

El amparo de infidelidad de la póliza de seguro global bancario

Análisis desde la perspectiva de las cláusulas abusivas en Colombia*

LAURA RESTREPO MADRID**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

1. El amparo de infidelidad de la póliza de seguro global bancario
 - 1.1. La póliza de seguro global bancario
 - 1.2. El amparo de infidelidad de empleados
2. Las cláusulas abusivas y el contrato de seguros
3. ¿Es abusiva la cláusula de infidelidad que exige demostrar una ganancia financiera personal indebida del empleado infiel?

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Fecha de recepción: 7 de marzo de 2013
Fecha de aceptación: 19 de abril de 2013

* Investigación efectuada como monografía de grado para optar el título de especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, dirigida por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, profesor y tratadista en Derecho de Seguros y ex-Magistrado de la Corte Suprema de Colombia.

** Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros (Universidad Eafit), Especialista en Derecho de Seguros (Pontificia Universidad Javeriana), LL.M. in Law and Economics (Universidad de Manchester, Inglaterra). Abogada de la firma Tamayo Jaramillo & Asociados. Laura.restrepo@tamayoasociados.com

RESUMEN

Este artículo, que fue escrito como trabajo de grado de la Especialización en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana, pretende analizar 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), a la luz de las normas y de la jurisprudencia relativa a las cláusulas abusivas. 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 forma general.

Palabras clave: Derecho mercantil - Seguro - Consumidor

Palabras clave descriptor: Contrato de seguro – Póliza global bancaria – asegurador – entidades financieras – intermediario de seguros - infidelidad – cláusulas abusivas

ABSTRACT

This article, which was written as part of the requirements to obtain the postgraduate degree in Insurance Law of the Pontificia Universidad Javeriana, analyzes the employees fidelity coverage of the Banker's Blanket Bond in the policy forms normally used in the Colombian market (forms DHP 84, KFA 81, NMA 2626 and DHP 73), in the light of the legal norms and case law on unfair terms. In particular, we analyze the requirement of demonstrating that employees involved in the act of infidelity obtained improper financial gain in the case of losses sustained as a result of trade or credit under consumer protection rules, to conclude that the clause does not meet the requirements to be described as abusive or unfair in general.

Key words: *Commercial Law - Insurance - Consumers*

Key words plus: Insurance contract - Banker's Blanket Bond – Insurer – Insured – financial entities – insurance broker - infidelity – unfair terms

INTRODUCCIÓN

El artículo 1056 del Código de Comercio establece el principio de la libertad en la selección de riesgos a asegurar, advirtiendo que dicha libertad debe ser ejercida por las aseguradoras dentro de los límites fijados por la ley y en 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 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 Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011); y en segundo lugar, porque en general se califica al contrato de seguro como un contrato de adhesión.

Ahora bien, las pólizas de riesgos financieros que amparan a entidades financieras son contratos celebrados entre empresarios, donde el tomador 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 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”*.

Al delimitar el riesgo cubierto en el amparo de infidelidad incluido en estas pólizas, 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.

Es relevante entonces revisar si 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.

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. Si bien no es un seguro obligatorio, su contratación es usual en el mercado colombiano².

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 bien indicó 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 mismos³.

2. Superintendencia Financiera, concepto 2010049149-001 del 14 de julio de 2010.

3. Laudo del 15 de diciembre de 2009, de Quala S.A. contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

Dado que se trata de riesgos asegurados de inmensas cuantías, las compañías colombianas deben ceder a 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 en Colombia también hay presencia de aseguradores y reaseguradores norteamericanos, por lo cual hay influencia de dicho mercado, cuyo clausulado estándar no difiere en gran medida de los formatos ingleses, especialmente en lo que se refiere al amparo de infidelidad.

Entre el sinnúmero de actividades que realizan los bancos, se encuentra la inversión del dinero propio y el de sus clientes buscando obtener rendimientos en acciones, bonos y otros papeles, otorgando créditos, etc., donde el riesgo de obtener ganancias o pérdidas, no solo es muy elevado sino que es connatural a estas actividades especulativas. Se trata, pues, de un tipo especial del *riesgo de empresa, especulativo u operacional* 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.

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 y por tanto, no son objeto de cobertura.

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

“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

4. BOTERO MORALES, Bernardo (2010). *El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Número 33, 77-95.

riesgo de una pérdida sobre un mercado; del cual se ha hecho cargo el Empresario o incluso por el banco que lo financia⁵.

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 de su asegurado⁶.

1.2. El amparo de infidelidad de empleados

En términos generales, el amparo de infidelidad 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.

Para activar la cobertura bajo el amparo de infidelidad del clausulado DHP 84, 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 81 requiere que el asegurado demuestre (i) que ha sufrido una pérdida derivada directamente de 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, bajo el clausulado NMA 2626, 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, estas pólizas no quieren cubrir pérdidas causadas por simples actos negligentes o pérdidas meramente operacionales⁷. La jurisprudencia norteamericana, ha 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

5. BIGOT, Jean (2002). *Traité de Droit des Assurances*, Tomo 3. Paris: Librería General de Derecho y Jurisprudencia. LGDJ. 781-783.
6. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo (2004). *El contrato de seguro en el sector financiero*, 2ª ed. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional. p. 176.
7. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. Op. Cit., p. 176.

y por los juicios equivocados que de dichas fuerzas lleguen a hacer los compradores y vendedores de valores⁸.

Esta intención se ve reflejada en los tres clausulados 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 empleados. 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.

No sobra anotar que en algunas ocasiones se concede también el amparo de infidelidad bajo la forma DHP 73, que tiene una cobertura menos restrictiva, si bien a cambio de una prima más alta para compensar el mayor riesgo asumido por el asegurado. En efecto, 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, y además omite la exclusión de pérdidas sufridas al llevar a cabo operaciones en el mercado de valores (*trading*).

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL CONTRATO DE SEGUROS

Alrededor del mundo, se ha reconocido que la velocidad con la que se mueven los negocios actualmente puede dejar en estado de desprotección al consumidor, especialmente por la contratación en masa y la desigualdad entre el empresario o profesional que redacta unilateralmente las condiciones bajo las cuales está dispuesto a contratar y el consumidor que se adhiere a ellas⁹.

El contrato de seguro no es ajeno a estas observaciones, pues, *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 sin posibilidades de discutir los términos de la contratación.

Así, las condiciones contractuales que en ocasiones debe aceptar el consumidor adherente pueden ser abusivas cuando le dificultan de tal manera el ejercicio de sus derechos bajo el contrato, que éste se queda prácticamente sin contenido. Como con-

8. Keely, Michael. *Annotated Financial Institution Bond*, 2ª ed. American Bar Association, 2004. Consultado el 04.08.2012 en <http://books.google.com.co/books?id=0WSpFB7WlZMC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>
9. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio (2000). *La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 15, 142.

secuencia de ello, se han diseñado mecanismos jurídicos para proteger al consumidor de seguros frente a posibles abusos de las aseguradoras.

Ahora bien, en ocasiones, especialmente tratándose de grandes riesgos (como los de bancos y 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 con conocimientos tan especializados como los tienen las personas que trabajan en las compañías aseguradoras, con lo cual se desdibuja la desigualdad entre asegurados y aseguradores.

Dentro de este marco 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 síntesis, se observa que en Colombia recientemente se han expedido normas que regulan las relaciones de consumo y la inclusión de cláusulas abusivas en 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 incluye a todas las personas que sean consumidoras en el mercado asegurador (artículo 1º). 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. La Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera desarrolló los principios establecidos en la Ley 1328 en cuanto a cláusulas y prácticas abusivas, señalando una serie de ejemplos para cada uno de los tipos de cláusulas que prevé 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 (Ley 1480 de 2011, artículo 2º). El artículo 42 de dicho Estatuto prohíbe 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 consagra una lista de provisiones contractuales que pueden considerarse abusivas (artículo 43).

Ahora bien, el listado de cláusulas abusivas del 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 e incluso las cláusulas que describen 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. No puede afirmarse que ha perdido vigencia el principio sentado en el artículo 1056 del Código de Comercio, que le permite a la aseguradora elegir 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 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 no son abusivas 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(...).”¹⁰ (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:

10. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 19 de diciembre de 2008, Rad. 11001-3103-012-2000-00075-01 M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

“...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”.

(...)

“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 desproporcionadamente 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’”¹¹ (Resalto).

En conclusión, para el derecho colombiano es abusiva una cláusula que: (i) Conlleve el abuso de la posición prevalente o dominante de la compañía de seguros, (ii) atenta contra los derechos de los consumidores, y (iii) vulnera el principio de la buena fe.

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, pero sin entrar al fondo de las discusiones que se han generado en torno a este concepto.

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”*. Para el Estatuto del Consumidor, consumidor o usuario es *“Toda persona natural o jurídica que,*

11. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo J.

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, dada la amplitud de las definiciones legales, es posible entender que la entidad financiera tomadora 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, en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, la definición de consumidor excluye a las personas jurídicas (literal b, artículo 2º).

Estas definiciones restrictivas resultan lógicas en el contexto de los grandes riesgos, como los financieros, donde el poder económico de las personas jurídicas 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 establecidas para las compañías de seguros. Así, frente a las pólizas globales bancarias se desdibuja la justificación de la protección especial que las normas consagran a favor del consumidor de seguros, 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/o cuentan con la asesoría de intermediarios de seguros.

Finalmente, las normas sobre protección al consumidor prevén el principio de interpretación a favor del consumidor de las cláusulas predisuestas por el empresario, regla de interpretación que ha sido consagrada en el artículo 1624 del Código Civil para todo tipo de contratos¹². Sin embargo, 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.

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

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.

12. En relación con la aplicación de este principio al contrato de seguros ver Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 4 de noviembre de 2009, Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01, M. P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

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

Como se anotó anteriormente, algunos tipos de póliza global bancaria, 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 uno aplicable únicamente a pérdidas provenientes de operaciones de *trading* o créditos.

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 valores¹³. 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, como:

- 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, 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, el asegurado deberá demostrar: (i) Que ha sido víctima de actos deshonestos o fraudulentos, (ii) cometidos por empleados del asegurado, bien sea actuando solos o con el concurso de otros; y (iii) Con la intención manifiesta de que el asegurado sufra la pérdida o de obtener provecho económico. Y tratándose de pérdidas causadas por operaciones co-

13. 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

merciales de *trading* o préstamos, deberá demostrar que los empleados deshonestos 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:

“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...”

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 asegurado¹⁴.

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, a saber:

1. En primer lugar, 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 dedicadas a un negocio altamente riesgoso y especializado, y respecto de las cuales no es posible predicar inferioridad en términos económicos frente a las compañías de seguros, puesto que la exigencia de capitales mínimos para su constitución y funcionamiento es por lo menos igual o superior a la prevista para compañías aseguradoras en Colombia. Adicionalmente, son sociedades que tienen 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 de los consumidores no amerite la misma intensidad que la debida a otro tipo de consumidores, como por ejemplo, un padre de familia que adquiere un seguro de vida.

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

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:

“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”¹⁵.

Algo similar ocurre en el Reino Unido, donde a pesar de que la definición del concepto de consumidor que consagra la ley es bastante amplia¹⁶, 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. La propia ley¹⁷ indica que el nivel óptimo de la protección debe ser determinado por las autoridades administrativas teniendo en cuenta factores como la sofisticación y experiencia de las partes involucradas en el negocio, concretamente los diferentes grados de experiencia y pericia del consumidor frente 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 estos factores, se justificarían tratamientos diferenciales para los diferentes tipos de consumidores como el que aquí se propone, donde el grado de 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.

2. De otro lado, 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. 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.

-
15. CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto (1997). *El consumidor de seguros: protección y defensa*. Madrid: Editorial Mapfre. 59-60.
 16. 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.
 17. Artículo 5 de la Ley sobre servicios y mercados financieros de 2000, modificada por la Ley sobre Servicios Financieros de 2010

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.

3. No hay un verdadero desequilibrio entre las prestaciones de tomador y aseguradora, pues la prima que ha de pagar el primero 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 *“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”*¹⁸.

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 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.

4. No es 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.

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

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.

5. Adicionalmente, 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, tratándose de riesgos muy cuantiosos y especializados, la contratación de estas 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. Lo anterior 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.
6. 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 fraudulentos¹⁹.

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:

“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 aparece, 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”.

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

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 hurto, el abuso de confianza y la estafa, entre otras, todas las cuales tienen como elemento constitutivo la apropiación indebida de dinero u otros bienes, de donde se sigue que la investigación de las autoridades penales por los actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado serán de gran utilidad 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.

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 al 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 la indemnización bajo 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 bancarios que incluyen el amparo de infidelidad de los empleados del asegurado. Unos modelos son más restrictivos que otros en cuanto al ámbito y los requisitos de cobertura. 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.
2. Para algunos, el requisito de probar la ganancia financiera indebida de los empleados infieles 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. 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.
3. Si bien es difícil demostrar la obtención de una ganancia indebida, ello no es imposible. Puede llegarse a ella a través de las investigaciones de las autoridades penales e incluso a través de indicios. No puede olvidarse que en este campo rige el principio de la libertad probatoria para demostrar 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.
5. 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. (2002). *Traité de Droit des Assurances*, Tomo 3. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. LGDJ. Paris. P. 781-783.
- BOTERO MORALES, Bernardo (2010). *El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Bogotá Número 33. 77-95.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto (1997). *El consumidor de seguros: protección y defensa*. Madrid: Editorial Mapfre.
- Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- DÍAZ BRAVO, Arturo (2001). *Las cláusulas abusivas y la protección del asegurado*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, No. 16, p. 57 – 65.

- FITZGERALD, Karen K. (1999). *The Dow Has Gone Crazy: What is an Insurer to Do?* En: The Fidelity Law Journal, Vol. V. Disponible en Internet, en: <http://www.fidelitylaw.org/files/Journals/1999/_1999-fitzgerald.pdf>, consultado en 04.08.2012
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio (2000). *La protección del consumidor y sus principales manifestaciones en el derecho de seguros contemporáneo: examen descriptivo*, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 15, p. 129 – 146.
- KEELY, Michael. (2004). *Annotated Financial Institution Bond*, 2ª ed. American Bar Association. Disponible en Internet, en: <http://books.google.com.co/books?id=0WSpFB7WlzMC&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 (2004). *El contrato de seguro en el sector financiero*, 2ª ed. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional.
- Laudo Arbitral Andino Capital Markets Comisionista de Bolsa vs. La Interamericana Compañía de Seguros. Octubre 11 de 2001, 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, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Laudo Arbitral Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación vs. Aseguradora Colseguros S.A. Agosto 30 de 2002, José Fernando Torres Fernández de Castro, Alejandro Venegas Franco, José María Neira García.
- 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.
- Corte Suprema de Justicia, 2 de febrero de 2001, Exp. 5670, Carlos Ignacio Jaramillo J.
- Corte Suprema de Justicia, 4 de noviembre de 2009, Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01, Pedro Octavio Munar Cadena.
- Corte Suprema de Justicia, 19 de diciembre de 2008, Ref. 11001-3103-012-2000-00075-01, Arturo Solarte Rodríguez.

