

Pérdidas operaciones y amparos de infidelidad bajo las pólizas globales bancarias*

JORGE EDUARDO NARVÁEZ BONNET**

SUMARIO

- A. La trascendencia del amparo de infidelidad
 - B. Características propias de los actos de infidelidad de empleados
 - C. Exigencias propias del amparo de infidelidad de empleados
 - D. La exclusión de pérdidas operacionales
 - E. ¿Cuándo una pérdida de una operación comercial deja de ser operacional?
 - F. Las modalidades de cláusulas de infidelidad
 1. La versión DHP - 73 de la cláusula de infidelidad
 2. La versión DHP - 75 de la cláusula de infidelidad
 3. La cláusula de infidelidad - versión DHP - 84
 4. La exclusión J de la versión DHP - 84
 5. La cláusula de infidelidad KFA - 81
 - G. Conclusiones
- Bibliografía

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2012
Fecha de aceptación: 8 de mayo de 2012

* Este trabajo de investigación corresponde a un análisis crítico llevado a cabo por el autor, con el propósito de evaluar lo que puede acontecer frente a las reclamaciones por infidelidad de empleados, bajo los distintos clausulados disponibles en el mercado y cuando estas presentan características muy próximas a pérdidas operacionales, pero que en realidad constituyen verdaderos actos defraudatorios.

** El autor es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, profesor de la Especialización en Seguros de la Universidad Externado de Colombia, de la Especialización en Seguros y de la Maestría en Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Se ha desempeñado como Gerente de Seguros Generales y Gerente de Reaseguros de COLSEGUROS, Vicepresidente Técnico de Reaseguradora Hemisférica, Gerente General de Guy Carpenter Reinmex Corredores de Reaseguros Ltda. y en la actualidad es abogado litigante, consultor privado y árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Autrégulador del Mercado de Valores -AMV- del centro de arbitraje de FENALCO y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros.

RESUMEN

Los diversos clausulados de pólizas globales bancarias son muy semejantes en cuanto a la finalidad de protección que aspiran a satisfacer, comoquiera que están diseñadas para amparar dinero, metales preciosos, títulos-valores o documentos en los cuales el asegurado tenga algún interés, ya porque tales bienes sean de su propiedad o porque haya asumido la custodia de ellos a título gratuito u oneroso, o durante la movilización de aquellos o mientras se encuentren dentro de los predios destinados por el asegurado para el desarrollo de sus actividades.

Además, se amparan las pérdidas ocasionadas por falsificación de cheques, pagarés o documentos o como consecuencia del recibo o cambio de moneda extranjera falsificada, así como también cualquier daño ocasionado a los locales, equipos de oficina, cajas fuertes, bóvedas, etc. durante la perpetración de asaltos o atracos.

Sin embargo, las diferencias más notorias no suelen encontrarse en los amparos que se acaba de reseñar sino en el denominado amparo de infidelidad de empleados, destinado para cubrir o proteger a la respectiva entidad bancaria o financiera respecto de daños o pérdidas que le ocasionen actos cometidos por sus propios empleados y con los cuales les ocasionan detrimento patrimonial. Son diversos los amparos que se utilizan en el mercado y los cuales ciertamente poseen características que los hacen claramente diferenciables por la extensión de la cobertura que brindan y las exigencias que involucran. Sin duda, las inquietudes que resultan más recurrentes obedecen a aquellas circunstancias en que la pérdida que se reclama aparenta ser de carácter operacional.

Palabras clave: actos de infidelidad de empleados, pólizas globales bancarias, pérdidas operacionales, cláusulas de infidelidad.

Palabras claves descriptor: áreas críticas entidades bancarias y financieras, pólizas globales bancarias, prueba de los actos de infidelidad de los empleados.

ABSTRACT

The different clauses of banking global policies are pretty similar as to the protection they grant beca use they are designed to cover money, precious metals, securities or documents in which the insured party has some sort of interest, either beca use such property are owned by it or because it has assumed their custody gratuitously or not or beca use of their being moved or mobilized or whilst they are located in premises used by the insured party to develop its activities.

In addition to the foregoing, losses resulting from checks, promissory notes or documents forgery or as a result of the receipt or exchange of forged foreign currency, as well as any damages caused to the premises, office furniture, safes, deposits, etc., during the perpetration of attacks or assaults.

However, the most notable difference is not usually found on the above-mentioned coverage but in the so-called unfaithfulness (infidelity) coverage of employees, addressed to cover or protect the corresponding banking or financial entity with respect to damages or losses resulting from acts committed by its own employees and with which its equity value is reduced. The coverage used in the market is of several types and it certainly has features that make them clearly differentiable among themselves due to the extension of coverage they have and the demands they present. Without question, the most frequent concerns are due to those circumstances in which the loss that is claimed appears to be an operational one.

Key words: infidelity of employees acts, banker's blanket Bonds, Trading losses, infidelity clauses.

Key words plus: Critical areas of banking and financial institutions, banker's blanket Bonds, evidence of employees' infidelity acts.

A. LA TRASCENDENCIA DEL AMPARO DE INFIDELIDAD

La importancia de una buena o de una deficiente cláusula de infidelidad bajo una póliza global bancaria, desde la perspectiva del asegurado, radica en que el riesgo de personal es una de las áreas críticas en cualquier entidad bancaria o financiera, junto con la aplicación de la tecnología en los distintos procesos que se cumplen al interior de la respectiva entidad.

Este aserto se comprueba en el sector financiero colombiano con las estadísticas que llevan las aseguradoras que se ocupan de esta línea de negocios, las cuales muestran que el riesgo informático y el de personal constituyen las principales causas de pérdidas.

B. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS ACTOS DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS

Como características propias de tales actos de infidelidad de empleados, se suelen destacar los siguientes: pueden revestir distintas modalidades encaminadas a obtener la sustracción de fondos o el desembolso fraudulento de fondos, además de ello, los casos de infidelidad de empleados suelen presentar un mayor grado de severidad porque usualmente se cometen en períodos más o menos prolongados, valiéndose de las deficiencias que acusen los procedimientos de auditoría.

Suelen prepararse durante años y por ello, presentan la mayor complejidad; y cuando alcanzan niveles de envergadura, ineludiblemente, resultan implicados equipos completos de trabajo y no es extraña la presencia de cómplices externos.

La motivación de un funcionario deshonesto puede oscilar entre la ambición y la venganza, el reto o la necesidad de más dinero por problemas de adicción al alcohol, drogas, juego, entre otros muchos factores. Sin duda, los expertos en seguridad bancaria han intentado encontrar un perfil que conduzca a mejorar los procedimientos de selección del personal y que permita con la debida antelación avizorar un comportamiento no solo desleal del funcionario sino dañoso a los intereses de su empleador.

Sin embargo, se ha constituido en una ardua tarea porque se han encontrado con empleados leales y trabajadores, cuya vinculación ha sido de muchos años y que han estado al acecho de circunstancias que les permitan cristalizar su cometido criminal o puede tratarse de empleados con un alto grado de compromiso y de profesionalismo que caen en las redes de organizaciones criminales.

El lugar común de las pérdidas por infidelidad es, en ocasiones, la ausencia o irregularidad de visitas de auditoría, porque no se realizan con la frecuencia que imponen las condiciones generales de las pólizas, o se limitan a una simple verificación de registros contables, en otras veces, porque aún llevándose a cabo los funcionarios de la entidad logran mimetizar las irregularidades en que han incurrido, incluso valiéndose del concurso de los mismos funcionarios de auditoría, quienes de esa manera se erigen en cómplices de las conductas defraudatorias.

De igual manera, se ha detectado que propician ese tipo de conductas la falta de segregación de funciones que permitan que sobre toda operación intervengan mínimo dos (2) funcionarios y que las claves de cajas fuertes y de bóvedas cumplan con ese requerimiento; así como la adopción de procedimientos claros y verificables de conciliación de cuentas. A ello obedecen precisamente algunas de las cláusulas de garantía que están contempladas en las pólizas globales bancarias como acontece frente a las de doble control y custodia conjunta.

La evidencia es que las auditorías de sistemas y de operaciones son muy necesarias, para que con base en muestreos se evalúe la vulnerabilidad de tales procedimientos y si, en verdad, se cumplen de manera adecuada en las distintas dependencias y oficinas de la entidad, como también si los mecanismos de verificación y control no han sido desvirtuados por el volumen de las operaciones, o por la agilidad que la clientela siempre demanda.

Característica descollante del acto de infidelidad, es que generalmente se presenta como una repetición de actos de la misma naturaleza durante un período determinado y que el Código Penal colombiano de 1936 tipificaba como **delito continuado** (artículo 32). El Código Penal de 1980, en su artículo 26, prefirió designar como **concurso de hechos punibles** y consagrar las modalidades de concurso ideal y concurso material¹. Por su parte, el nuevo

1 En efecto, el artículo 26 reza así: “Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto”.

Código Penal o Ley 599 de 2000, en el artículo 31 tipifica el **concurso de conductas punibles**.

Este tipo de conductas delictivas pueden generar responsabilidades de carácter infinito para los aseguradores y por esa razón, la práctica tan frecuente de los años ochenta de expedir los amparos con límites asegurados por pérdida y con una cláusula de restablecimiento automático que era propia de estas pólizas de seguro, comenzó a modificarse, por una nueva tendencia a emitir los amparos con límites asegurados de carácter agregado para la respectiva vigencia que hubiera sido contratada.

C. EXIGENCIAS PROPIAS DEL AMPARO DE INFIDELIDAD DE EMPLEADOS

Dicho amparo de infidelidad presenta unas condiciones comunes, pero igualmente en los distintos clausulados de pólizas globales bancarias, puede llegar a presentar diferencias que, aunque en apariencia, pudieran parecer sutiles, la verdad es que restringen o tornan de mayor complejidad la efectividad y operancia del amparo.

Esas sutilezas, por supuesto, se encuentran presentes, en las modalidades de obtención de la cobertura bajo las pólizas globales bancarias, conocidas como DHP-73, DHP-75, DHP-84 y KFA-81 y las cuales se examinan en más detalle enseguida.

La nota común a todos estos clausulados de infidelidad de empleados que acaban de mencionarse es que hace referencia a actos “deshonestos o fraudulentos” llevados a cabo por empleados del asegurado.

Expresión proviene de la forma americana No. 24 y fue incluida hacia 1936, comoquiera que la expresión inicialmente utilizada fue la de “*criminal acts*”, que literalmente y de manera impropia se traducía como actos criminales; pero se consideró que esa expresión daba una idea errónea del amparo, pues no se pretendía cubrir todos los actos de los empleados que ocasionaran un daño, comoquiera que este podía ser producto de impericia o negligencia del funcionario y que se consideraba que resultaban amparados bajo las pólizas de responsabilidad civil general.

Se optó por la expresión actos fraudulentos y deshonestos por estimar que expresaban de mejor manera la intención de la cobertura de brindar protección respecto de actos u omisiones voluntarias o deliberadas de los empleados tendientes a defraudar al asegurado.

Por lo expuesto, es que la expresión actos deshonestos y fraudulentos de los empleados se entiende que es comprensiva de conductas intencionales, de actos voluntarios, consistan en acción u omisión de estos y encaminados de manera clara y directa a causarle un perjuicio económico, un detrimento patrimonial al respectivo banco o entidad financiera. No se trata de una conducta que deba tener el calificativo de crimi-

nal o delictuosa, por cuanto basta que evidencie una falta de probidad, de integridad aunque no corresponda a una conducta tipificada en la ley penal.

En el mismo sentido, no porque la conducta cometida por el empleado sea punible significa que pueda ser materia de amparo, pues habrá de examinarse si las características o connotaciones de la misma no caen dentro de alguna de las hipótesis de exclusión previstas en la respectiva póliza.

De otro lado, el acto de infidelidad no se refiere exclusivamente a la pérdida de dinero y valores sino que se trata de cualquier bien que de acuerdo con la definición contenida en la póliza tenga el carácter de “bien asegurado”.

En consecuencia, la finalidad de este amparo se circunscribe a actos dolosos de empleados del asegurado, a conductas que pueden estar o no subsumidas en tipos penales, tales como: el denominado abuso de confianza por apropiación previsto en el art. 357 del Código Penal, la estafa y las modalidades del hurto (calificado y simple), y principalmente en los tipos previstos bajo los rótulos de delitos contra el patrimonio económico o contra la administración pública dependiendo de la naturaleza jurídica de la entidad asegurada, entre otros.

Ahora bien, para delimitar con más precisión este amparo, es menester hacer referencia a la definición de empleados que contiene el texto de la respectiva póliza. Por tales suele entenderse las personas vinculadas con el asegurado mediante contratos de trabajo y los estudiantes que realicen prácticas con la aquiescencia previa de aquel. En ocasiones la definición se extiende a las personas naturales o jurídicas vinculadas al asegurado por contratos de asesoría o de prestación de servicios en general².

Es posible igualmente extender la cobertura para amparar a los miembros de la junta directiva de la entidad asegurada mediante el anexo correspondiente (Director`s coverage Hanc 70), pero tal cobertura se limita a comportamientos dolosos de dichos directores mientras desarrollen o ejecuten actos propios de empleados del asegurado distintos de los inherentes al cumplimiento de las funciones adscritas por la ley o los estatutos de la junta directiva.

Ahora bien, a propósito de alguna circunstancia que pretendió hacerse efectiva bajo este tipo de amparos hace algunas décadas, conviene enfatizar que no pueden gozar del amparo las pérdidas que puedan provenir de actos realizados por empleados del asegurado, que se originen en instrucciones de los mismos accionistas de la respectiva entidad y que conduzcan a la insolvencia de la misma³.

2 Una estipulación usual en ese sentido tiene el texto siguiente: “La definición de empleados se extiende a incluir empleados de firmas especializadas mientras se encuentren bajo la supervisión y control del asegurado”.

3 A este respecto resultan pertinentes estas consideraciones del profesor EFRÉN OSSA GÓMEZ: “El suceso incierto no es riesgo si su realización depende de la voluntad exclusiva del tomador, asegurado o beneficiario. Vale decir que en cuanto la sola voluntad de una de

Dentro de los beneficios que presentan este tipo de pólizas respecto de la protección contra el riesgo de personal, se encuentra que durante la vigencia de la póliza existe automaticidad respecto de nuevos empleados y por lo tanto, no es necesario reportar a la aseguradora las renunciaciones, retiros o nuevas vinculaciones de funcionarios, a menos que el aumento en la nómina provenga de fusiones o adquisiciones, pues para tal efecto, la póliza contempla una estipulación sobre el procedimiento que debe surtirse en ese caso.

Por consiguiente, quedan excluidos los comportamientos dañosos en que incurran los empleados del asegurado por impericia, error o negligencia. Estos vienen a ser objeto específico de coberturas como las de errores y omisiones y responsabilidad profesional.

Sin embargo, es preciso destacar que esta exclusión se suele interpretar de forma flexible cuando los hechos son de tal naturaleza, según las pruebas aducidas o los indicios comprobados, que permiten colegir que no se trató de un error o de una omisión inocente, porque el proceder habilidoso del funcionario o funcionarios implicados no hubiera resultado exitoso sin el error o la omisión materia de análisis.

A esto obedece también que las pólizas bancarias no contemplen una exclusión expresa sobre errores u omisiones del asegurado o sus dependientes, y que la exclusión P del clausulado DHP 84 se refiera a *“daños de cualquier tipo por los cuales sea el asegurado legalmente responsable, excepto cuando se trata de daños compensatorios directos provenientes de una pérdida cubierta por la póliza”*. Es que las pérdidas que sufren los bancos pueden conllevar algún grado de error humano, porque el empleado ha debido confrontar la tarjeta de firmas, o solicitar la autorización de un funcionario de mayor rango, o porque el guarda ha debido reportar fallas en el sistema de alarma, etc. Esto lo reconoce la estipulación de la póliza americana No. 24 en la estipulación relativa a *“limit of liability- non accumulation of liability”* literales b) y c) y en cierta forma el clausulado de Lloyd´s.

estas personas, si es que las tres calidades no se reúnen en una misma, pueda provocar el evento asegurado, este no constituye riesgo por defecto de incertidumbre. Y que si, supuesta la pluralidad potencial de causas, lo provoca efectivamente, el siniestro no puede considerarse cubierto por el seguro.

“No es concebible el seguro sobre un evento cuya realización dependa de la sola voluntad del interesado. Y en todo caso carece de viabilidad jurídica. No solo es concebible, en cambio, sino normal que el evento asegurado pueda sobrevenir como consecuencia de múltiples causas, todas ellas fortuitas a la luz de la nueva estructura del riesgo asegurable. Por lo cual más vale pensar en la causa excluida del seguro, que en la no asegurable. Por eso preferimos concluir que el suceso imputable a la voluntad exclusiva de las personas en mención no hace nacer la obligación del asegurador”. (*“Teoría general del seguro - El contrato”*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1991, pág. 99).

D. LA EXCLUSIÓN DE 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 la cobertura **si provienen de actos deshonestos de empleados del asegurado, ejecutados con la finalidad manifiesta de lucrarse y siempre que el beneficio pecuniario no consista en salarios, comisiones, honorarios, promociones o cualquier tipo de emolumento de naturaleza similar.**

Esta última aclaración aparece en la mayoría de las pólizas globales bancarias dentro del cuerpo del amparo de infidelidad o en el anexo de exclusión de pérdidas operacionales o **trading loss exclusión rider** como se conoce en el mercado de Londres⁴.

Respecto de las pérdidas que no son materia de protección bajo el amparo, es preciso destacar que la forma americana No. 24 suele complementarse con algunas exclusiones que enfatizan en que el amparo no comprende pérdidas consecuenciales, las cuales se introdujeron en 1976 a través del endoso conocido como SR-6019⁵.

Por manera que, en virtud de esas estipulaciones se excluyen de la cobertura: los ingresos potenciales, ya revistan la forma de dividendos o de intereses, o de cualquier otro tipo de remuneración y que no hubieran podido ser obtenidos por el asegurado como consecuencia de una pérdida amparada por la póliza; los daños por los cuales pueda ser responsable el asegurado con la sola excepción de los daños compensatorios directos que se deriven de una pérdida amparada y, todo tipo de emolumentos, honorarios, y otros gastos incurridos por el asegurado con el propósito de formular y sustentar una reclamación bajo la póliza.

Es claro que en Colombia no se requiere una estipulación semejante, comoquiera que el artículo 1088 del Estatuto Mercantil es categórico en que el lucro cesante requiere de pacto expreso y el artículo 1077 le impone al asegurado la obligación de acreditar el siniestro y la cuantía del mismo. Por lo tanto, las consecuencias de carácter pecuniario que le acarrea el cumplimiento de esa obligación son también de su cargo.

4 En algunas pólizas se contempla una exclusión sobre pérdidas operacionales como ocurre con la exclusión J de la DHP - 84; sin embargo, resultan útiles estas apreciaciones: "The financial institution bond does not cover loss resulting directly or indirectly from trading with or without the knowledge of the insured, except when covered under the forgery or alteration, or securities insuring agreements of the bond". (ARMSTRONG, EDGAR y STEVENS, MARK, "Digest of Bank Insurance", sixth edition, Insurance and Protection Division, American Bankers Association, Washington, 1977, pág. 11).

5 "Digest of Bank Insurance", third edition, Insurance and Protection Division, American Bankers Association, Washington, 1991, pág. 108.

En materia de pérdidas operacionales son bien conocidos los casos en que se han visto involucrados diversas entidades, tales como: Societé Générale (2007), Barings Bank (1995), Daiwa Bank (1995), Sumitomo (1996) entre otros, en los cuales, se realizaron principalmente operaciones de futuros no autorizadas y por lo tanto, para que una pérdida de este tipo sea objeto de la cobertura de infidelidad de empleados será preciso acreditar que **las directivas de la respectiva entidad no fueron conoedoras de tales actuaciones, por cuanto de haber sido conocidas y toleradas a pesar de su nivel de riesgo, no podrían ser consideradas como actos deshonestos o fraudulentos de los empleados.**

E. ¿CUÁNDO UNA PÉRDIDA DE UNA OPERACIÓN COMERCIAL DEJA DE SER OPERACIONAL?

En consecuencia, respecto de los casos anteriormente reseñados, solo se trataría de pérdidas que afectan el amparo de infidelidad de empleados, aunque tengan primeramente el carácter de operacionales, si eran desconocidas para la entidad financiera, a pesar de haber actuado de manera diligente y de contar con mecanismos de verificación idóneos, pues, aunque el funcionario o los funcionarios exceden los límites de negociación autorizados, el respectivo empleado oculta esa circunstancia a través de la alteración de registros internos del banco, o en virtud de la introducción de transacciones falsas o ficticias en los programas de sistemas que registran y conservan los datos relativos a las mismas, todo ello con el propósito de ocultarlas y de evadir los controles de la entidad encaminados a monitorearlas, vale decir, logra su cometido a través de la manipulación de los sistemas de la misma entidad.

Sin lugar a duda, el amparo de infidelidad es uno de los más trascendentales de la póliza, pero desde luego ofrece gran complejidad frente a un reclamo específico, fundamentalmente porque distinguir entre lo que es una pérdida operacional y una de aquellas que normalmente se cubren con la póliza casi siempre resulta extremadamente difícil.

Para llegar a una u otra conclusión es menester tomar en cuenta las circunstancias que rodearon o determinaron la pérdida reclamada.

Son muy frecuentes los casos en que un empleado desatiende los manuales de procedimiento para la concesión de créditos y como consecuencia de la omisión, verbigracia, la ausencia de estados financieros completos del cliente, o la falta de análisis de su situación económica y financiera, el deudor no satisface el préstamo. Como es obvio, la pérdida sobreviniente no será indemnizable con base en la póliza.

Algo distinto sucedería si el empleado, en complicidad con el supuesto deudor, pretende o logra defraudar al asegurado y tales circunstancias son comprobadas de modo fehaciente.

Claro que las dificultades no se reducen a los aspectos anteriores, pues la complejidad del amparo de infidelidad se patentiza en el plano probatorio, en virtud del principio *actori incumbit probatio*, que reitera para el contrato de seguro el artículo 1077 del estatuto mercantil. El asegurado debe llevar a la aseguradora o al juzgador al convencimiento de que existió un acto deshonesto o fraudulento de uno o más empleados del asegurado y los medios probatorios escogidos han de ser pertinentes, conducentes y efectivos para alcanzar ese objetivo.

F. LAS MODALIDADES DE CLÁUSULAS DE INFIDELIDAD

En este sentido, resulta de la mayor importancia el tipo de cobertura de infidelidad que se hubiere contratado, es decir, el tipo de exigencias que esta contenga para que pueda resultar afectada y por lo tanto, entre en operación en auxilio de la respectiva entidad bancaria o financiera.

1. La versión DHP - 73 de la cláusula de infidelidad

Esta se encontraba expresada en los siguientes términos: *Pérdidas que provengan única y directamente de cualquier acto intencional o doloso de cualquiera de los empleados del asegurado, cometido solos o en complicidad o asocio de terceros.*

Como puede apreciarse se trataba de una cláusula de amparo redactada en términos bastante amplios por cuanto se exigía que el detrimento patrimonial reclamado por la respectiva entidad asegurada fuera consecuencia de un acto intencional, doloso o deliberado de parte del respectivo empleado, sin necesidad de acreditar ningún otro elemento o exigencia.

Por esa misma razón, es una estipulación que no se encuentra frecuentemente en los clausulados de las pólizas bancarias y en verdad, cuando se le encuentra corresponde a una póliza de mucha antigüedad y con un buen registro siniestral para los reaseguradores de este tipo de productos.

2. La versión DHP - 75 de la cláusula de infidelidad

Como desde su misma concepción el amparo no está destinado a cubrir pérdidas operacionales, esa es la razón de las aclaraciones que aparecieron en algunas versiones posteriores, como aconteció con la versión DHP - 75 en la cual se le adicionó la exigencia de la comprobación del beneficio personal indebido (*improper personal gain*), bajo un primer párrafo y en los siguientes términos: *Pérdidas que provengan única y directamente de cualquier acto deshonesto o fraudulento de los empleados del asegurado, cometidos con el propósito de obtener un beneficio pecuniario indebido para sí, donde quiera que sean cometidos, solos o en complicidad o asocio de terceros.*

De otro lado, el amparo fue complementado con un párrafo adicional que fue expresado en los siguientes términos: *“Los salarios, honorarios, prestaciones y cualquier*

otra clase de emolumentos, incluyendo aumentos de salarios y promociones, no se considerarán como beneficio pecuniario indebido para los efectos otorgados bajo este numeral”, con lo cual se pretendía dejar en claro que para efectos de la cobertura no constituía esa ganancia personal indebida el hecho que el empleado en virtud de su desempeño sobresaliente, obtuviera incrementos salariales, bonos o cualquier otra compensación de carácter laboral, sino que dicho beneficio no debía guardar relación alguna con el esquema de remuneración que tuviera pactado con su empleador.

En consecuencia, bajo esta nueva modalidad de amparo, para que un acto fuera considerado constitutivo de infidelidad al tenor de la póliza, se requería, que la pérdida originada por el empleado fuera producto de un acto deshonesto o fraudulento cometido por el empleado mismo o en complicidad con terceros y que este lo hubiera cometido con el deliberado propósito de ocasionarle una pérdida económica al asegurado y para obtener un beneficio pecuniario para él mismo o para un tercero.

Pero se pretendió también hacer claridad, que ese beneficio pecuniario que exigía la póliza, no incluía las ventajas o estipendios de carácter salarial o laboral del empleado en cuestión y que obtuviera como consecuencia de la ejecución de la relación laboral, como acontecía con salarios, comisiones, honorarios, bonos, promociones, reconocimientos, participación de beneficios o pensiones.

Es así como desde esa época se ha entendido que un acto deshonesto de un empleado es recuperable bajo la póliza, cuando el empleado lo ha cometido con la intención manifiesta o el propósito deliberado de obtener un beneficio económico como consecuencia de ello para sí.

Esa exigencia de la “intención manifiesta” se ha dicho que obedeció al deseo de enfatizar que los actos de los empleados que eran materia de cobertura no era cualquier clase de acto, ya fuera descuidado, negligente, producto de un error, de ignorancia, falta de conocimiento o carente de idoneidad, sino que debía tratarse de un acto premeditado y dirigido a obtener un beneficio al empleado mismo o un tercero que este mismo también seleccionaba.

De manera que, desde esa época lo que se ha pretendido es dejar sentado que las negociaciones con valores o divisas o las diversas modalidades de concesión de créditos solo gozan de la cobertura **si provienen de actos deshonestos de empleados del asegurado, ejecutados con la finalidad manifiesta de lucrarse ellos mismos o de propiciar el lucro por parte de un tercero** y, siempre que el beneficio pecuniario no consista en salarios, comisiones, honorarios, promociones o cualquier otro emolumento de naturaleza similar.

Esta aclaración comenzó a aparecer en la mayoría de pólizas bancarias, hacia mediados de la década de los setenta y cuando la cobertura se otorgaba con base en la DHP 73 se complementaba con el denominado trading loss exclusión rider y que vino a convertirse posteriormente en la exclusión J de la versión DHP- 84 y que

pretendía dejar de lado las pérdidas de carácter comercial, pero en la cual no había existido propósito defraudatorio alguno.

Dicho anexo surgió como una reacción a la DHP 75 que se consideraba muy exigente o si se quiere restrictiva, y por lo mismo, poco competitiva.

3. La cláusula de infidelidad - versión DHP - 84

De manera que las versiones redactadas previamente por el señor DEREK H. PALMER (q.e.p.d.) en 1973 y en 1975, fueron materia de una nueva revisión con el ánimo de producir una versión que resultara más competitiva para la primera mitad de la década de los ochenta y fue así como surgió el denominado clausulado DHP 84 que guarda bastante proximidad con las versiones anteriores DHP y tuvo en cuenta también el clausulado que para este tipo de productos suscribían para la época los sindicatos de Lloyd's, producto que para entonces se había convertido en un competidor de peso a pesar de las múltiples restricciones que contenía en diversas estipulaciones y que se distinguía con el formato LPO 218.

En la versión DHP 84, la cláusula de infidelidad quedó redactada de la siguiente manera:

“Como consecuencia de pérdidas que resulten directamente de actos deshonestos o fraudulentos por parte de los empleados del asegurado cometidos solos o en colusión con otros con la intención manifiesta de hacer que el asegurado sufra dicha pérdida”.

De manera que esta nueva versión se ubica en un terreno más próximo a la versión original de la DHP, vale decir, a la de 1973 y, como puede apreciarse, la operancia del amparo presupone maniobras que produzcan una pérdida al asegurado, sea que los cometan los empleados por sí mismos o con el concurso de terceros y además, en lo cual se diferencia de la versión DHP 73, con la intención manifiesta de que el asegurado sufra dicha pérdida.

Con esta última exigencia lo que se pretendía dejar en claro era que el acto no debía ser un simple error u omisión, una inadvertencia, sino un acto deliberado, aunque tuviera el aparente ropaje de un error o una omisión.

Esta exigencia lo que viene a poner de relieve es que debe tratarse de un acto deliberado, un acto voluntario encaminado directa o reflexivamente a ocasionarle un detrimento patrimonial al respectivo banco, pero sin que sea necesario acreditar que ese detrimento representa un beneficio correlativo para el empleado implicado.

Ese elemento o esa exigencia de que el acto sea intencional, ha sido materia de amplios debates por cuanto es evidente que se trata de un elemento que hace parte del fuero interno de la persona y respecto del cual, es prácticamente imposible que pueda lograrse una

evidencia o una prueba directa, a menos que el empleado defraudador así lo reconozca o se lo haga saber a personas allegadas.

Por lo tanto, ese elemento intencional o volitivo debe acreditarse a través de la prueba indirecta y particularmente, de indicios que permitan inferir esa intención o con la simple prueba que la conducta del empleado en efecto, ocasionó una pérdida a la entidad asegurada.

De no darse cabida a ese medio probatorio, sería pretender por voluntad de las partes del contrato de seguro restringir la libertad en los medios de prueba y dar el carácter de irrefutable tan solo a ciertos medios probatorios, lo que jurídicamente resulta controvertible y contrario al ordenamiento positivo.

Lo que ha acontecido en la praxis es que cuando existe evidencia suficiente que los empleados de la respectiva entidad desconocieron o violaron flagrantemente normas o regulaciones aplicables a la operación utilizada como medio para consumir el propósito defraudatorio, se pone en evidencia la exigencia de “intención manifiesta” que se exige respecto del comportamiento de los empleados del asegurado.

Postura que resulta consecuente con la imposibilidad de obtener una prueba directa respecto de tal exigencia, por tratarse de un elemento que hace parte del fuero interno de la persona y que por lo mismo, lo que se persigue es determinar la manera como esa intención se ve reflejada, o si se quiere, se materializa en la conducta ilegítima desplegada.

Es también, una manifestación del deber de cooperación que debe existir entre las partes en el curso de la ejecución de un contrato, para que la finalidad perseguida se alcance y que, en el contrato de seguro, no es otra cosa, que la protección resulte efectiva ante un detrimento patrimonial que resulta claramente ocasionado por el proceder ilegítimo de funcionarios de la entidad asegurada, habida cuenta que como consecuencia de los deberes accesorios de conducta que impone la observancia del postulado de la buena fe en el curso de una relación negocial, a las partes les está vedado hacer más gravosa la situación de la otra parte, con el ánimo de eludir la satisfacción de los compromisos previamente adquiridos o de las prestaciones prometidas.

4. La exclusión J de la versión DHP - 84

Esta exclusión se presenta usualmente en los siguientes términos:

“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 qué debe el asegurado sobre cualquier cuenta a un cliente real o ficticio, y no obstante cualquier acto u omisión por parte de cualquier empleado en relación con cualquier cuenta relacionado con tal negocio, endeudamiento o saldo”.

Lo que persigue esta exclusión es colocar por fuera de la cobertura las pérdidas meramente operacionales, es decir, aquellas provenientes de un error de juicio y en las cuales no ha existido el propósito del empleado de defraudar o de inferir daño al asegurado; para que deje de ser una pérdida operacional o de carácter puramente comercial debe acreditarse que el empleado actuó de manera fraudulenta, vale decir, pretendió irrogarle una pérdida al banco y al mismo tiempo lo que persiguió fue obtener una ventaja económica para él mismo o para un tercero.

Por lo expuesto, el texto correspondiente a la cobertura de infidelidad debe examinarse con sumo cuidado y por ello, en ocasiones, ante la complejidad que en la práctica conllevan los reclamos por infidelidad de empleados, resulta aconsejable un texto como el de la DHP - 84, aunque se contemple la denominada exclusión J de pérdidas operacionales, por cuanto **una pérdida deja de ser operacional cuando se acredita que el empleado se valió de artificios o artimañas para ocultar un acto o una negociación con la cual excedió el límite de sus facultades y con la cual ocasionó un detrimento económico o patrimonial a la entidad.**

Vale la pena anotar que este tipo de pérdidas, han despertado la inquietud de banqueros y aseguradores y con el ánimo de evitar discusiones cuando se presenten este tipo de circunstancias, en los Estados Unidos de América se viene desarrollando y utilizando una cobertura complementaria denominada “unauthorized trading” y en virtud de la cual se amparan las pérdidas provenientes de operaciones no autorizadas realizadas por empleados del asegurado, entendiéndose por operaciones no autorizadas aquellas producto de un acto intencional o deliberado que excede los límites autorizados y que se registra de una manera errónea o falsa con el ánimo de mantenerla oculta.

5. La cláusula de infidelidad KFA - 81

Bajo esta modalidad de amparo, se establece como materia de cobertura toda *“Pérdida que resulte 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 una ganancia económica para ellos mismos, cometidos en cualquier momento y donde quiera que sean cometidos y ya sea que los cometiera solo o en concurso con otros, incluyendo pérdida de bienes a través de cualquiera de tales actos por parte de empleados.*

Sin duda, este aparte del amparo no presenta mayores diferencias respecto de los demás clausulados de infidelidad hasta ahora analizados.

Sin embargo, la cobertura contempla un párrafo adicional que reza así: *“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 el cual resulte en un provecho indebido para ellos mismos distinto de salarios, honorarios, comisiones, promociones y otros emolumentos similares”.*

Como puede apreciarse, este tipo de cláusula de infidelidad de la KFA - 81 exige que respecto de operaciones comerciales que involucren divisas, préstamos o cualesquiera modalidad de crédito deba acreditarse o comprobarse la **intención manifiesta y una ganancia indebida para el empleado mismo** o en beneficio de terceros (*animus lucri faciendi*), lo cual se erige en un requisito adicional que ha de ser acreditado por el asegurado para que proceda el pago de la indemnización, lo cual no siempre resulta fácil, porque los dineros o el producido del ilícito resulta camuflado de tal forma que es imposible demostrar tal aprovechamiento por parte del empleado a quien se le imputa el acto de infidelidad y, con lo cual, se pone de manifiesto que la cobertura resulta ser claramente restrictiva, por cuanto no basta que se acredite que el provecho económico sea reportado u obtenido por terceros.

G. CONCLUSIONES

Por lo expuesto resulta claramente desventajosa una cláusula KFA 81 respecto de un clausulado de infidelidad DHP - 84 con exclusión "j". Así mismo, es evidente que resulta aún más benéfico un clausulado DHP - 73 con exclusión J, frente a una versión KFA81 ó a un amparo basado en la DHP - 84 con exclusión J.

De manera que, no es cierto, como lo aseveran algunos de forma ingeniosa, pero claramente con ligereza y de forma errónea, que bajo las distintas cláusulas de infidelidad se presentan diferencias más de forma que de fondo, pues quienes así opinan olvidan que bajo la cláusula de infidelidad de la DHP - 84, la pérdida resultante para el asegurado de actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados, ya sean cometidos por estos solos o en complicidad con terceros, requiere que se acredite que la intención de tal empleado fue la de causarle dicha pérdida, lo cual se demuestra con la pérdida misma.

Igualmente, olvidan que la exclusión J excluye las operaciones comerciales, las cuales ciertamente no se encuentran definidas en ninguna de las versiones de las pólizas bancarias, pero es claro que son aquellas resultantes de las operaciones normales de una entidad financiera, o si se quiere, aquellas que están comprendidas en el giro ordinario de sus negocios; lo que acontece es que una pérdida deja de ser comercial u operacional y se erige en una de infidelidad, cuando las operaciones en cuestión son desarrolladas con el propósito de defraudar a la respectiva entidad y para que opere la cobertura tan solo se requeriría la demostración de la pérdida para la respectiva entidad asegurada.

Si bien es cierto que la misma finalidad cumple la versión KFA - 81, lo hace de una forma mucho más gravosa para el asegurado, comoquiera que respecto de las pérdidas operacionales *"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 el cual resulte en un provecho indebido para ellos mismos distinto de salarios, honorarios, comisiones, promociones y otros emolumentos similares"*.

En otras palabras, además de la demostración de la pérdida sufrida por la entidad asegurada, debe acreditarse el provecho indebido obtenido por los empleados.

Por último, además de las consideraciones anteriores sobre la real extensión, el significado del amparo y las dificultades de carácter probatorio que en la praxis entraña el clausulado de infidelidad de la KFA - 81, es tan claro que esta última cobertura resulta tan restrictiva que se refleja en el precio de la misma, vale decir, suele ser inferior al que se establece para el amparo de infidelidad de la versión DHP-84 con exclusión "j", lo cual obedece a que ese menor precio es consecuente con la menor protección de la KFA - 81.

BIBLIOGRAFÍA

- Laudo de 11 de octubre de 2001 de Andino Capital Markets S.A. Comisionista de Bolsa (en liquidación) vs. La Interamericana Compañía de Seguros S.A.
- Laudo de Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. En liquidación vs. Aseguradora Colseguros S.A. de 30 de agosto de 2002.
- Laudo arbitral de septiembre 17 de 1974. Banco de Bogotá contra Seguros Comerciales Bolívar y otras.
- Laudo de 22 de abril de 1997. Banco de la República vs. Compañía Suramericana de Seguros S.A. y otras.
- ARMSTRONG, EDGAR W. AND STEVENS, MARK P., *"Digest of Bank insurance"*, Sixth edition, American Bankers Association, Washington, 1991.
- BOTERO, BERNARDO, "El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario", *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, n° 33, julio-diciembre de 2010, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 77-106.
- NARVÁEZ BONNET, JORGE EDUARDO (2004), "El contrato de seguro en el sector financiero". Ediciones Librería del Profesional, Bogotá.