esta decide asumir más riesgos (como sucede cuando se aseguran

pérdidas provenientes de operaciones de *trading* o de crédito sin ningún requisito adicional dentro del amparo de infidelidad), podrá cobrar una prima mayor. Así parece entenderlo el doctor Jorge Eduardo Narváez Bonnet, cuando expresa que:

“Desafortunadamente, no existe un solo tipo de cláusula de infidelidad; se tienen múltiples versiones que tienden a ser más restrictivas y que presentan problemas para el asegurado al momento de pretender acreditar que una pérdida determinada está cobijada por el amparo. Todas se encaminan a cubrir las pérdidas para el asegurado resultantes de la infidelidad de sus empleados. Sin embargo, algunas versiones como la KFA 81 y la LPO 218 exigen que debe existir una ganancia indebida para el empleado mismo o en beneficio de terceros (animus lucri facindi), lo cual se erige en un requisito adicional que ha de ser acreditado por el asegurado para que proceda el pago de la indemnización.

“Una cláusula de infidelidad clara y con requisitos razonables es un elemento esencial para optar por una opción que, aunque aparentemente tenga una prima más onerosa, de presentarse un reclamo bajo este amparo, puede resultar mucho más benéfica”²¹.

Otro motivo que permite concluir que no existe desequilibrio en las prestaciones frente a esta cláusula se hace evidente pues el argumento según el cual la dificultad probatoria daría lugar a que se exonerara al asegurado de demostrar la obtención de una ganancia indebida, se podría aplicar con igual criterio al asegurador si se le exigiera demostrar que no existió tal intención de dañar o la obtención de ganancias de los empleados, o demostrar que de alguna otra forma no se cumplieron los

²¹ NÁRVAEZ BONNET, Jorge Eduardo. Op. Cit., p. 183-184.

requisitos de cobertura exigidos en la póliza. En este último caso, sí que habría un desequilibrio en las prestaciones pues la prueba de que no se cumplen los elementos del amparo en la pérdida reclamada sería mucho más onerosa para el asegurador, en la medida en que el asegurado conoce mucho mejor su organización interna, sus empleados y sus riesgos en general, por lo cual se encuentra en una mejor posición para demostrar que ante una determinada pérdida se cumplen todos los elementos necesarios para considerar que hay amparo bajo la cláusula de infidelidad de empleados.

- iv. No se trata de un requerimiento probatorio injustificado, pues como ya se ha indicado anteriormente, tiene por finalidad delimitar el riesgo de manera que la compañía de seguros no termine cubriendo pérdidas como las derivadas de operaciones de trading o de operaciones de crédito, que son connaturales a las actividades que llevan a cabo las entidades financieras, pues se trata de actividades por naturaleza especulativas y conllevan por tanto una eventualidad de ganancia o pérdida. Si las aseguradoras no reciben una participación en las ganancias que obtienen las entidades bancarias aseguradas por la realización de actividades de este tipo, es justo que no tengan que soportar las pérdidas que sean consecuencia de las mismas (salvo que reciban una remuneración adecuada por la asunción de estos riesgos a través del pago de una prima debidamente calculada).

Debe tenerse en cuenta que el amparo mismo de infidelidad, de entrada, le está dando una connotación específica a la pérdida para ser cubierta porque si no se demostrara la infidelidad sería muy fácil que se terminara cubriendo incluso el riesgo de empresa, lo cual desdibujaría la cobertura.

- v. Adicionalmente, se anota que los diferentes clausulados de pólizas globales bancarias llevan varios años en el mercado nacional de seguros, por lo cual no podría decirse que su contenido y condiciones sean desconocidas para los participantes en el mismo. Incluso se anota que, tratándose de riesgos tan cuantiosos y especializados, la contratación de este tipo de pólizas siempre se hace con el acompañamiento y la asesoría de intermediarios de seguros con conocimiento del mercado y de los diferentes productos que se ofrecen en él, y puede asesorar al futuro tomador acerca de cuál es la mejor opción para sus necesidades. La contratación en una situación como estas, impide predicar el abuso de la posición prevalente por parte de la aseguradora o la mala fe de esta por omitir informar debidamente al tomador sobre los amparos otorgados. Si a lo anterior le sumamos el hecho de que el requisito de probar la ganancia personal financiera inapropiada se encuentra redactado en forma clara y fácil de entender, no sería posible argumentar de manera fundada que cuando se incluye este requerimiento en la póliza hay un atentado a la buena fe, que es una de las características de las cláusulas abusivas.
- vi. Finalmente se anota que si bien se está ante una dificultad probatoria, no resulta completamente imposible demostrar el provecho financiero indebido de los empleados que realizan actos deshonestos o fraudulentos. Así lo reconoce el doctor Narváez Bonnet, en la obra antes citada:

“g. La prueba indiciaria

“Es que la demostración del acto de infidelidad no siempre es una tarea fácil y máxime, si además, se exige la demostración de una ganancia indebida.

“Es aquí donde cobra importancia el medio probatorio del indicio con el cual se evita que el derecho del asegurado se torne inane, porque como bien lo expresa el aforismo latino ‘Isfecit cui prodest’ (lo hizo el que en ello tiene interés).

“De lo que se trata es de obtener las huellas, los rastros, las improntas de la conducta realizada por los empleados y el indicio en sí mismo no es un hecho, sino la prueba indirecta o circunstancial por excelencia que permite, a través de un hecho plenamente probado, inferir la existencia de otro hecho, porque están indisolublemente unidos y se cumple entre ambos una relación de causa a efecto”²².

En igual sentido se pronunció el laudo proferido dentro del proceso arbitral convocado por la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en Liquidación contra la Aseguradora Colseguros S.A., del 30 de agosto de 2002:

“Es aceptado por doctrina nacional y extranjera que la prueba de la intención puede aparejar algunas dificultades, pero también lo es que como resultado de una apreciación global de las pruebas aportadas y rituadas en el proceso, pueda evidenciarse sin equívoco alguno una conducta del empleado dirigida expresamente a procurar un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero. Ese beneficio propio, como lucro indebido, provocado por el detrimento patrimonial del tomador asegurado, bien puede ser difícil de acreditar, pero igual puede ser elemento de la violación sistemática de normas básicas de ejercicio del objeto social del tomador asegurado o de sus reglamentos de operaciones, siempre que existan elementos objetivos que permitan demostrar un lucro en el patrimonio del empleado, como modificaciones de sus condiciones habituales de

²² NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Op. Cit., p. 184-185.

comportamiento social, sobreviniente adquisición de bienes o también el beneficio de terceros”.

(...)

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

Ahora bien, sin que con ello se quiera decir que con el amparo de infidelidad sólo se cubren actos deshonestos o fraudulentos tipificados como delitos en la ley penal, es usual que estos constituyan conductas delictivas, como el hurto²³, el abuso de confianza²⁴ y la estafa²⁵, entre otras, todas las cuales tienen como

²³ Código Penal, artículo 239. Hurto. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁴ Código Penal, artículo 249. Abuso de confianza. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que se

elemento constitutivo de las mismas la apropiación indebida de dinero u otros bienes, de donde se sigue que la investigación que adelanten las autoridades penales por los actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado le serán de gran utilidad a este para acreditar este y otros elementos necesarios para que se active la cobertura del amparo de infidelidad.

El hecho de que exista una dificultad probatoria, no puede significar que el riesgo de no poder probar todos los elementos necesarios para que se considere que hay siniestro bajo el amparo de infidelidad se le deba trasladar al asegurador a través de la anulación o declaración de ineficacia de algunos de los elementos del amparo, a posteriori (es decir, después de que se haya suscrito el negocio), y en forma gratuita (sin el cobro de prima adicional que permita el cubrimiento de los nuevos riesgos no cubiertos originalmente). Ello sólo sería justificable si en el mercado no existieran otras posibilidades o modalidades de cobertura que hubiesen podido ser consideradas por el tomador antes de celebrar el contrato.

apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

²⁵ Código Penal, artículo 246. Estafa. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses y multa hasta de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante lo anterior, hay casos en los que, por ejemplo, el tomador de la póliza de seguro global bancario es una entidad financiera que no ha recibido información clara sobre las características de la póliza o que no ha contado con una asesoría lo suficientemente especializada durante el proceso de contratación de la póliza, o se trata de una entidad financiera cuyo negocio central o principal consiste precisamente en realizar operaciones en el mercado de valores por cuenta propia o de terceros. En estos casos concretos, el requisito adicional de probar la ganancia indebida efectivamente obtenida por los empleados involucrados en los actos de infidelidad podría considerarse abusivo, por atentar contra los derechos de los consumidores a realizar una elección informada a la hora de adquirir un producto o servicio. Ahora bien, el último caso mencionado sería especialmente grave pues en compañías que se dedican profesionalmente a realizar transacciones en el mercado de valores, como por ejemplo, un corredor de bolsa, sería de esperar que la mayoría de los actos deshonestos o fraudulentos de empleados estuvieran conectados con operaciones de *trading* y no tanto con operaciones administrativas o del back office, donde el exigente requisito de cobertura al que nos venimos refiriendo dejaría el amparo de infidelidad prácticamente vacío de contenido y de sentido, y con mayor razón lo haría la exclusión total de pérdidas que se presenten en el curso de operaciones de *trading*.

Se advierte, sin embargo, que se trata de situaciones particulares donde la abusividad de la cláusula debería ser demostrada por el asegurado que pretende el acceso a la indemnización prevista en la póliza, pues como ya se anotó, no existen motivos para considerar que esta cláusula es abusiva como regla general.

CONCLUSIONES

1. En el mercado colombiano se ofrecen varios tipos de pólizas de riesgos globales bancarios, en las cuales se ampara el riesgo de infidelidad de los empleados del asegurado. Unos modelos son más restrictivos que otros en cuanto al ámbito y los requisitos de cobertura.

Así el clausulado DHP 84 excluye todas las pérdidas que resulten directa o indirectamente de negocios de *trading*, mientras que los clausulados KFA 81 y NMA 2626 otorgan cobertura a operaciones de crédito y de *trading* donde se han presentado actos de infidelidad de empleados si se demuestra que estos efectivamente han obtenido un provecho financiero indebido; y la cobertura de la póliza DHP 73 abarca las operaciones de *trading* sin exigir requisitos adicionales.

2. Las aseguradoras justifican las estrictas exigencias probatorias del amparo de infidelidad de empleados en su intención de no cubrir pérdidas relacionadas con el riesgo especulativo que es connatural a las actividades de las entidades financieras.
3. Para algunos, el requisito de probar la ganancia financiera indebida de los empleados involucrados en los actos de infidelidad que generaron la pérdida de la entidad asegurada constituye una exigencia de cobertura exagerada que vulnera el equilibrio de las prestaciones entre asegurado y aseguradora porque le impone al primero la carga de demostrar lo

imposible, en la medida en que dichas ganancias normalmente permanecen ocultas.

4. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que en el caso de una póliza global bancaria no se está ante una relación típica de consumo, ello permite que se introduzcan otros elementos en la interpretación de la cláusula que impiden que esta sea considerada como abusiva en todos los casos.
5. Sin desconocer que puede resultar difícil demostrar la obtención efectiva de una ganancia indebida, ello no resulta imposible si se tiene en cuenta que puede llegarse a ella a través de las investigaciones de las autoridades penales e incluso a través de elementos indicadores de la obtención de dicho provecho desde el punto de vista probatorio. No puede olvidarse que en este campo continúa imperando el principio de la libertad probatoria en la demostración de la ocurrencia del siniestro y su cuantía. Además, el hecho de que existen casos en los que se logra acreditar la ganancia de los empleados infieles desmiente la afirmación en que se fundamentan quienes alegan que la cláusula es abusiva por imposibilidad probatoria.
6. Hay casos particulares en los cuales la exigencia de cobertura que se viene comentando puede considerarse abusiva, pero ello debe ser demostrado en cada caso por la entidad financiera que pretende la indemnización bajo el amparo de infidelidad de la póliza global bancaria.

BIBLIOGRAFÍA

BIGOT, Jean. *Traité de Droit des Assurances*, Tomo 3. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. LGDJ. Paris, 2002. P. 781-783.

BOTERO MORALES, Bernardo. *El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario*. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. – Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Número 33 - 2010, p. 77-95.

CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto. *El consumidor de seguros: protección y defensa*. Editorial Mapfre. Madrid, 1997.

Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

DÍAZ BRAVO, Arturo. *Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado*, en: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 16, junio de 2001. Bogotá. p. 57 – 65.

FITZGERALD, Karen K. *The Dow Has Gone Crazy: What is an Insurer to Do?* En: The Fidelity Law Journal, Vol. V, 1999. Disponible en Internet, en: <http://www.fidelitylaw.org/files/Journals/1999/__1999-fitzgerald.pdf>, consultado en 04.08.2012

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen*

descriptivo, en: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 15, noviembre de 2000. Bogotá. p. 129 – 146.

KEELY, Michael. *Annotated Financial Institution Bond*, 2ª ed. American Bar Association, 2004. Disponible en Internet, en: <http://books.google.com.co/books?id=0WSpFB7WlzM&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>, consultado el 04.08.2012.

NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. *El contrato de seguro en el sector financiero*, 2ª ed. Librería Ediciones El Profesional. Bogotá, 2004.

Laudo Arbitral Andino Capital Markets Comisionista de Bolsa vs. La Interamericana Compañía de Seguros. Octubre 11 de 2001. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Andrés Ordóñez Ordóñez, Jorge Suescún Melo.

Laudo Arbitral Quala S.A. vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. Diciembre 15 de 2009. Árbitro: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Laudo Arbitral Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación vs. Aseguradora Colseguros S.A. Agosto 30 de 2002. Árbitros: José Fernando Torres Fernández de Castro, Alejandro Venegas Franco, José María Neira García.

Ley 1328 de 2009.

Ley 1480 de 2011.

Ley inglesa sobre mercado financiero (*Financial Services and Markets Act 2000*, modificada por *Financial Services Act 2010*), disponible en Internet, en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/section/5>>, consultada el 04.08.2012.

Sentencia Corte Suprema de Justicia del 2 de febrero de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo J. Exp. 5670.

Sentencia Corte Suprema de Justicia, M. P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01.

Sentencia Corte Suprema de Justicia del 19 de diciembre de 2008, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Ref. 11001-3103-012-2000-00075-01.