

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”

Contra

ALLIANZ SEGUROS S.A.

Bogotá, D.C. 11 de octubre de 2023

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Surtida la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”**, de una parte, (en adelante COOGRANADA, o la Demandante o la Convocante) y **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, de la otra, (en adelante ALLIANZ, o la Demandada, o la Convocada), previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

ALLIANZ SEGUROS S.A., como aseguradora, y **COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA COOGRANADA**, en calidad de tomador, suscribieron el Contrato de Seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, cuya última vigencia está comprendida entre el 20 de marzo de 2021 y el 19 de marzo de 2022.¹

2. EI PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral, invocado en la demanda por la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA” se encuentra en la cláusula contenida en el numeral 7.11 de las condiciones generales del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, con vigencia entre el 29 de marzo de 2021 y el 19 de marzo de 2022:

“7.11. CLAUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas:

“El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.

“El tribunal decidirá en derecho.”

¹ Expediente, 02_PRUEBAS, documento 002_Poliza_DO_21_22.

3. PARTES PROCESALES

3.1. PARTE DEMANDANTE

COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, entidad de economía solidaria, domiciliada en Granada e identificada con NIT 890981912-1, constituida mediante providencia administrativa del 14 de enero de 1997 de la DANCOOP, registrada en la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia bajo el número 81 del libro I del registro de entidades sin ánimo de lucro el 10 de febrero de 1997, y representada legalmente por **ADRIÁN FRANCISCO DUQUE HERRERA**, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.631.310, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.²

3.2. PARTE DEMANDADA

ALLIANZ SEGUROS S.A., compañía de seguros identificada con NIT 860026185-5 y con domicilio en Bogotá D.C., constituida mediante escritura pública No. 4204 del 01 de septiembre de 1969 de la Notaria 10 de Bogotá D.C., y representada legalmente por **CARLOS ANDRÉS VARGAS VARGAS**, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 79.687.849 de Bogotá, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.³

4. ETAPA INICIAL

- El día veintiocho (28) de julio de dos mil veintidós (2022), la Convocante, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.⁴
- El día veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022), se llevó a cabo la reunión de designación de árbitros. De común acuerdo, los apoderados designaron como árbitros a los doctores ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, JORGE GABINO PINZÓN SÁNCHEZ y NICOLÁS URIBE LOZADA. En esta misma fecha, el Centro de Arbitraje les informó de su designación.⁵
- El día treinta (30) de agosto de dos mil veintidós (2022), los doctores JORGE GABINO PINZÓN SÁNCHEZ y NICOLÁS URIBE LOZADA aceptaron su designación y cumplieron con el deber de información de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, y posterior a esto, el primero (01) de septiembre de dos mil veintidós (2022) el doctor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ aceptó su designación y cumplió con el deber de información. El

² Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 005_Certificado_existencia_y_representación_legal_Cooogranada.

³ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento Solicitud_Convocada_coadyuva_conciliación_y_CERL_RL_20221202.

⁴ Expediente, 01 PRINCIPAL, documento 006_soporte_pago_conciliaciones_y_arbitrajes_jul_28_22.

⁵ Expediente, 01 PRINCIPAL, documento 017_Informe_reunion_designacion_20220826.

Centro de Arbitraje puso en conocimiento de las partes cada uno de los escritos presentados y no se recibió manifestación alguna al respecto.⁶

- El día veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal se instaló. En esa oportunidad, se designó como secretaria a la doctora LAURA MARCELA RUEDA ORDOÑEZ y mediante Auto No. 2 se inadmitió la demanda para que en el término de cinco (5) días hábiles se subsanaran los defectos identificados.⁷
- El día veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022) el apoderado de la Convocante presentó escrito de subsanación de la demanda.⁸
- El doce (12) de octubre de dos mil veintidós (2022), el Tribunal tuvo por subsanada la demanda arbitral presentada por la Convocante y ordenó correr traslado de esta por el término de veinte (20) días hábiles a ALLIANZ SEGUROS S.A.⁹
- El día quince (15) de noviembre de dos mil veintidós (2022), dentro del término establecido en la ley, el apoderado de la Convocada contestó la demanda, presentó excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó pruebas.¹⁰
- El dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022), mediante Auto No. 4, se tuvo por contestada la demanda arbitral y se corrió traslado a la Convocante de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito formuladas por la Convocada por el término de cinco (5) días.¹¹
- El día veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022), el apoderado de la Convocante recorrió el traslado de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito, solicitó el decreto y la práctica de pruebas, y aportó otras.¹²
- El día treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), mediante Auto No. 5, el Tribunal fijó fecha y hora para la audiencia de honorarios y gastos del

⁶ Expediente, 01_PRINCIPAL, documentos: 019_Formato Deber de Información - 137; 020_Comunicación_enviada_traslado_partes artículo 2.27_Jorge_Gabino; 021_Deber de Información arbitraje nacional Nicolás Uribe; 023_Formato Deber de Información arbitraje nacional Arturo Solarte Caso 137837; 024_Comunicación_enviada_traslado_partes artículo 2.27_Arturo_Solarte.

⁷ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 026_Instalación_20220926.

⁸ Expediente, 01_PRINCIPAL, documentos:

035_MEMORIAL_SUBSANACIÓN_DEMANDA_ARBITRAL_20220929;

036_DEMANDA_ARBITRAL_INTEGRADA_COOGRANADA_ALLIANZ_20220929.

⁹ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 038_ACTA_3_Auto_3_admisión_demanda_20221012.

¹⁰ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento: 042_Correo_Convocada_remite_contestación_demanda_20221115; 043_CONTESTACIÓN_DEMANDA_ALLIANZ_SEGUROS_SA_20221115.

¹¹ Expediente, 01_PRINCIPAL, documentos:

044_ACTA_4_AUTO_4_Traslado_objeción_juramento_estimatorio_20221118;

045_Correo_notificación_ACTA_4_Auto_4_20221118.

¹² Expediente, 01_PRINCIPAL, documento

047_Correo_y_pronunciamiento_excepciones_y_objeción_juramento_estimatorio_20221123.

Tribunal, la que se programó para el cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022).¹³

- El primero (01) de diciembre de dos mil veintidós (2022), el apoderado de la Convocante solicitó que se realizara audiencia de conciliación, solicitud que fue coadyuvada por el apoderado de la parte Convocada.¹⁴
- El día cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022), por medio de Auto No. 6 el Tribunal reconoció personería a la doctora DIANA FERNANDA ARIZA SÁNCHEZ para actuar como apoderada sustituta de la Convocada. En esa misma fecha, se llevó a cabo la audiencia de conciliación solicitada por las partes, la cual fue suspendida mediante Auto No. 7.¹⁵
- El día trece (13) de enero de dos mil veintitrés (2023) tuvo lugar la continuación de la audiencia de conciliación, en la cual las partes no lograron llegar a un acuerdo. Por lo anterior, el Tribunal procedió a fijar las sumas por concepto de honorarios del Tribunal y de la secretaria, pago que fue realizado en la oportunidad prevista en la norma.¹⁶

II. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. DEMANDA PRINCIPAL

1.1. HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL

A continuación, se presenta una síntesis de los hechos presentados por la Convocante:

- La COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA. “COOGRANADA”, entidad sin ánimo de lucro, tiene como objeto *“la organización y ejercicio de la actividad financiera de manera exclusiva con las personas asociadas, a partir del fomento del ahorro para la captación de depósitos, el servicio de crédito y los servicios complementarios que contribuyan al mejoramiento integral de las condiciones de vida de la comunidad a la cual sirve”*.
- En reunión del 22 de abril de 2000 (acta 557), COOGRANADA encargó a los señores GONZALO SALAZAR GIRALDO, GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ, quienes obraban como miembros del Consejo de Administración, analizar la documentación atinente al cambio de garantía y aumento de crédito de los asociados HUMBERTO DE JESÚS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZÁBAL, GILDARDO DE JESÚS OSSA ZULUAGA y la sociedad INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. en C.S.; y el 27 de mayo de 2000 (acta 558),

¹³ Expediente, 01_PRINCIPAL, documentos: 048_Acta_5_Auto_5_fija_fecha_honorarios_20221130; 049_Correo_notifica_Acta5_20221130.

¹⁴ Expediente, 01_PRINCIPAL, documentos 050_Memorial_Convocante_solicita_conciliación_20221201 y 052_Solicitud_Convocada_coadyuva_conciliación_y_CERL_RL_20221202.

¹⁵ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 053_ACTA_6_Autos_6_y_7_20221205.

¹⁶ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 056_Acta_7_Autos_8_y_9_20230113.

dicha comisión informó que luego del estudio de la documentación del terreno ofrecido en garantía, este se encontraba “sano y libre de todo proceso judicial”.

- COOGRANADA indica que los señalados miembros del Consejo de Administración no obraron como un *buen hombre de negocios*, pues al aceptar como una garantía idónea el inmueble omitieron evaluar o solicitar diligentemente documentos tales como el “*certificado de libertad, ficha catastral, planos, avalúo y no realizar inspección física al bien*”.
- COOGRANADA relata que el seis (6) de junio del dos mil (2000) se constituyó hipoteca sobre el inmueble ubicado en el municipio de Bello e identificado con matrícula inmobiliaria 01N-51358817, el cual estaba en comunidad y presentaba vicios de individualización, linderos y ubicación.
- La Convocante indica que, por el incumplimiento de los deudores, se instauró proceso ejecutivo ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín con No. de radicado 2002-0371, en contra de HUMBERTO DE JESÚS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, GILDARDO DE JESÚS OSSA ZULUAGA y la sociedad INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. en C.S., proceso en el que se practicó una medida cautelar en el inmueble objeto de la garantía anteriormente reseñada, la cual, por vicios en la individualización del bien raíz, afectó un proyecto de construcción de viviendas.
- El señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ BOTERO y otros demandaron a COOGRANADA en proceso ordinario de responsabilidad civil, en el cual se dictó sentencia el catorce (14) de octubre de dos mil once (2011) y se condenó a COOGRANADA a pagar la suma de \$899.024.184 más costas por el valor de \$89.902.418. La sentencia fue confirmada parcialmente por el Tribunal Superior de Antioquia, el 17 de julio de 2012 y se modificó el numeral 5°, ordenando pagar la suma de \$800.548.00 más costas por un valor de \$10.000.000. Posteriormente, el 16 de agosto del 2017, luego de instaurada la demanda de casación, se profirió sentencia por la Corte Suprema de Justicia, en la que se decidió no casar la sentencia y se condenó en costas por un valor de \$6.000.000. Frente a dicho fallo la Convocante interpuso recurso de revisión ante la Corte Suprema de Justicia, que rechazó la demanda por medio de autos del 24 de abril del 2019 y del 25 de enero del 2021.
- Relata la Convocante que el señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ BOTERO y otros instauraron proceso ejecutivo en contra de COOGRANADA ante el Juzgado Civil del Circuito de Santuario, en el cual se libró mandamiento de pago el 26 de enero de 2012 por un valor de \$988.926.602 y se exigió el pago de los intereses legales. Señala además que, mediante auto del 19 de julio de 2018, el Juzgado Civil del Circuito de Santuario agregó al mandamiento de pago los siguientes valores:
 - \$252.218.000 de capital, más intereses legales desde el 28 de agosto del 2017.
 - \$548.330.000 de capital, más intereses legales desde el 28 de agosto del 2017.
 - \$105.910.518 por costas y agencias en derecho desde el 21 de febrero de 2018.

- Agrega que el 30 de agosto de 2018 se modificó el auto del 19 de julio de 2018 en razón a la indexación de los \$548.330.000, ordenando pagarla desde julio de 2005.
- Indica que el 24 de octubre de 2018, el Juzgado Civil del Circuito de Santuario estableció la liquidación total del crédito y las costas por un total de \$1.355.682.841, el cual fue reliquidado en un monto de \$1.376.593.126.
- COOGRANADA señala que, el 28 de septiembre de 2021, radicó requerimiento de reclamación a los señores GONZALO SALAZAR GIRALDO, GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ. Posteriormente, acaecido el fallecimiento del señor GONZALO SALAZAR GIRALDO, se autorizó el 21 de mayo de 2023, mediante decisión del máximo órgano de la Cooperativa, instaurar acción social en contra de los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ, la que se tramitó por el Juzgado Civil Laboral del Circuito de Santuario.
- COOGRANADA señala que suscribió con ALLIANZ un seguro de responsabilidad civil para los miembros de la junta directiva y demás administradores, en el que se fijó el periodo de retroactividad ILIMITADA.
- Indica que para los años 1999 y 2000, los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ eran administradores de conformidad con la definición contractual de la póliza suscrita entre la Convocante y la Convocada.
- COOGRANADA manifestó que sufrió una pérdida por la suma de \$1.376.593.126 y que envió diversas comunicaciones a ALLIANZ los días 5 de enero, 28 de septiembre, 5 de octubre y 28 diciembre de 2021 en las que solicitó el pago de la indemnización. Los días 2 de febrero, 15 de abril, 7 de mayo, 5 de noviembre de 2021 y 12 de enero de 2022 ALLIANZ negó el pago solicitado por COOGRANADA.
- En comunicación del 5 de noviembre de 2021, ALLIANZ invocó la exclusión para las instituciones financieras y manifestó, entre otras cosas, que: *“La ´exclusión para Instituciones Financieras´ contemplada en las condiciones particulares de la Póliza es aplicable al caso objeto de análisis, estando cualquier ´Reclamación´ relacionada con dichas actividades financieras desprovista de cobertura”*. Que, la definición de ENTIDAD FINANCIERA se encuentra establecida en la SECCIÓN SEXTA de la póliza, numeral 6.8, como *“persona jurídica integrante del sistema financiero que se encuentre sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia o de cualquiera otra autoridad equivalente de país extranjero, o quien haga sus veces”*, frente a lo cual la Convocante indica que COOGRANADA no es una persona jurídica incorporada en el sistema financiero que se someta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Asimismo que, en comunicación del 5 de noviembre de 2021, ALLIANZ invocó exclusión de responsabilidad profesional (SECCIÓN TERCERA, numeral 3.5 de la póliza), en la que indica que: *“En virtud de lo anterior, se concluye que si en el proceso*

de análisis y aceptación de la garantía se obtuvo asesoría profesional y dicha asesoría hizo incurrir en error a los miembros del Comité de Crédito, estamos frente a un error profesional de quienes efectuaron la asesoría al comité, por lo cual no podría atribuírsele responsabilidad alguna al comité, pues su decisión se sustentó en una asesoría y recomendación profesional”.

- Que, en comunicación del 12 de enero de 2022, ALLIANZ manifestó que los servicios financieros hacen parte de la responsabilidad profesional así:

“Coogranada al prestar servicios financieros, tales actos son de carácter profesional, y por ende cualquier error cometido en virtud de los mismos, hacen parte de la responsabilidad profesional de Coogranada, lo cual se encuentra expresamente excluido. Por otro parte, tenemos que conforme con los soportes allegados, el comité de crédito acudió a un concepto de un profesional en derecho, para adoptar la decisión, si en efecto se lograra demostrar algún error, estaríamos frente a una responsabilidad profesional, que reiteramos no está amparada en la póliza”.

- Finalmente, la Convocante manifiesta que las exclusiones invocadas por ALLIANZ son ineficaces de pleno derecho debido a que no poseen caracteres destacados, no se localizan en la primera página de la póliza, no son claras y precisas, y no fueron explicadas al tomador. Asimismo, señala que el sentido que se les pretende dar a las exclusiones por parte de ALLIANZ desconoce la finalidad del seguro de responsabilidad civil de directores y administradores.

1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

Las pretensiones contenidas en la demanda son las siguientes:

“PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA. *Que se declare la nulidad parcial de la cláusula 6.38 contenida en el contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito entre ALLIANZ SEGUROS S.A. y la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, en lo que se subraya: Para los efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales. La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995. (subrayado en el texto original)*

Como subsidiaria de la anterior pretensión solicitamos:

Que se declare la inoponibilidad parcial de la cláusula 6.38 contenida en el contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito entre ALLIANZ SEGUROS S.A. y la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", en lo que se subraya: Para los efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales. La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995. (subrayado en el texto original)

Como subsidiaria de la anterior pretensión solicitamos:

Que se declare la ineficacia parcial de la cláusula 6.38 contenida en el contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito entre ALLIANZ SEGUROS S.A. y la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", en lo que se subraya: Para los efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales. La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995. (subrayado en el texto original)

Como subsidiaria de la anterior pretensión solicitamos:

Que se declare el carácter abusivo parcial de la cláusula 6.38 contenida en el contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito entre ALLIANZ SEGUROS S.A. y la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", en lo que se subraya: Para los efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales. La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995. (subrayado en el texto original)

SEGUNDA. Que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar, en virtud de ACCIÓN DIRECTA derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito con la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", con ocasión de la responsabilidad civil de los

administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO MARQUEZ GOMEZ.

TERCERA. Como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a ALLIANZ SEGUROS S.A. a pagar a la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA" lo siguiente:

3.1. La pérdida equivalente a mil trescientos setenta y seis millones, quinientos noventa y tres mil, ciento veintiséis pesos (\$1.376.593.126) o la suma menor o mayor que llegue a acreditarse dentro del proceso.

3.2. El interés moratorio sobre el importe de la obligación, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, desde el día de la instauración de la presente demanda arbitral.

3.3. Las costas y agencias en derecho.

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS. Si no prosperan las pretensiones anteriores:

PRIMERA. Que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar, en virtud de LLAMAMIENTO EN GARANTÍA por activa, derivado del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito con la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", con ocasión de la responsabilidad civil de los administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO MARQUEZ Fernando Márquez Gómez.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a ALLIANZ SEGUROS S.A. a pagar a la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA" lo siguiente:

2.1. La pérdida equivalente a mil trescientos setenta y seis millones, quinientos noventa y tres mil, ciento veintiséis pesos (\$1.376.593.126) o la suma menor o mayor que llegue a acreditarse dentro del proceso.

2.2. El interés moratorio sobre el importe de la obligación, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, desde el día de la instauración de la presente demanda arbitral.

2.3. Las costas y agencias en derecho.

SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS. Si no prosperan las primeras subsidiarias:

PRIMERA. Que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar, en virtud de INDEMNIDAD por activa, derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás

administradores, suscrito con la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, con ocasión de la responsabilidad civil de los administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO MARQUEZ Fernando Márquez Gómez.

SEGUNDA. *Como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a ALLIANZ SEGUROS S.A. a pagar a la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA” lo siguiente:*

2.1. *La pérdida equivalente a mil trescientos setenta y seis millones, quinientos noventa y tres mil, ciento veintiséis pesos (\$1.376.593.126) o la suma menor o mayor que llegue a acreditarse dentro del proceso.*

2.2. *El interés moratorio sobre el importe de la obligación, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, desde el día de la instauración de la presente demanda arbitral.*

2.3. *Las costas y agencias en derecho.”*

1.3. OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LAS PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCANTE

En el escrito presentado el dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintidós (2022) por parte de ALLIANZ se dio contestación a la demanda subsanada y se aceptaron como ciertos los hechos: 1, 3, 5, 10, 13, 14, 15, 16, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 30, 31, 32, 33 y 34.

Frente a los hechos 2, 6, 7, 12, 17, 18, 19, 20, 26 y 27 la Demandada afirmó que no le constan.

Respecto al hecho 28 la Convocada manifestó que no es cierto y respecto del hecho 35 expuso que no es un hecho.

En cuanto a los hechos 9 y 11, ALLIANZ señaló que no le constan, ni el trámite, ni las particularidades procesales.

Ahora bien, respecto al hecho 8, la Demandada señaló que se hace referencia a varias circunstancias de la siguiente manera: primero, que no le consta la razón por la cual se inició el proceso ejecutivo al que se hace referencia en el referido numeral, así como tampoco le consta el trámite del mismo. Segundo, que no es cierto que el proyecto de construcción de viviendas se hubiese afectado como consecuencia de los supuestos problemas que tenía el bien al que se hace referencia en el presente numeral en su *individualización, linderos y ubicación*.

ALLIANZ se opuso a todas las pretensiones principales y subsidiarias solicitadas en la subsanación de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito: “4.1. *No se encuentran acreditados los supuestos necesarios para que se configure un siniestro cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y Demás Administradores;* 4.2. *La cláusula 6.38 contenida en las condiciones generales de la póliza no*

adolece de nulidad ni de ineficacia. Dicha cláusula es totalmente válida y está llamada a operar en el caso que nos ocupa; 4.3. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las “actuaciones iniciadas o actos incorrectos conocidos con anterioridad a la fecha de continuidad de la póliza; 4.4. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores “cualquier negligencia, error u omisión en la prestación de servicios financieros”; 4.5. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las “reclamaciones derivadas o relacionadas con la prestación de un servicio de carácter profesional; 4.6. No hay lugar al reconocimiento de los valores que son solicitados a título de perjuicios; 4.7. Suma Asegurada; 4.8. Prescripción acción directa.”

III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El día dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023) se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

2. ETAPA PROBATORIA

La etapa probatoria se desarrolló así:

2.1. PRUEBAS DOCUMENTALES

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una le corresponda, las siguientes: los documentos solicitados en la demanda; los del escrito mediante el cual se describió el traslado de la objeción al juramento estimatorio y las excepciones de mérito, las enunciadas en la contestación de la demanda subsanada y las peticionadas de oficio por medio del Auto 29.

2.2. OFICIOS

- Se incorporó al expediente la respuesta dada por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Medellín al Oficio No. 1 el día 15 de marzo de 2023¹⁷.
- Se incorporó al expediente la respuesta dada por el Juzgado Civil del Circuito del Santuario - Antioquia al Oficio No. 2 el día 25 de mayo de 2023, prueba decretada de oficio¹⁸.

¹⁷ Expediente, 02_PRUEBAS, 004_RESPUESTA_OFICIO_1_20230316.

¹⁸ Expediente, 02_PRUEBAS, 009_Respuesta_oficio_2_Juzgado_civil_circuito_Santuario_20230525 y 010_Prueba_oficio_2_Respuesta_Juzgado_Civil_El_Santuario

- Mediante Auto 14 del dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023), se aceptó el desistimiento por parte de la Convocada de la prueba por oficio dirigida al Juzgado Civil Laboral del Circuito del Santuario Antioquia.

2.3. INTERROGATORIO DE PARTE

- El veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023), se recibió interrogatorio de parte de WILLIAM BARRERA VALDERRAMA, representante legal de ALLIANZ SEGUROS S.A., prueba solicitada por COOGRANADA.¹⁹
- En la misma fecha, se recibió interrogatorio de parte de ADRIÁN FRANCISCO DUQUE HERRERA, representante legal de COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, prueba solicitada por ALLIANZ SEGUROS S.A.²⁰

2.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

- El día veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023) se realizó la práctica de la exhibición de documentos a cargo de COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”. En esta, el Tribunal declaró verificada la correcta visualización y apertura de los documentos que fueron exhibidos²¹, por lo que solicitó que en un término no mayor a ocho (8) días a partir de la notificación, se pronunciara la Convocada sobre la exhibición de documentos realizada.²²
- En la misma fecha, se realizó la práctica de exhibición de documentos a cargo de ALLIANZ SEGUROS S.A., frente a la cual se verificó la correcta visualización y apertura de los documentos exhibidos²³, razón por la que se otorgó un plazo no mayor a ocho (8) días a la Convocante para la revisión y el pronunciamiento sobre los documentos exhibidos.²⁴
- Igualmente, se aceptó el desistimiento de la exhibición de documentos a cargo de los señores ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ BOTERO, WBEIMAR AUGUSTO JIMÉNEZ ZULUAGA, MARÍA MERCEDES JIMÉNEZ SALAZAR y JOSÉ JAIRO RAMÍREZ DUQUE.²⁵
- El tres (3) de mayo de dos mil veintitrés (2023) el Tribunal se pronunció sobre los documentos exhibidos por las partes y que estas solicitaron incorporar al expediente; anunció que, sobre la solicitud de la Convocante, relativa a los efectos que tendría la “falta de exhibición” de algunos de los documentos cuya exhibición se solicitó a su

¹⁹ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 080_ACTA_13_AUTOS_23_Y_24_20230322.

²⁰ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 080_ACTA_13_AUTOS_23_Y_24_20230322.

²¹ Tal como consta en el Acta No. 12 se dejó constancia de que, en relación con el numeral 2.2. “No reposa en los archivos” y 2.5 que “La Cooperativa no recibió ninguna comunicación de Fiduciaria Central”.

²² Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 078_ACTA_12_AUTOS_19_A_22_20230321.

²³ Tal como consta en el Acta No. 12 se dejó constancia de que manifestó que “No se encontró la póliza ni la solicitud de seguro”. Los documentos aportados son una nota de cobertura y certificación expedida por Edgar Hernando Peñaloza Salinas, apoderado general del Allianz Seguros S.A.”

²⁴ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 078_ACTA_12_AUTOS_19_A_22_20230321.

²⁵ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 078_ACTA_12_AUTOS_19_A_22_20230321

contraparte, el Tribunal se pronunciaría en el laudo; y se dio por concluida la exhibición de documentos a cargo de la parte Convocante y a cargo de la parte Convocada.²⁶

2.5. TESTIMONIOS

- El veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023) se recibió el testimonio de LUIS FELIPE PÉREZ ARROYAVE y se aceptó el desistimiento de la declaración de los testigos de la Convocada CHRISTIAN DAVID LAMPREA y CARLOS GARCÉS.²⁷
- El veintisiete (27) de marzo de dos mil veintitrés (2023) se recibió el testimonio de MILDREY GÓMEZ DUQUE y se aceptó el desistimiento de los testimonios de GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y CARLOS EDUARDO DAVID OSPINA.²⁸
- El cinco (05) de julio de dos mil veintitrés (2023) se recibió el testimonio de JORGE MARIO GONZÁLEZ ARENAS, prueba decretada de oficio.²⁹

El cinco (05) de julio de dos mil veintitrés (2023) se cerró la etapa probatoria, en la que se practicaron todas las pruebas decretadas que no fueron desistidas.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES

Una vez concluida la instrucción de la causa, de conformidad a lo señalado en los artículos 2.53 y 2.54 del Reglamento del Centro, las partes acudieron a la audiencia realizada para el efecto el día quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

En esta, las partes hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones de acuerdo con los elementos de prueba obrantes en el proceso, aportando igualmente los escritos correspondientes a las intervenciones realizadas y los cuales hacen parte integrante del expediente.

4. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 2.44 del Reglamento de Procedimiento Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, será el establecido en la ley, y empezará a contar una vez finalizada la primera audiencia de trámite.

En tal sentido, el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, dispone que el término de duración del proceso es de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de

²⁶ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 089_ACTA:15_AUTOS_28_y_29_20230503.

²⁷ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 080_ACTA_13_AUTOS_23_Y_24_20230322.

²⁸ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 083_ACTA_14_AUTOS_25_A_27_20230327.

²⁹ Expediente, 01_PRINCIPAL, documento 105_ACTA_17_AUTOS_31_A_34_CIERRE_ETAPA_PROBATORIA_20230705.

trámite, lapso en el que se debe proferir y notificar, si hay lugar a ello, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Igualmente, el artículo 2.45 del Reglamento del Centro establece que al término del proceso “se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”.

El total de días hábiles en que el proceso estuvo suspendido es de noventa y nueve (99) días hábiles por solicitud conjunta de las partes y decreto del Tribunal como se indica en la siguiente tabla:

SUSPENSIONES			
No. ACTA	DESDE	HASTA	DÍAS
9	22/02/2023	26/03/2023	3
10	06/03/2023	20/03/2023	10
14	03/04/2023	14/04/2023	8
17	14/06/2023	04/07/2023	13
17	06/07/2023	14/08/2023	26
18	16/08/2023	10/10/2023	39
TOTAL			99

En consecuencia, al sumarle al término de duración del proceso los noventa y nueve (99) días hábiles durante los cuales el trámite estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, el término vence el día doce (12) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Considera el Tribunal, como pasará a indicarse a continuación, que los “presupuestos procesales”³⁰, es decir, “las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa”³¹, esto es, demanda en forma, capacidad procesal para ser parte y comparecer al

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954. Gaceta Judicial LXXVIII No. 2145, págs. 345 y ss.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Expediente 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Radicación: 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652): “[...] Si bien se había venido sosteniendo que los presupuestos para que una relación jurídico procesal pudiera surgir válidamente eran la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, y que la ausencia de alguna de ellas conducía a sentencia inhibitoria, lo cierto es que hoy en día se

proceso, se encuentran satisfechos para proferir el Laudo que decida la controversia sometida a consideración del Tribunal.

La demanda cumple con los requisitos formales previstos en los artículos 82 y siguientes del C.G.P. y no existe una indebida acumulación de pretensiones que le impida al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre ellas.

Las partes son personas jurídicas legalmente constituidas, estuvieron debidamente representadas, actuaron por conducto de su apoderado judicial y están legitimadas por el ordenamiento jurídico en ejercicio del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, así como de la libertad contractual o autonomía privada dispositiva, para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de sus conflictos (artículos 116 de la Constitución Política, 8° y 13 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia; 8° y 13, 1° y 3°, Ley 1563 de 2012), y así lo acordaron en el pacto arbitral incorporado al contrato de seguro objeto de las diferencias. De manera que la capacidad procesal para ser parte y para comparecer al proceso se encuentran satisfechas.

El trámite se adelantó con observancia de las disposiciones legales previstas para el arbitraje nacional y con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales.

En virtud de la habilitación concedida por las partes, este tribunal arbitral asumió competencia para conocer de las diferencias sometidas a su consideración, planteadas en la demanda, así como de las excepciones formuladas en la respectiva contestación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código General del Proceso, el Tribunal efectuó control de legalidad en las oportunidades procesales, una vez fijada la litis, al cierre de la etapa probatoria y de las alegaciones finales, sin haber advertido ninguna causal de nulidad o irregularidad que deba ser saneada o declarada de oficio, manifestación frente a la cual las partes expresaron su conformidad.

En suma, la relación jurídica procesal se constituyó regularmente, no existe defecto alguno en la actuación surtida o que imponga aplicar el artículo 137 del Código General del Proceso por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes en sus escritos.

2. EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO ENTRE COOGRANADA Y ALLIANZ. PARTES Y SUJETOS INTERVINIENTES

Las partes no discuten la existencia del contrato de seguro que las vinculó, no obstante, la precisión que adelante se hará sobre los periodos en los que dicho negocio jurídico estuvo vigente.

entiende que la inhibición por la ausencia de presupuestos procesales se reduce a la falta de capacidad para ser parte y a algunos casos excepcionales de inepta demanda pues las dos restantes, así como cualquier otro vicio que expresamente señale la ley, configuran causales de nulidad que deben regirse por los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (...) y 132 y siguientes del Código General del Proceso.”

Establecido lo anterior, a continuación, el Tribunal analizará de manera puntual el clausulado del contrato de seguro celebrado entre las partes, haciendo especial referencia a las estipulaciones de la póliza que tienen incidencia en la decisión que el Tribunal habrá de adoptar.

2.1. LA PÓLIZA NO. 022853193

- Según consta en el certificado expedido por ALLIANZ el 16 de marzo de 2023, COOGRANADA contrató una primera cobertura del seguro de directores y administradores para la vigencia comprendida entre el 17 de junio de 2011 y el 16 de junio de 2012. Posteriormente, el 27 de junio de 2012³², ALLIANZ expidió la póliza No. 021078138, mediante la cual se instrumentalizó un contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores de COOGRANADA y sus filiales, con vigencia en el periodo comprendido entre las 00:00 horas del 17 de junio de 2012 y las 24:00 horas del 16 de junio de 2013. El tomador del seguro fue COOGRANADA, y los asegurados fueron los administradores y directores de la cooperativa tomadora y/o sus filiales. Según se lee en el texto de la póliza, el asegurado actuaba a través del intermediario de seguros Luis Felipe Pérez Arroyave³³.
- El sistema de delimitación temporal de cobertura pactado fue por reclamación o *"claims made"*, según más adelante se ampliará, y se pactó un periodo de retroactividad *"ilimitado"*. Las coberturas de la póliza, sus valores asegurados y el deducible aplicable fueron los siguientes:

COBERTURA	LÍMITE ASEGURADO
<i>"RC de los miembros de Junta Directiva y demás administradores"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Reembolso a la sociedad por indemni. A miembros de JD y Ad"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Cargos en sociedades participadas"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Gastos de defensa"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Reclamaciones de carácter laboral"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Particip. Como Miembro de JD de Ent. Sin Ánimo de Lucro"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Herederos, Alegatorios, Represen. Legales y Causahientes"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Cónyuge y compañero permanente"</i>	\$2.000.000.000.00
<i>"Cauciones judiciales"</i>	\$2.000.000.000.00

- El amparo previsto en la sección 2.1.1. de las condiciones generales de la póliza corresponde al de responsabilidad civil de los miembros de Junta Directiva y demás administradores, el cual se estipuló en los siguientes términos:

"1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES.

"La compañía indemnizará a, o por cuenta de las personas aseguradas, cualquier pérdida que se derive de cualquier reclamación de la que resulten

³² Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Contestación, 11. Póliza No. 021078138 (vigencia 2012-2013).PDF. Folio 1.

³³ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Contestación, 11. Póliza No. 021078138 (vigencia 2012-2013).PDF. Folio 5.

civilmente responsables por razón de cualquier acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por las personas aseguradas en el ejercicio de sus respectivas funciones como administradores de la sociedad, que sea interpuesta por vez primera contra los mismos, durante el período de vigencia de la presente póliza (y, en su caso, durante el período adicional para notificaciones), excepción hecha del monto de dichos siniestros que haya sido indemnizado por la sociedad”³⁴.

- En la póliza se pactó un periodo adicional para notificaciones, de la siguiente manera:

“2.2.23. PERIODO ADICIONAL PARA NOTIFICACIONES

“En el caso de que el presente contrato no fuera renovado, ya sea por decisión del tomador o bien por decisión de la compañía por motivo distinto al no pago de la prima, ni sustituido por una póliza con objeto de seguro similar, el tomador tendrá derecho a contratar una de las opciones de periodo adicional para notificaciones especificadas en los datos identificativos de esta póliza, siempre y cuando:

“i) Se haya solicitado por escrito a la compañía expresando la opción de periodo adicional para notificaciones elegido dentro de los 30 días anteriores a la fecha de cancelación o no renovación de la presente póliza y;

“ii) Se haya abonado la prima adicional requerida por la compañía estipulada en las condiciones particulares.

“iii) Cualquier reclamación presentada durante el período adicional para notificaciones será considerada como si hubiera sido presentada durante la última vigencia de seguro”.

- En cuanto a las exclusiones, en las condiciones generales se convinieron, entre otras, las siguientes exclusiones que se transcriben seguidamente en tanto fueron invocadas por la Convocada como fundamento de algunas de las excepciones de mérito que oportunamente formuló:

“(…)

“3.5. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

“Reclamaciones que resulten de, o que tengan su causa, sean consecuencia de, o de cualquier forma estén relacionadas directa o indirectamente con la prestación de un servicio de carácter profesional o con cualquier acto, error u omisión en que incurrieren tanto la sociedad, sus subordinadas y/o participadas y/o entidades sin ánimo de lucro como las personas aseguradas en el desarrollo de las actividades propias del objeto social de la sociedad.”

“3.6. ACTUACIONES INICIADAS O ACTOS INCORRECTOS CONOCIDOS CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE CONTINUIDAD DE LA PÓLIZA

“Cualquier reclamación instaurada contra las personas aseguradas con anterioridad a la fecha de continuidad de la póliza.

“Reclamaciones derivadas, basadas en, atribuibles a, o relacionadas con circunstancias o actos incorrectos de que una persona asegurada supiera o

³⁴ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Contestación, 11. Póliza No. 021078138 (vigencia 2012-2013).PDF. Folio 10.

razonablemente debiera haber sabido, en o con anterioridad a la fecha de continuidad, que iba a dar lugar a una reclamación susceptible de estar cubierta bajo la presente póliza.

“Reclamaciones derivadas, basadas en, atribuibles a o relacionadas con hechos o a actos incorrectos que ya hubiesen sido alegados o que hubiesen sido involucrados en cualquier procedimiento o cualquier diligencia, investigación o reclamación que haya sido reportada o cualquier transacción o decisión de justicia o arbitral anteriormente a la fecha de continuidad”.

- Y, en las condiciones particulares, se incluyó la siguiente exclusión:

“3. EXCLUSION PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS.

“Queda convenido que la Aseguradora no será responsable, ni estará obligada a efectuar pago alguno, por Siniestros generados como resultado de Reclamaciones presentadas en contra de los Asegurados, a consecuencia de o atribuibles directa o indirectamente a:

“1. Cualquier negociación, real o supuesta de cualquier naturaleza, cuyo objeto sea afectar el precio de las acciones u obligaciones de cualquier compañía o de cualquier producto alimenticio, materia prima, producto terminado, divisa o título valor, a menos que dicha negociación se hubiere llevado a cabo de acuerdo con las leyes y reglamentos aplicables a la misma;

“2. Cualquier alegación de que algún Asegurado se hubiese beneficiado en forma indebida de la negociación de valores bursátiles utilizando información que no estuviere disponible a otros vendedores o compradores de dichos valores;

“3. La inversión en, gestión de, o suministro de, consejos relacionados con cualquier patrimonio autónomo, fiducia o trust.

“4. La depreciación o pérdida de cualquier inversión, cuando la misma sea resultado de fluctuaciones en el mercado financiero, de valores, mercancías o en general, de cualesquiera otros bienes, cuando dicha fluctuación esté fuera del control o influencia de los Asegurados;

“5. La no obtención por los valores, mercancías o en general inversiones, de los resultados o rendimientos proyectados o esperados;

“6. Cualquier negligencia, error u omisión en la prestación de servicios financieros, incluido pero no limitado al desempeño profesional de la Entidad Tomadora como Banco Comercial, Banco Múltiple, Banco de Desarrollo, Banco o Sociedad de Inversiones, Compañía de Financiamiento Comercial, Sociedad de Leasing, Sociedad Fiduciaria, Compañía de Seguros, Corredor de Bolsa, Asesor Financiero, Fondo de Inversiones, Corredor de Bienes Raíces, Asesor de Inversiones, Corredor o Agente de Seguros, o en general en la prestación de cualquier otro servicio financiero, rendido para o en nombre de cualquier individuo o sociedad ya sea privada o pública”.

- En lo que respecta a las definiciones, en la sección 6 de las condiciones generales se establecieron las definiciones que debían tenerse en cuenta para los efectos de la póliza. En ese sentido, se definieron los conceptos de “Reclamación” y de “Tercero”, en los siguientes términos:

“6.33. RECLAMACIÓN

“Toda demanda o proceso por la comisión de un Acto Incorrecto, iniciado en contra de las Personas Aseguradas en la jurisdicción civil, penal, administrativa o arbitral incluyendo:

“a) Cualquier notificación o requerimiento escrito en contra de las Personas Aseguradas que pretenda la declaración de que el mismo es responsable de un daño;

“b) Cualquier proceso penal iniciado en contra de las Personas Aseguradas o al que estas sean vinculadas, sujeto a las limitaciones que se establecen en las Exclusiones de esta póliza o;

“c) Cualquier procedimiento administrativo o investigación en contra de las Personas Aseguradas.

“Toda Reclamación derivada de, basada en, a la que se atribuya, o que pueda interpretarse como derivada de un mismo Acto Incorrecto será considerada como una sola Reclamación para los efectos de esta póliza.

“Respecto de hechos constitutivos de un eventual Siniestro que las Personas Aseguradas hubiesen conocido e informado a la Compañía durante la Vigencia de la póliza o del Período Adicional para Notificaciones, de los que razonablemente se espere que pudieren dar origen a una Reclamación y que efectivamente den con posterioridad origen a la misma, esta se considerará presentada en el momento en que tales hechos hayan sido informados por primera vez, siempre que la información suministrada a la Compañía especifique con claridad los motivos para prever que la Reclamación será presentada, con indicación detallada de las razones para ello, así como de fechas, circunstancias y personas involucradas.”

6.38. TERCERO

“Para los efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales.

“La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995.”

2.2. LAS RENOVACIONES Y PRÓRROGAS DE LA PÓLIZA

El contrato de seguro cuyos pormenores fueron descritos anteriormente, en cuanto interesa a este trámite, fue renovado en distintas oportunidades, mediante las pólizas de seguro que a continuación se señalan:

El 31 de enero de 2014, ALLIANZ expidió la póliza No. 021498971, con vigencia en el periodo comprendido entre las 00:00 horas del 31 de enero de 2014 y las 24:00 horas del 30 de enero de 2015. En dicha oportunidad, las cláusulas mencionadas en el capítulo anterior de esta providencia se reprodujeron en idéntico sentido. Posteriormente, en la póliza No. 021909363, expedida por ALIANZ el 31 de marzo de 2016, se mantuvo el clausulado reseñado para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2016 y hasta las 24:00 horas del 19 de marzo de 2017. Seguidamente, el 14 de marzo de 2017, la aseguradora expidió la póliza No. 022062226 para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2017 y hasta las 24:00 horas del 19 de marzo de 2018. En dicha oportunidad, se reprodujeron las cláusulas citadas en el aparte precedente. Lo mismo sucedió en la póliza No. 022255943, expedida por la Convocada para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2018 y las 24:00 horas del 19 de marzo de 2019; la póliza No. 022440039 expedida por ALLIANZ para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2019 y las 24:00 horas del 19 de marzo de 2020; la póliza No. 022640908 expedida por la Demandada para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2020 y las 24:00 horas del 19 de marzo de 2021; y la póliza No. 022853193 expedida por ALLIANZ el 3 de marzo de 2021 para la vigencia comprendida entre las 00:00 horas del 20 de marzo de 2021 y las 24:00 horas del 19 de marzo de 2022.

Se colige del recuento anteriormente realizado que durante la totalidad de la relación negocial que sostuvieron COOGRANADA y ALLIANZ se mantuvieron las disposiciones contractuales que son de interés para el presente litigio, sin perjuicio de las específicas vigencias temporales a las que se ha hecho referencia.

3. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES - D&O

De manera previa a analizar las pretensiones de la demanda, considera pertinente el Tribunal realizar algunas consideraciones generales sobre el seguro de responsabilidad civil de directores y administradores, conocido en la práctica aseguraticia como D&O, pues el contexto jurídico que se desarrollará seguidamente servirá para dilucidar las solicitudes presentadas por la Convocante.

3.1. EL SEGURO DE D&O – PREMISAS FUNDAMENTALES

El seguro de D&O, o de responsabilidad civil de directores y administradores de sociedades es definido por el tratadista español Fernández del Moral como aquel seguro por virtud del cual "(...) *el asegurador se obliga, dentro de los parámetros establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del administrador o alto cargo de la S.A. de*

*la obligación de indemnizar a la Sociedad, los accionistas o a terceros, los daños y perjuicios causados por hechos relacionados con su actividad profesional, previstos en el contrato”.*³⁵

En la doctrina nacional indicaba el doctor Bernardo Botero en el Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros - Acoldece de 1998³⁶ que el seguro de D&O: *“Surge de la necesidad de otorgar cobertura a los miembros de Juntas Directivas y demás Administradores de personas jurídicas en general respecto del detrimento de su patrimonio personal - y eventualmente del patrimonio de la entidad tomadora a consecuencia de las reclamaciones que llegaren a presentarse contra estos por razón del ejercicio de sus actividades como administradores”.*

3.1.1. Sujetos intervinientes en el seguro de D&O

Como es usual en el contrato de seguro no se hace referencia únicamente a partes contratantes, sino a sujetos intervinientes, para poder referirse además del asegurador y tomador del seguro³⁷, quienes son estrictamente las únicas partes de este, a otros sujetos fundamentales: el asegurado y el beneficiario, quienes no necesariamente serán una misma y única persona, ni coincidirán en identidad con el tomador del seguro.

a. Tomador

El contrato de seguro de D&O es de aquellos en los cuales no concuerda la identidad de sujeto entre el tomador, el asegurado y el beneficiario del seguro. El tomador del seguro de D&O es por regla general la compañía, es decir la sociedad administrada, para la que prestan sus servicios los administradores. Los asegurados —y se usa el término en plural porque es lo acostumbrado—, serán los administradores de dicha sociedad, calidad que se determinará de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 o conforme lo que se defina en el contrato de seguro.

La expresión “entidad tomadora”, pues ordinariamente se tratará de una persona jurídica, es un vocablo expresamente definido en las condiciones generales del clausulado y su espectro se extiende también a todas las sociedades subordinadas, es decir, a todas las filiales y subsidiarias existentes antes del inicio de vigencia, las cuales, usualmente se relacionan en las condiciones particulares de las pólizas.

b. Asegurado

El asegurado es la persona que pudiera ver lesionado un interés legítimo por la realización de un riesgo. En los seguros de responsabilidad civil lo serán aquellas personas cuyo patrimonio pudiera verse afectado por el eventual surgimiento de un débito u obligación

³⁵ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José. El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O) Granada. Editorial COMARES. 1998. p. 7 - 8.

³⁶ BOTERO MORALES, Bernardo. Aseguramiento de la responsabilidad civil de administradores y directores. Memorias del XXI Encuentro Nacional de Acoldece – Nuevas orientaciones del contrato de seguros en Colombia y en América Latina. P. 205. Ed. Guadalupe. 1998.

³⁷ CÓDIGO DE COMERCIO. “Artículo 1.037: Son partes del contrato de seguro: 1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos”.

indemnizatoria a su cargo y a favor de un tercero. En el seguro de D&O el patrimonio que podría verse afectado sería el de los administradores por causa de cualquier petición indemnizatoria que recibieran de la sociedad, los asociados o terceros, motivada en una conducta incorrecta u omisión de sus deberes, cometida por ellos durante el ejercicio de sus precisas funciones como administradores sociales.

Se califican como asegurados aquellos sujetos, personas físicas o naturales, que hayan tenido, tengan o llegaren a tener en el futuro la calidad de administrador de la entidad o entidades tomadoras. El seguro amparará únicamente reclamaciones que se dirijan contra los administradores asegurados conforme al sistema de delimitación temporal al que se hará referencia más adelante, siempre y cuando dicho reclamo verse sobre las decisiones tomadas por los administradores en sus labores como tales al servicio de la entidad tomadora.

En forma muy especial, cuando se trate de reclamaciones de carácter laboral, los textos y clausulados que se comercializan en el mercado colombiano establecen como asegurados a todos los trabajadores de la entidad tomadora, sin importar si tienen o no la calidad de administradores.

c. Beneficiario

Son los sujetos que pueden, o no, intervenir en la celebración del contrato de seguro, pero son los titulares del derecho a recibir el pago de la prestación indemnizatoria a cargo de la aseguradora una vez se haya verificado el siniestro. Los beneficiarios³⁸ del contrato de seguro pueden serlo a título convencional, cuando expresamente se designan por el tomador y el asegurador al momento de la celebración del contrato o pueden serlo por expresa disposición legal, como acontece en materia del seguro de responsabilidad en el cual las normas vigentes en las modernas legislaciones expresamente designan a las víctimas como beneficiarias del contrato de seguro y les otorgan una acción directa para que puedan reclamarle al asegurador el pago de la prestación indemnizatoria bajo los términos y condiciones previstos en el contrato de seguro (Arts. 1127 y 1133 del Código de Comercio).

En cuanto al seguro de D&O pueden ser beneficiarios de la prestación indemnizatoria, en primera medida, la víctima o afectado por el acto incorrecto incurrido por el administrador asegurado (cualquier tercero e incluso los asociados son considerados como terceros) y, finalmente, de manera muy especial, casi que excepcional, la entidad tomadora del seguro, quien tendrá la posibilidad de actuar como víctima y reclamar la responsabilidad de su administrador mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad prevista en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, tal y como lo señaló el Tribunal en aparte anterior de este

³⁸ "Del beneficiario no existe una definición expresa en el Título v del Libro Cuarto del Código de Comercio, pero sí es objeto de mención en algunas de sus disposiciones, las mismas que permiten al exégeta identificarlo conceptualmente y deducir el alcance de sus derechos. No sin la advertencia previa de que en todo contrato de seguro tiene que haber un beneficiario (aunque a él no se haga una referencia expresa), entre otros motivos porque la ley exige, en la póliza, su nombre "o la forma de identificarlo (s), si fuere (n) distinto (s) del tomador" (art. 1047, ord. 3º), y porque, a falta de esta identificación, "el asegurado" tiene, en fin, de cuentas, esa calidad. Cumple afirmar que puede ser contractual o legal y que, en la solución o pago de la prestación asegurada, tiene preferencia sobre el asegurado. Si no es por disposición de la ley, lo es por la voluntad de las partes que han celebrado el contrato" OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Segunda edición actualizada. Bogotá D.C. Editorial Temis S.A. 1991. p. 13.

laudo³⁹. Al respecto se precisa que la condición de beneficiario del seguro de D&O por parte de la entidad tomadora se restringe al ejercicio de la acción social de responsabilidad o a la afectación de la cobertura B (side B) de reembolso a la entidad tomadora en la medida en que así se prevea en el clausulado, en aquellos eventos en que se hubiere indemnizado a terceros afectados por cuenta del administrador asegurado, siempre que ello sea posible con sujeción a la ley o a las cláusulas contractuales.

En el contexto antes mencionado, las pólizas de D&O en principio darán cobertura a la sociedad tomadora del seguro, salvo en los casos en los que sea aplicable la denominada exclusión de accionista mayoritario⁴⁰. No es usual que en los seguros de directores y administradores se permita que la entidad tomadora se erija como víctima/beneficiaria del seguro, sino es a través de la utilización de este mecanismo jurídico. De hecho, en muchos clausulados, se limita su condición como tercero beneficiario del seguro al ejercicio de la acción social de responsabilidad.

3.1.2. El acto incorrecto o “wrongful act”

El que usualmente se denomina acto incorrecto⁴¹ por la traducción que se hace al español del término “wrongful act”, es comúnmente empleado en las pólizas de D&O para referirse a las conductas negligentes activas u omisivas del administrador que pueden dar lugar a la afectación o compromiso de su responsabilidad civil, penal o administrativa. Como se señalará más adelante, cuando se analice la delimitación temporal de la cobertura del seguro de D&O, es necesario comprobar que el acto incorrecto haya ocurrido durante la vigencia de la póliza, o dentro del periodo de retroactividad otorgado.

Las pólizas usualmente califican como acto incorrecto⁴² a las conductas que implican el incumplimiento de obligaciones, negligencia –incluida culpa grave–, declaraciones erróneas, infracción de disposiciones legales o estatutarias, incumplimiento de deberes u otras acciones y omisiones contrarias a la diligencia y demás normas de conducta que los estatutos y las leyes imponen a los Administradores.

En otras palabras, por acto incorrecto debe entenderse cualquier conducta activa o pasiva del administrador que implique la inobservancia de sus deberes fiduciarios de buena fe, lealtad, diligencia y cuidado que, conforme el ordenamiento jurídico, pudieran comprometer su responsabilidad civil bien sea ante la sociedad, los asociados o terceros.

³⁹ URIBE LOZADA, Nicolás. El régimen general de responsabilidad civil de los administradores de sociedades y su aseguramiento. Ed. Ibáñez y Javeriana 2013. Pág. 425 y ss.

⁴⁰ BOTERO MORALES, Bernardo. Encuentro Acoldece 1998. Op. Cit. Pág. 209

⁴¹ En los clausulados de D&O que se comercializan en Colombia se suele hablar de actos incorrectos, actos de administración, actos culposos para referirse al mismo concepto.

⁴² BOTERO. Op. Cit. El aseguramiento de la responsabilidad directores y administradores. Pág. 206. Al respecto el Dr. Botero en 1998 manifestaba lo siguiente: “Acto u omisión culposo, real o supuesto, realizado por una persona asegurada en el desempeño de sus funciones como administrador. Los “Actos Incorrectos” continuos, repetidos, relacionados entre sí o causalmente conectados, se entenderán como un solo “Acto Incorrecto”.” Siendo de primordial importancia la referencia que se hace a siniestros interrelacionados o unidad de eventos, lo cual es relevante cuando por unos mismos hechos acaecidos se producen múltiples reclamaciones en diferentes momentos en contra de los mismos sujetos asegurados.

3.1.3. La reclamación

Es el detonante del siniestro y, por consiguiente, de la cobertura otorgada en las pólizas de responsabilidad, razón por la cual por regla general debe producirse dentro de la vigencia de la póliza contratada. En los seguros de D&O es usual que se defina en las condiciones particulares o generales aplicables qué debe entenderse como reclamación para los propósitos del seguro contratado.

Comúnmente en los clausulados disponibles en el mercado colombiano se califica como reclamación ante el administrador asegurado: a) Toda demanda o proceso ante la jurisdicción civil, administrativa o arbitral iniciado por un tercero en contra de un administrador cuestionando su eventual responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como administrador; b) Cualquier notificación o requerimiento escrito no judicial remitido por un tercero donde se dispute la responsabilidad del administrador; c) Cualquier proceso penal iniciado en contra del administrador; d) Cualquier investigación oficial o formal (investigaciones administrativas) en la que se vincule al administrador como presunto responsable. Serán igualmente considerados como reclamos los autos de apertura de procesos disciplinarios y de procesos fiscales que sean notificados a los asegurados por primera vez en vigencia del seguro; e) Reclamaciones de carácter laboral, específicamente relacionadas con despidos ilegales, discriminación o maltrato por razones de raza, edad, sexo o religión o con cualquier tipo de acoso laboral de acuerdo con lo establecido en la ley 1010 de 2006.

3.2. EL SEGURO DE D&O – DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA

Uno de los aspectos más interesantes y controvertidos del seguro de D&O es la forma o base de delimitación temporal de la cobertura que se emplea, pues se trata de un producto que solo se ofrece al público bajo la modalidad de reclamación hecha, popularmente conocida como “*claims made*”. De manera excepcional para los seguros de responsabilidad civil, el inciso primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1997⁴³ dispone que se puede pactar que la configuración del siniestro esté marcada, no por el acaecimiento de un hecho dañoso del cual derive la responsabilidad civil del asegurado, sino por una actuación posterior, la reclamación que presente la víctima contra el asegurado la cual activará el amparo otorgado por la aseguradora.

3.2.1. ¿Se modifica la noción del siniestro en los seguros bajo el sistema “claims made”?

La posición doctrinal mayoritaria⁴⁴ es que para los seguros de responsabilidad civil con sistema de delimitación temporal por reclamación o seguros “*claims made*”, se modificó la

⁴³ “En el seguro de manejo y riesgos financieros **y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años. Parágrafo. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten**”. (Se destaca fuera del texto original)

⁴⁴ Al respecto se pueden consultar: DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2°

noción clásica del siniestro, pues el detonante de la obligación dineraria a cargo de la aseguradora será la reclamación que eleve el tercero al asegurado, exigiéndose únicamente que el hecho dañoso que dé lugar al daño reclamado por la víctima o afectado se haya verificado durante la vigencia de la póliza o con anterioridad al inicio de la misma dentro del término de retroactividad pactado, con lo cual se permite en forma excepcional el amparo de hechos pretéritos siempre y cuando el asegurado desconozca los efectos y consecuencias que puedan derivarse de estos.

3.2.2. ¿Contra quién debe dirigirse la reclamación?

Las reclamaciones deben ir siempre dirigidas personalmente contra el administrador, pues es éste el asegurado en las pólizas de D&O. La sociedad o entidad sin ánimo de lucro, tomadora del seguro, no tiene la calidad de asegurado sino únicamente en unos pocos amparos en los que expresamente se le concede dicha condición y que se denominan normalmente en el sector asegurador como entity cover.

No puede haber detonante de cobertura si la acción civil, penal o administrativa no va dirigida en contra del administrador o si este no es el individuo sujeto de una investigación formal u oficial. Es indispensable que la reclamación sea notificada al asegurado, no basta simplemente con que esta sea realizada o formulada es necesario que sea conocida por el asegurado lo cual únicamente se logra cuando se le entrega o notifica el reclamo o, al menos en tiempos de vigor del Decreto 806 de 2020 incorporado como legislación permanente por la Ley 2213 de 2022, con la presentación o radicación de la demanda mediante correo electrónico que haya sido remitida igualmente al demandado, así no haya mediado su admisión.

3.2.3. El otorgamiento de periodos de retroactividad y el aseguramiento de hechos pretéritos bajo el sistema “claims made”.

Los seguros de responsabilidad civil bajo el sistema por reclamación o “claims made” se pueden otorgar con o sin periodo de retroactividad. Bajo el sistema por reclamación sin periodo de retroactividad es necesario que tanto el hecho dañoso o acto incorrecto, como la reclamación dirigida contra el asegurado o directamente contra el asegurador, se verifiquen en vigencia de la póliza. Por lo anterior, es más estricta la delimitación temporal del amparo otorgado.

Cuando se concede un periodo de retroactividad, será necesario que la reclamación se produzca durante la vigencia del seguro o de la póliza, pero no que el hecho dañoso (acto incorrecto) que dé lugar a la reclamación se verifique durante la misma, pues bastará que el mismo haya ocurrido con posterioridad a la fecha máxima de retroactividad pactada. Bajo ese

Edición. 2012.. p. 179 y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Tomo II. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A.-Pontificia Universidad Javeriana. 2.011. p. 323 - 324. ISAZA POSSE, María Cristina. “Ámbito temporal de la cobertura y prescripción en el seguro de responsabilidad civil” Revista Ibero-Latinoamericana de Derecho de Seguros, número 22, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, p 146. NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El Contrato de Seguro en el Sector Financiero. Grupo Editorial Ibáñez. Tercera Edición. 2014. p. 534. ZORNOSA PRIETO, Hilda. Los problemas de interpretación de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil en la legislación colombiana bajo el sistema claims made. En: Escritos sobre riesgos y seguros. Universidad Externado de Colombia. 2012. P. 638.

entendimiento se podrían amparar reclamos realizados en vigencia de la póliza, así los hechos que den lugar a los mismos se hubieren producido con anterioridad al inicio del seguro.

Es importante destacar que cuando se ofrece cobertura bajo el sistema de delimitación temporal por reclamación con periodo de retroactividad, se incorpora al seguro de responsabilidad una forma de aseguramiento similar al riesgo putativo, pues se terminan cubriendo hechos pasados, pero bajo la condición de que los mismos o por lo menos sus efectos y consecuencias sean desconocidos por el asegurado y no haya debido conocerlos.⁴⁵

3.2.4. Las modalidades prospectivas de cobertura que integran el sistema “claims made”.

A continuación, se hará referencia a dos modalidades o variaciones del sistema “claims made” que resultan necesarias para la debida aplicación y funcionamiento del sistema, concretamente nos referimos a la notificación de hechos y circunstancias (NOC por su sigla en inglés) y al periodo extendido de reporte o periodo adicional para notificaciones.

a. Notificación de Hechos o Circunstancias que pudieran dar lugar a un reclamo

Tomando en consideración la presencia siempre uniforme de la exclusión de hechos y circunstancias conocidos en los seguros por reclamación, es indispensable hacer referencia a una modalidad que ha sido denominada por algunos tratadistas de seguros en Colombia como una modalidad prospectiva de cobertura y que hace referencia a la posibilidad de notificar hechos y circunstancias conocidos que pudieran dar lugar razonablemente a un reclamo en el futuro, la cual permite dejar señalada, marcada o afectada una póliza de seguro antes de que se produzca una reclamación en contra del asegurado de manera que dicha futura reclamación sea amparada, no por la póliza vigente al momento de la reclamación, sino por la que se encuentre en vigor para la fecha en la que se notificó o comunicó por escrito a la aseguradora el conocimiento de ese hecho y circunstancia detonante de una eventual responsabilidad, con lo cual, de paso, se evitan en la práctica vacíos de cobertura.

Esta modalidad prospectiva consiste en la prerrogativa que tiene el asegurado de notificar o informar a su asegurador por escrito sobre el acaecimiento de hechos o circunstancias ocurridos durante la vigencia de la póliza, o del periodo de retroactividad otorgado por esta, que hayan sido conocidos por primera vez en ese mismo periodo o durante el periodo extendido de reporte, y que en criterio del asegurado pudieran razonablemente dar lugar a una futura reclamación. De tal manera que, en caso de que efectivamente se materializara dicha reclamación en el futuro, la misma se entendería “hecha o presentada” y, por ende, cubierta bajo la póliza de seguro vigente al momento en que se hizo la notificación de tales circunstancias por escrito al asegurador.

⁴⁵ DÍAZ-GRANADOS. Op. Cit. Pág. 162. *“Es preciso tener en cuenta que estos hechos deben ser desconocidos para el asegurado, pues, de lo contrario, la generalidad de las pólizas contempla una exclusión denominada hechos o circunstancias anteriores. Esta exclusión se refiere a cualquier hecho o circunstancia que era conocida o que razonablemente debió haber sido conocida por el asegurado, la cual podía, razonablemente, dar lugar a un reclamo. Este concepto presenta en ocasiones un alto grado de complejidad en su aplicación”.*

La notificación de hechos y circunstancias conocidos resulta fundamental para el normal funcionamiento del sistema “claims made” o por reclamación, pues brinda al asegurado un aliciente para comunicar al asegurador, tan pronto tenga conocimiento de ello, la ocurrencia de hechos relevantes que pudieran generar en el futuro una reclamación en su contra, pues con su reporte garantiza que en el evento de que se llegare a producir en el futuro una reclamación en su contra, la misma estaría amparada por la póliza vigente en la fecha en que se notificó el hecho o circunstancia. Esto, así la reclamación se presente, incluso, meses o años después de haber expirado la póliza en la que fueron reportados los hechos detonantes.

b. Periodo Extendido de Reporte o Adicional para Notificaciones

Esta prerrogativa ordinariamente está consignada en una cláusula del condicionado general del seguro, que confiere al tomador/ asegurado la posibilidad de obtener cobertura por parte de la compañía de seguros para aquellos reclamos que reciba con posterioridad a la terminación o no renovación de la póliza. Estos reclamos deberán fundarse, únicamente, en hechos ocurridos con anterioridad a la expiración de la póliza, bien sea dentro de su vigencia o dentro del periodo de retroactividad otorgado por el asegurador.

El denominado periodo extendido de reportes se consigna ordinariamente en los diferentes clausulados de seguros de responsabilidad civil bajo la modalidad por reclamación como un amparo adicional otorgado por la aseguradora a favor del asegurado. De hecho, normalmente cada compañía de seguros utiliza un nombre o título diferentes para referirse a esta prerrogativa. A manera de ejemplo en los clausulados de seguros de responsabilidad de Directores y Administradores D&O, se consigna el periodo extendido de reporte así: Periodo de descubrimiento, Periodo Adicional de Notificación y Cobertura para Periodo Adicional para Notificaciones.

De lo anteriormente mencionado se pueden destacar las siguientes características o condiciones que usualmente contienen los denominados periodos extendidos de reporte:

- Dicha cobertura sólo tiene cabida en los eventos en que finalice el amparo que venía siendo otorgado, ya fuere por revocación unilateral de parte de la aseguradora o por mutuo acuerdo. En todo caso, únicamente habrá lugar al periodo extendido de reportes si no se contrata una nueva póliza que remplace, en mismos términos y condiciones técnicos (retroactividad, límite asegurador, etc.), la cobertura finalizada o extinguida.
- El periodo extendido de reporte implica cobro de prima adicional dado que por regla general no es gratuito. Dicho importe será fijado desde el inicio en las condiciones particulares de la póliza de manera que su precio no sea ni sorpresivo, ni secreto para la entidad tomadora y/o para los asegurados.
- Debe manifestarse, en principio, por parte de la entidad tomadora a la aseguradora la intención de contratarlo dentro de un término máximo fijado en las condiciones particulares, manifestación que adicionalmente deberá venir acompañada del correspondiente pago de la prima a que hubiere lugar. Normalmente, dicha

manifestación por parte de la entidad tomadora debe realizarse con posterioridad a la terminación de la póliza.

- No habrá lugar al periodo extendido de reporte si la póliza terminó automáticamente por mora en el pago de la prima, dado que, siendo un beneficio a favor del asegurado, sólo puede accederse a este si se ha dado debido cumplimiento a las obligaciones que para el tomador y asegurado se derivan del contrato de seguro. Tampoco será procedente esta prerrogativa si fue anulada la última vigencia contratada del seguro debido a una declaración no sincera del estado del riesgo. Contrario sensu, sí podría ser procedente la adquisición de un periodo extendido de reporte cuando el seguro termina por la agravación del estado del riesgo.
- En el periodo extendido de reporte sólo se cubrirán reclamaciones que provengan de hechos ocurridos con anterioridad a la expiración de la póliza, y, por tanto, no se ampararán nuevos hechos acaecidos durante el periodo extendido. Esta particularidad del periodo extendido de reporte tiene fundamental importancia para los eventos en los que el seguro termina por alguna expresa disposición contractual ligada a una agravación del estado del riesgo. El periodo extendido de reporte no implica para la aseguradora la asunción de un riesgo diferente o más gravoso del que venía amparando hasta la fecha, sino únicamente la concesión de un plazo de gracia, de un amparo prospectivo o adicional que permita reclamaciones desconocidas motivadas en hechos ya ocurridos y que pudieran ser formuladas en un futuro próximo a los asegurados.
- Verificada la reclamación durante el periodo extendido de reporte se entenderá como si aquella hubiera tenido lugar durante la última vigencia del seguro, de manera que serán aplicables todas las condiciones técnicas (amparos, exclusiones, límites, sublímites, deducibles, etc.) correspondientes a la última vigencia contratada, siendo por demás importante tener presente que los límites asegurados arrastrarán a esta etapa cualquier uso o disminución que hubieren tenido antes de iniciar el periodo extendido.

4. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA 6.38 DE LA PÓLIZA Y LA EXIGENCIA DE AGOTAR LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO REQUISITO DE LA RECLAMACIÓN

4.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

4.1.1. Posición de la Convocante

En la demanda, la Convocante, como pretensión principal, solicita que se declare la nulidad parcial de la cláusula 6.38 contenida en el contrato de seguro. Seguidamente, como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare la inoponibilidad, la ineficacia o el carácter abusivo de la mencionada estipulación.

Como sustento de sus pretensiones, COOGRANADA señala en sus alegatos de conclusión que la cláusula 6.38 del contrato de seguro celebrado entre las partes del litigio “*afecta el*

ejercicio de los derechos y acciones procesales al exigir formular pretensión indemnizatoria contra los administradores lo que no podría hacerse en el proceso civil por la excepción de cláusula compromisoria que propondría el asegurador de la responsabilidad civil”.

A lo anterior agrega que tampoco era viable que se vinculara al presente trámite arbitral a los administradores para que se declarara su responsabilidad, puesto que no se les pueden extender los efectos del pacto arbitral en la medida en que no son signatarios del mismo.

Finalmente, indica que no es dable que en una cláusula de un contrato de seguro se incluya una disposición que señale que la reclamación solo puede tener carácter judicial. Esto, según la Convocante, contraviene “*diversas normas que regulan los efectos de las reclamaciones extrajudiciales*”.

Estos planteamientos de la Convocante fueron reiterados en sus alegatos de conclusión.

4.1.2. Posición de la Convocada

En la contestación de la demanda, ALLIANZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por COOGRANADA. Sobre las pretensiones atinentes a diversos cuestionamientos respecto de la validez de la cláusula 6.38 de la póliza, la Convocada indica que tales solicitudes no están llamadas a ser acogidas porque: (i) la mencionada estipulación contractual no implica una limitación desproporcionada o una renuncia al ejercicio de los derechos de COOGRANADA; (ii) no se está exigiendo que en el presente caso se vincule a los asegurados al trámite arbitral; y (iii) las condiciones del seguro fueron compartidas con la Convocante, quien las aceptó sin objeción alguna.

Adicionalmente, en los alegatos de conclusión la Convocada manifiesta que la cláusula 6.38 de la póliza objeto de la controversia no contiene irregularidad alguna. Agrega que la mencionada disposición contractual recoge la jurisprudencia relevante en la materia, según la cual la declaración de responsabilidad de los administradores solo puede darse a través de la acción social de responsabilidad.

Por lo anterior, concluye que “*la exigencia prevista en la condición 6.38 no es fruto sino de la incorporación en la póliza de seguro de un requisito de orden legal. Siendo ello así, es decir, respondiendo el clausulado fundamentalmente a una exigencia de ese carácter, imperativa por demás, jamás podría decirse que en ese aspecto el clausulado sufre de una irregularidad de aquellas que han sido denunciadas por la parte Convocante.*”

Finalmente, propone la excepción de mérito denominada: “*4.2. La cláusula 6.38 contenida en las condiciones generales de la póliza no adolece de nulidad ni de ineficacia. Dicha cláusula es totalmente válida y está llamada a operar en el caso que nos ocupa*”.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Delimitada en los anteriores términos la postura de las partes, el problema jurídico que le corresponde resolver al Tribunal consiste en determinar si la cláusula 6.38 del contrato de seguro celebrado entre las partes —especialmente en lo que tiene que ver con el requisito de

agotar la acción social de responsabilidad como reclamación— es válida, o si, por el contrario, adolece de algún vicio que conduzca a su nulidad, inoponibilidad o ineficacia o a que se declare su carácter abusivo.

4.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Por regla general, en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, los contratantes pueden pactar de manera libre los distintos términos y condiciones que van a regir su relación contractual. Una vez pactadas, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, estas estipulaciones contractuales son de obligatorio cumplimiento para quienes las suscriben, pues *“el contrato es ley para las partes”*. Ahora bien, para que las estipulaciones contractuales sean válidas deben respetar los límites establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el efecto, esto es, no deben contravenir normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, además de lo cual deben respetar los límites que imponen la buena fe y la prevención del abuso del derecho. Así lo ha explicado la Corte Constitucional:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.”

“Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas.”

“De tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que le han sido encomendados (art. 2° Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompasarse en función del interés público.

“En suma, la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser objeto de limitación por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, por lo que ‘lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización

de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado.”⁴⁶

Ahora bien, la inobservancia o transgresión de los mencionados límites podría conducir a que el acto se vea afectado por alguna de las sanciones jurídicas que el ordenamiento establece, como que la cláusula sea declarada nula, inoponible, ineficaz o abusiva. Para mayor claridad, a continuación, el Tribunal hará una breve reseña sobre las referidas sanciones jurídicas.

En primer lugar, la nulidad es la sanción que el ordenamiento jurídico impone ante la ausencia de alguno de los requisitos previstos para el valor del negocio jurídico. Al respecto debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 6º del Código Civil, “[l]a sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. // En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulen en los contratos.”

Por su parte, el artículo 1740 del Código Civil dispone lo siguiente sobre la nulidad y sus clases:

“Artículo 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

“La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

Ahora bien, como lo señala la disposición antes transcrita, la nulidad puede ser de dos clases, a saber: la nulidad absoluta y la nulidad relativa. A su vez, el artículo 1741 *Ibidem* indica cuáles son las causales para que se configuren los dos tipos de nulidades:

“Artículo 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

“Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Las dos especies de nulidad a las que se ha hecho alusión están consagradas también por el ordenamiento mercantil, tal y como lo disponen los artículos 899 y 900 del Código de Comercio, con una regulación sustancialmente igual a la del derecho común.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-934 de 2013. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En el mismo sentido, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-341-2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

De lo anterior se desprende que, para la configuración de la nulidad absoluta, la ley establece las siguientes causales, de carácter taxativo y, por ende, de interpretación restrictiva: (i) objeto ilícito; (ii) causa ilícita; (iii) omisión de las formalidades previstas para el valor del acto; y (iv) incapacidad absoluta. La omisión de cualquier otro requisito genera nulidad relativa.

Por otra parte, el artículo 1746 del Código Civil prevé los efectos de la declaratoria de nulidad por parte de una autoridad judicial, en los siguientes términos:

“La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

“En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.”

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato invalido, sus intereses y frutos, el valor de los gastos y mejoras que se hubieren realizado en ellas, además de las indemnizaciones provenientes de la pérdida culposa o deterioro que sufrieran mientras estuvieron en poder de la parte obligada a la restitución.”⁴⁷

Significa, entonces, que la declaración de nulidad de un contrato tiene como consecuencia que se retrotraigan sus efectos, de tal forma que las partes vuelvan al estado en el que se encontraban con anterioridad a su celebración.

Por su parte, la inoponibilidad se presenta en *“aquellas hipótesis en las que el acto o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley.”⁴⁸* Como es bien conocido, los contratos legalmente celebrados son vinculantes para *las partes* que concurrieron a su celebración (artículo 1602 del Código Civil). En esto consiste el principio de relatividad de los negocios

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de febrero de 2003. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

jurídicos, pues sus efectos se contraen a los contratantes, así como a sus sucesores o causahabientes, pero no se extienden a las personas que no hayan manifestado su aquiescencia para que dichas consecuencias se irradien a su particular círculo de intereses. En consecuencia, la inoponibilidad, tal y como lo dispone el artículo 901 del Código de Comercio, es la sanción jurídica que se presenta cuando no se ha observado la garantía de la que gozan los terceros de un determinado negocio jurídico, para no ser afectados por este si no se cumplen los requisitos de publicidad establecidos en el ordenamiento jurídico.

La ineficacia, a su vez, está consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio, en virtud del cual *“cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*. Sobre el origen y efectos de esta figura jurídica la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente:

“Concerniente a este asunto, es pertinente destacar que aparte del aludido concepto genérico de la ineficacia, el Código de Comercio de 1971 consagró una particular figura que denominó ineficacia de pleno derecho, o simple ineficacia, que además de contemplarla en varias normas específicas (v. g., arts. 110-4, 122, 190, 366, 390, 433, 1203, 1210, 1244, 1613), le fijó sus contornos generales de esta manera: «Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial». Estatutos posteriores, entre los que cabe recordar las leyes 222 de 1995, 226 de 1995 y 1116 de 2006, disciplinan otros eventos de especial ineficacia negocial.

“La adopción de esa nueva ineficacia por el legislador colombiano, para sancionar irregularidades de los actos o negocios jurídicos comerciales, tuvo su fuente irrefutable en el deseo de prever un mecanismo más ágil, que no requiera decisión judicial para ser reconocida, a diferencia de la nulidad (art. 1746 del C.C.). Pudo tener algo de inspiración en comentaristas del Código Civil italiano de 1942, porque en ese ordenamiento, aparte de las nulidades, se previeron formas de ineficacia, cuando «el negocio no produce su normal efecto por algún obstáculo (negativo, o positivo) de carácter extrínseco que lo hace (ipso iure) inidóneo para operar».

“(..)

“En el derecho nacional la concepción de la figura entraña una forma radical de carencia de efectos del negocio de que se trate, de modo que, aparte de las similitudes o diferencias entre los sistemas jurídicos, lo cierto es que según las reglas aquí imperantes, la expresión de ineficacia, que antes poseía un significado genérico y comprensivo de las diferentes formas de invalidez o crisis del negocio jurídico, pasó a contemplarse como una forma concreta de fracaso del mismo.”⁴⁹

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4654-2019. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

Se colige de lo anterior que la ineficacia, como sanción especial consagrada en el Estatuto Mercantil, supone que el negocio jurídico afectado carece por completo de efectos, de modo tal que desde el momento de su perfeccionamiento no debe generar consecuencias jurídicas. Se destaca, además, que de la redacción del artículo 897 del Código de Comercio se desprende que la ineficacia de pleno derecho solamente será procedente cuando “*en este Código se exprese que un acto no produce efectos*”. Es decir, es una sanción que solo puede ser aplicada en los casos contemplados en la ley. Al efecto resulta pertinente tener presente también que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, núm. 2, del EOSF, en materia de seguros son ineficaces las estipulaciones que contradigan las normas imperativas que regulan el contrato de seguro.

Finalmente, en lo que respecta al abuso del derecho que se puede presentar en determinadas estipulaciones contractuales y que conduce a que estas sean privadas de eficacia jurídica, en sentido genérico, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “*son ‘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*”⁵⁰. En similar sentido, la doctrina nacional ha explicado que son cláusulas abusivas aquellas que “*incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual.*”⁵¹ Este tipo de cláusulas, según lo ha señalado la jurisprudencia civil, están sancionadas con la ineficacia⁵², en la medida en que se evidencie el referido desequilibrio contractual en contra de los postulados de la buena fe, que en la actualidad se erige en el requisito esencial para que una estipulación contractual pueda considerarse como abusiva, leonina o vejatoria.

Pues bien, de conformidad con las anteriores consideraciones, el Tribunal destaca que la autonomía de la voluntad privada permite que los contratantes de un determinado negocio jurídico convengan las estipulaciones contractuales que mejor se adapten a sus necesidades, con el propósito de regular sus intereses en la forma en que consideren más adecuada. Esto, siempre y cuando se respeten los límites establecidos para el efecto —no violar normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, además de respetar los límites que se derivan del principio de la buena fe y la prevención del abuso del derecho— so pena de que la disposición sea sancionada con alguna de las sanciones jurídicas descritas en los párrafos precedentes, según el caso.

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Exp: 5670. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁵¹ Muñoz, Sergio. *El principio de la buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano*. En: A.A.V.V., Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. (Tomo IV, vol. 1), 2010. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana & Temis.

⁵² Sobre el particular, ver: Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC129-2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

4.3.1. Análisis del caso concreto

Observa el Tribunal que, en principio, es viable jurídicamente que las partes de un contrato de seguro acuerden los precisos términos en los que debe hacerse la reclamación para que se entienda afectada la respectiva póliza de seguros. Sin embargo, en esta materia existen algunos límites que deben ser observados por las partes, so pena de que se declaren abusivas las disposiciones respectivas. Respecto del asunto atinente a la prueba del siniestro, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha realizado las siguientes consideraciones, que puede ser extendidas, en tanto sea pertinente, a la regulación negocial relacionada con los requisitos de configuración de un siniestro y del nacimiento de la obligación indemnizatoria en cabeza de la aseguradora:

“En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- de una cláusula que, como la aquí colacionada, impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su obligación de ‘pagar el siniestro’, concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (onus probandi).

“Dicha exigencia restrictiva, in concreto, provoca una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo del asegurador, desnaturalizando así la inocultable teleología bienhechora reconocida universalmente al contrato de seguro, pues si de este negocio jurídico emana la obligación condicional de la entidad aseguradora (nral. 4 art. 1045, en concordancia con el art. 1054 del C. Co., en lo pertinente), ocurrido el siniestro, en virtud de la realización del referido riesgo asegurado (arts. 1054 y 1072 ib.), surge -in actus- la obligación a cargo de ésta de satisfacer la prestación asegurada (art. 1080 ib.).

“Lo abusivo -o despótico- de este tipo de cláusulas -que pueden estar presentes en cualquier contrato y no sólo en los de adhesión o negocios tipo-, se acentúa aún más si se tiene en cuenta que el asegurador las inserta dentro de las condiciones generales del contrato (art. 1047 C. de Co.), esto es, en aquellas disposiciones -de naturaleza volitiva y por tanto negocial- a las que se adhiere el tomador sin posibilidad real o efectiva de controvertirlas, en la medida en que han sido prediseñadas unilateralmente por la entidad aseguradora, sin dejar espacio -por regla general- para su negociación individual.

“De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de

configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que ‘el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio’, en cualquier caso, ‘no puede discutirse que existe voluntad contractual’, o que ese acto no revista ‘el carácter de contrato’, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1º y 333 inc. 4º C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador - consumidor, lato sensu- deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (in potencia a in actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su ‘expectativa objetivamente razonable’, como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro.

“De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas ‘listas negras’, contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que ‘favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente’, entre las cuales se encuentra ‘La limitación indebida de los medios de prueba o los pactos que modifiquen la distribución de la carga de la prueba conforme al derecho aplicable’ (Se subraya), restricción objetiva que en el caso sometido a escrutinio de la Sala, se ‘acordó’ en la cláusula 13 de las condiciones generales del seguro de cumplimiento tomado por la sociedad demandada, al estipularse como única manera de probar el siniestro, la copia auténtica de la sentencia o del laudo arbitral ejecutoriado, que declare el incumplimiento del afianzado (fl. 149, cdno. 1), lo que significa, lisa y llanamente, que a través de esa aludida – y cuestionada- cláusula, se modificó un precepto de carácter imperativo, en perjuicio del asegurado-beneficiario, lo cual tampoco resulta de recibo en el ordenamiento colombiano, no solo desde el punto de vista legal, como ha quedado expuesto, sino también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta que es deber de toda persona no abusar de sus derechos (nral.1º inc. 2º art. 95 C. Pol.); que el Estado debe evitar o controlar ‘cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional’ (inc. 4º art. 333 ib.), e igualmente velar por los derechos de los consumidores (art. 78 ib.).”⁵³

Significa, entonces, que no son válidas las cláusulas que sean el resultado del ejercicio abusivo de la posición dominante de uno de los contratantes, así como aquellas que generan un desequilibrio injustificado para una de las partes del respectivo negocio jurídico, sin

⁵³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

contraprestación o explicación que legitime su incorporación al contrato. Para el efecto, resulta necesario analizar la estipulación particular de que se trate, su finalidad y alcance, y, específicamente, la justificación que haya dado fundamento a su inclusión en el contexto de la cobertura que sea objeto de análisis.

Pues bien, en el caso concreto, encuentra el Tribunal que en la cláusula 6.38 del contrato de seguro celebrado entre COOGRANADA y ALLIANZ se definió el concepto de “tercero” en los siguientes términos:

“6.38 TERCERO

“Para efectos de este seguro debe entenderse como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales.

“La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995”.

De la cláusula anteriormente transcrita se desprende con claridad que las partes pactaron que, en caso de que COOGRANADA sufriera un daño o perjuicio indemnizable, debía formular la reclamación a través de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. Esto es, para que COOGRANADA ostentara la calidad de reclamante perjudicado y, por consiguiente, de beneficiario del contrato de seguro debía iniciar una acción social de responsabilidad contra los administradores que le hubieren ocasionado un perjuicio, para lo cual, como lo dispone la Ley, debía obtener la autorización previa del máximo organismo de la entidad. De no hacerlo así, no sería posible considerar que la Convocante hubiera presentado una reclamación en los términos de la póliza.

Para el Tribunal, esta disposición y la interpretación de ella que se acaba de exponer según su tenor literal, contrario a lo manifestado por la parte Convocante, no adolecen de irregularidad alguna, según pasa a explicarse.

En primer lugar, debe recordarse que, como lo establece el artículo 158 de la Ley 79 de 1988⁵⁴, las Cooperativas —como lo es COOGRANADA—, están sujetas a la regulación societaria que por su naturaleza les sea aplicable, en las materias que no están reguladas por una norma del sector cooperativo o que no puedan resolverse conforme a la doctrina y los principios cooperativos. Así, ante la ausencia de una regulación expresa en torno a la acción social de responsabilidad para este tipo de personas jurídicas, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 sobre el particular. Así ha sido reconocido por la Superintendencia de la Economía Solidaria, en concepto No. 29526 del 17 de octubre de 2002, donde señaló que: *“no se puede perder de vista, que si se presumía que el gerente*

⁵⁴ “Artículo 158. Los casos no previstos en esta Ley o en sus reglamentos, se resolverán primeramente conforme a la doctrina y a los principios cooperativos generalmente aceptados. En último término se recurrirá para resolverlos a las disposiciones generales sobre asociaciones, fundaciones y sociedades que por su naturaleza sean aplicables a las cooperativas.”

*actuó en contravía de las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias, el Estatuto Mercantil, aplicable al caso consultado por remisión expresa del artículo 158 de la Ley 79 de 1988, consagra la acción social de responsabilidad, la cual se puede ejercer, previa decisión de la asamblea general (...)*⁵⁵.

Con ese fundamento, es claro que la acción social de responsabilidad no es ajena al caso de las cooperativas, pues, como se señaló anteriormente, por remisión expresa del artículo 158 de la Ley 79 de 1988, la mencionada acción debe ejercerse por la cooperativa afectada en contra del administrador que le causó el daño. Esto significa, entonces, que COOGRANADA debía iniciar la acción social de responsabilidad —como en efecto lo hizo⁵⁶—, en contra de los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ.

Ahora bien, el hecho de que se exija acudir a la acción social de responsabilidad para que la cooperativa pueda ostentar la calidad de perjudicado reclamante ante la aseguradora que haya otorgado la correspondiente cobertura no representa una vulneración, afectación o limitación de los derechos de COOGRANADA. En efecto, el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 consagra la acción social de responsabilidad en los siguientes términos: *“la acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halla dividido el capital social”*.

Sobre el régimen particular de responsabilidad civil de los administradores, la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

“El legislador, además de la responsabilidad contractual fincada en el negocio jurídico que da origen a las sociedades comerciales y que vincula por igual a quienes lo celebran, estableció un régimen particular de responsabilidad en relación con sus administradores, que opera solo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquellos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros, régimen que, cuando el administrador es una persona jurídica, se extiende solidariamente a su representante legal. Sin duda, se trata de un régimen especial de responsabilidad civil cuyo propósito es brindarle a sus beneficiarios un mecanismo particular de reparación frente a las actuaciones de los administradores que afecten ilegítimamente sus derechos, y que, por sus características, no puede ni debe confundirse con la estrictamente contractual —derivada de los conflictos que puedan presentarse entre los socios y la sociedad o de aquellos entre sí—, toda vez que dicha acción fue concebida como un instrumento adicional a esta y porque la única razón de ser de la primera es el mandato expreso del legislador —que se activa por el contrato social y la actuación de los administradores—, lo que significa

⁵⁵ Superintendencia de la Economía Solidaria. Concepto No. 29526 del 17 de octubre de 2002

⁵⁶ La demanda de acción social de responsabilidad fue presentada el 30 de junio de 2022 por COOGRANADA. Expediente digital. Cuaderno 02 PRUEBAS, Subcarpeta 010_Prueba_oficio_2_Respuesta Juzgado Civil_El Santuario, Archivo 001 Acta de reparto del proceso.

que su configuración y su efectiva aplicación, en ningún caso, depende de la mera voluntad expresada en el contrato social, al [...] punto [de] que, como ya se transcribió, en el inciso final del artículo 200 del Código de Comercio se dispuso que «[s]e tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos».⁵⁷

En relación con el alcance del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en cuanto regula la acción social de responsabilidad, la Superintendencia de Sociedades ha señalado lo siguiente:

“De la norma en mención se observa claramente que la acción social de responsabilidad, es una actuación dirigida contra el administrador o administradores que con su conducta violatoria de la ley y/o de los estatutos, ha causado perjuicios a la sociedad, a los socios y/o a terceros y que la acción conlleva la remoción del cargo que ocupa el o los administradores contra quienes se oriente; por ello, el legislador asignó a los asociados, reunidos en asamblea o junta de socios, la facultad para ejercerla en cualquier momento, aspecto del que se desprende que no es necesario que el punto sea incluido en el aviso de convocatoria.

“Previendo dicha situación, se consagró expresamente que la convocatoria puede ser realizada directamente por un número de asociados que representen, por lo menos, el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se encuentra representado el capital de la compañía y la decisión adoptarse con la mitad más una de las representadas. Vía doctrinal se ha dispuesto que la convocatoria en los términos indicados, no requiere pluralidad de asociados, basta que quien o quienes convoquen tengan el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés social, que se realice de acuerdo con el medio y a la antelación prevista en los estatutos o, en su defecto, en la ley, y que la decisión, si bien exige las mayorías indicadas, no es imperativo que se predique la pluralidad de los asociados que la voten afirmativamente.

“Por esa misma vía, sobre la base que una decisión en tal sentido puede adoptarse en una sesión de carácter ordinario o extraordinario, sin que se incluya ese punto en el orden del día, la Entidad ha expresado que tanto la determinación de la acción de responsabilidad como las circunstancias en que la misma se lleve a cabo, serán objeto de evaluación por el órgano judicial competente para determinar la procedibilidad de la acción como los perjuicios causados a la sociedad”.⁵⁸

Es claro, entonces, que la acción social de responsabilidad es el mecanismo que previó el legislador para que una sociedad —o una cooperativa, según se ha explicado— solicite la declaración de responsabilidad civil de sus administradores. Por esta razón, es necesario que

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de agosto de 2011.

⁵⁸ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-066312 del 12 de mayo de 2015.

la reclamación en contra de tales personas se efectúe a través de la acción social y, por consiguiente, bajo el contrato de seguro únicamente se considerará como un reclamo constitutivo del siniestro y detonante de la cobertura cuando la entidad tomadora afectada por las gestiones de sus administradores ejerza la acción social de responsabilidad, consagrada en el ordenamiento jurídico precisamente para ese propósito, contra los administradores asegurados. Esto, en la medida en que, como se ha mencionado, expresa y legalmente se consagró la acción social como el mecanismo que debe ponerse en funcionamiento para que se establezca la responsabilidad de los administradores de una determinada entidad. Sobre el particular, en materia arbitral —citando la jurisprudencia civil— se ha explicado lo siguiente:

“A primera vista, ciertamente cabe pensar que, en el simple carácter de víctima, la sociedad tiene, sin más, franqueada la puerta para proceder por el camino de la acción directa de que trata el mencionado artículo 1133 del Código de Comercio, dado que este les reconoce ese derecho genéricamente a los ‘damnificados’ en los seguros de responsabilidad civil, sin hacer distinción alguna entre unos y otros. Es decir, entre los terceros, la sociedad y los socios.

“Ello no obstante, si se atiende -como es imperativo hacerlo- a lo que dispone el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, que, como igualmente se dijo, consagra la acción social de responsabilidad, resulta evidente su condición de estar ella instituida específicamente para la efectividad de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad. Ese nivel de evidencia es tanto mayor cuando se trata de hacer efectiva esa responsabilidad bajo el alero de un seguro de ‘Directores y Administradores’, cuya razón de ser fundamental -como también quedó dicho- es ante todo la protección del patrimonio del asegurado o asegurados.

“Así lo han reconocido entre nosotros la jurisprudencia y la doctrina, de modo por demás elocuente:

“La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 30 de octubre de 2007, hizo suyas las palabras del reconocido especialista en seguros Bernardo Botero Morales, para señalar que ‘en ningún caso una sociedad comercial puede ejercer los derechos derivados de una p[ó]liza de directores y administradores directamente contra la compañía aseguradora. La sociedad puede a través de la acción social de responsabilidad iniciar contra los directores de la misma. Esta acción, por vía de excepción está amparada bajo la póliza, es decir, que la sociedad demanda al director y administrador en ejercicio de la acción social de responsabilidad y es el director o el administrador el que queda amparado bajo la póliza’. La acción social de responsabilidad consiste en la facultad que de acuerdo con lo consignado en el artículo 25 de la Ley 222/1995, tienen los accionistas de una sociedad de solicitar la convocatoria de una asamblea con el objeto de que la misma se pronuncie sobre la solicitud de remover y realizar acción de responsabilidad contra uno o más de sus administradores. Por tanto, la improsperidad (SIC) de

*los pedimentos de la demanda es la secuela obvia que se produce por carecer la sociedad promotora del proceso de legitimación en la causa por activa”.*⁵⁹

En otra oportunidad más reciente, otro Tribunal de arbitraje señaló lo siguiente sobre el particular:

“Finalmente, y como excepción a la regla, podrá ser beneficiaria la entidad tomadora del seguro. Sobre este punto, es mandatorio hacer las siguientes precisiones.

“La entidad tomadora estará legitimada para fungir como beneficiaria del seguro en dos situaciones:

“a) La primera, entendida como la garantía de reembolso de la sociedad, la cual debe preverse en la póliza y se configura en el momento en que la entidad tomadora, cuando así lo ordene la ley o haya sido pactada con el administrador, se hace cargo de los gastos y expensas derivadas de la responsabilidad civil en que incurrió el asegurado y que haya sido reclamada por las víctimas durante el término de vigencia de la póliza. En este caso, podrá exigirle al asegurador el reembolso de aquellos gastos.

*“b) La segunda posibilidad que tiene la entidad tomadora, consiste en actuar como víctima directa del error de conducta del administrador, caso en el cual se exige la iniciación, por parte de la entidad tomadora, de la acción social de responsabilidad en contra del administrador asegurado en los términos del artículo 25 de la Ley 222 de 1995, la cual hará las veces de reclamación. En caso contrario, no será considerado como tercero legitimado para solicitar la reclamación.”*⁶⁰

De las citas anteriormente transcritas se desprende, entonces, que la doctrina arbitral y la jurisprudencia civil han sido reiterativas en el sentido de que cuando la entidad tomadora de un seguro de responsabilidad civil de administradores y directores es quien pretende recibir la indemnización por parte de la aseguradora, ésta debe formular la reclamación a través de la acción social de responsabilidad. De no procederse de esa manera, no se podrá considerar que la sociedad —o cooperativa— hayan presentado un reclamo que active la cobertura otorgada por la póliza de D&O y adicionalmente puedan erigirse como beneficiarias del contrato de seguro percibiendo el pago de una indemnización a cargo de la aseguradora.

⁵⁹ Tribunal arbitral de Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A. Laudo arbitral de 4 de noviembre de 2014. Árbitros: Carmenza Mejía (Presidente), Juan Carlos Esguerra y Juan Manuel Díaz Granados. En el mismo sentido ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de octubre de 2007. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, en la reseña de la providencia del 13 de marzo de 2006 del Tribunal Superior de Medellín, que no fue casada.

⁶⁰ Tribunal Arbitral de Vehículos de la Costa S.A.S. – Vehicosta S.A.S. contra Chubb Seguros Colombia S.A., SBS Seguros Colombia S.A. y Luis Jesús Anaya Abello. Laudo arbitral de 15 de julio de 2023. Árbitros: Jorge Santos Ballesteros, William Namén Vargas y Ernesto Rengifo García.

La anterior conclusión tiene sentido, además, si se analiza la lógica y la estructura del artículo 25 de la Ley 222 y 1995. La mencionada norma prevé que la responsabilidad civil de los administradores debe ser determinada en virtud del ejercicio de la acción social de responsabilidad social, previa decisión del máximo órgano social para cuya convocatoria se exigen requisitos especiales y que solo puede adoptarse por una mayoría conformada, por lo menos, por la mitad más una de las acciones representadas en la reunión. Esto significa que la decisión de iniciar la acción social no es una determinación que puedan tomar el representante legal de la persona jurídica o un grupo plural de asociados así sea significativo, sino que le corresponde adoptarla al máximo órgano social, por mayoría. Así las cosas, quien determina si se debe iniciar o no un proceso para que se declare la responsabilidad civil de un administrador es la propia sociedad —o cooperativa—, sin que la persona que tiene la potencialidad de perjudicar a la persona jurídica —el administrador presuntamente civilmente responsable— participe en la decisión.

El ordenamiento jurídico nacional propende por dar un justo equilibrio a los administradores en su condición de mandatarios de la sociedad o de la entidad cooperativa impidiendo de esa manera que pueda iniciarse un proceso judicial en su contra, si el mismo no ha sido previamente autorizado por el máximo órgano social. De no seguirse dicho mecanismo, los administradores de la persona jurídica estarían a merced de quienes detentan la representación legal de la sociedad o de la cooperativa pues serían exclusivamente estos últimos quienes decidirían si accionan o no contra sus pares. Igualmente, sin la consagración del mecanismo de la acción social de responsabilidad sería imposible que la persona jurídica pudiera accionar en contra del administrador que ejerza el cargo de representante legal.

En ese orden de ideas, el Tribunal observa que la cláusula 6.38 se ajusta a la lógica antes descrita, pues lo que busca es que sea el máximo órgano social el que decida si desea instaurar acción en contra de los administradores asegurados y con el ejercicio de dicha acción o reclamación judicial posteriormente afectar la póliza de responsabilidad civil de administradores y directores. Si no existiera esa disposición contractual, se permitiría que se omita el sistema especial que el legislador estableció para que se analice la responsabilidad civil de los administradores de la Cooperativa.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la cláusula 6.38 de la póliza se limita a incluir las exigencias que legal y jurisprudencialmente han sido establecidas para establecer la responsabilidad civil de los administradores de una sociedad o cooperativa. Así las cosas, el contenido literal de la disposición contractual analizada no representa una limitación de los derechos de la Convocante, ni adolece de vicio alguno, pues simplemente se encuentra en consonancia con el ordenamiento jurídico vigente.

En efecto, la estipulación no es nula, por cuanto (i) no tiene causa u objeto ilícitos, pues no surge de una motivación irregular y se ajusta a la normatividad que resulta aplicable a los seguros de responsabilidad civil de directores y administradores; (ii) no se omitió formalidad alguna que fuera necesaria para el valor del contrato en el que la estipulación fue incorporada; y (iii) fue pactada por dos personas jurídicas capaces. En ese sentido, no observa el Tribunal que se configure causal alguna de nulidad absoluta, ni tampoco la presencia de otra irregularidad que permita concluir la existencia de una nulidad relativa.

Adicionalmente, la cláusula no resulta inoponible, por cuanto fue pactada por COOGRANADA y ALLIANZ en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y la entidad tomadora del seguro conoció, obviamente, el contenido del contrato. Así las cosas, el clausulado de la póliza les resulta vinculante a ambas partes, según lo dispone el artículo 1602 del Código Civil. En consecuencia, no se podría considerar ahora que la disposición contractual es inoponible para quien consintió incluirla en los términos contractuales, máxime si se tiene en cuenta que la inoponibilidad es un mecanismo de protección para terceros de buena fe que no participan en la celebración del contrato. Por lo anterior, para el Tribunal la sanción de la inoponibilidad no resulta procedente en este caso concreto.

En lo que respecta a la ineficacia de pleno derecho, el Tribunal no encuentra que se configure una causal que permita llegar a esa conclusión. En efecto, como se señaló en párrafos anteriores, para que proceda la sanción de ineficacia consagrada en el artículo 897 del Código de Comercio, es necesario que se configure uno de los supuestos de hecho que el Estatuto mercantil previó para tal fin. Es decir, es necesario que haya correspondencia entre la cláusula cuya ineficacia se busca y una norma que establezca que ese tipo de disposición “*se entenderá por no escrita*” o “*será ineficaz*”. Pues bien, analizada la legislación aplicable, así como la cláusula 6.38 del contrato celebrado entre las partes, no observa el Tribunal que se haya incurrido en alguno de los supuestos previstos por el legislador para que opere la sanción de la ineficacia de pleno derecho.

Finalmente, analizado el expediente, la normatividad relevante y la jurisprudencia sobre el asunto, no encuentra el Tribunal que la cláusula 6.38 pueda ser clasificada como una cláusula abusiva. Lo anterior, en la medida en que (i) no hay prueba que permita concluir que su negociación no fue individual, máxime si se tiene en consideración que la cláusula fue introducida desde la primera vigencia de la póliza el 27 de julio de 2012, sin que se hiciera observación alguna por parte de COOGRANADA, ni en la vigencia inicial del contrato, ni en las posteriores extensiones de su vigencia; (ii) con su estipulación no se lesiona la buena fe comercial, pues no se advierte la existencia de circunstancia alguna que pueda considerarse contraria a la corrección, lealtad u honestidad que debe existir en el tráfico jurídico; y (iii) no genera un desequilibrio injustificado y significativo en la relación contractual, puesto que, como lo han señalado la jurisprudencia civil y la doctrina arbitral, la reclamación hecha por una entidad tomadora de un seguro de administradores y directores debe hacerse a través de la acción social de responsabilidad, sin que esto haya generado, *per se*, un obstáculo para que la Convocante accediera a la administración de justicia. Por consiguiente, no se encuentran presentes los elementos estructurales para que una cláusula pueda calificarse como abusiva.

4.3.2. Conclusión

Por lo expuesto anteriormente, la cláusula 6.38 del contrato de seguro celebrado entre COOGRANADA y ALLIANZ, especialmente en lo que respecta a su interpretación en el sentido de que se debe agotar la acción social como reclamación no adolece de vicio alguno que afecte su validez, su eficacia o su oponibilidad. Por el contrario, como se explicó en los párrafos precedentes, el contenido de la mencionada estipulación contractual responde a los parámetros legales y jurisprudenciales existentes sobre la materia.

En razón de lo anterior, se declarará la prosperidad de la excepción de mérito denominada: “4.2. La cláusula 6.38 contenida en las condiciones generales de la póliza no adolece de nulidad ni de ineficacia. Dicha cláusula es totalmente válida y está llamada a operar en el caso que nos ocupa” y, en consecuencia, se negarán la pretensión primera principal de la demanda, así como sus pretensiones subsidiarias.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA ‘RECLAMACIÓN’ REALIZADA POR COOGRANADA

5.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

5.1.1. Posición de la Convocante

La Convocante en la pretensión segunda de la demanda pide en su primera parte:

“Que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar, en virtud de ACCIÓN DIRECTA derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito con la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, con ocasión de la responsabilidad civil de los administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO Márquez GOMEZ” (Negrilla fuera de texto).

En los alegatos de conclusión el apoderado de la Convocante afirma que el acto incorrecto cometido por los señores NOREÑA y MÁRQUEZ se encuadra dentro de la definición pactada en la Sección Sexta numeral 6.1. de la póliza. Agrega que la delimitación temporal opera bajo el sistema *Claims Made* y que “en las condiciones de la póliza se estableció de manera expresa periodo de retroactividad: *ILIMITADA*”.

Señala que COOGRANADA formuló reclamación a los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y Fernando Márquez Gómez el día 28 de septiembre del 2021, tal como consta en comunicación y guía de mensajería (C 2. 008. 2.9) y menciona que, si llegare a considerarse que la acción social debía instaurarse en vigencia de la póliza, que ello también fue así en razón a que se pactó periodo adicional de notificaciones (C 2. 002. Folios 7) el cual abarca la fecha de presentación de la demanda de la acción social de responsabilidad. Enfatiza que la Convocante siempre brindó información a ALLIANZ sobre el proceso que se venía tramitando en su contra.

5.1.2. Posición de la Convocada

La Convocada afirma que no existió un comportamiento de los señores NOREÑA y MÁRQUEZ que pueda calificarse como un acto incorrecto, lo que consecuentemente impide que pueda afirmarse, como se hace en la demanda, que ellos son civilmente responsables de la pérdida reclamada por COOGRANADA.

Sustenta esta afirmación en los siguientes argumentos: i) no hay prueba del error que se endilga, pues en ninguna parte de las decisiones judiciales que se tomaron en relación con

este asunto se menciona que la problemática hubiera tenido origen en un error en la constitución de la garantía; ii) varios hechos denotan que se actuó con diligencia, entre otros, se contó con la asesoría de un abogado para la recomendación de aceptar la garantía hipotecaria, y los análisis se validaron por estudios de títulos posteriores (cita las actas No. 587 y 588 del Consejo de Administración), afirma que no era necesaria la vista al predio, señala que para la fecha de otorgamiento de la escritura pública No. 871 en la que consta la hipoteca, no hay prueba de que el inmueble estuviera indebidamente ocupado; iii) la hipoteca se celebró sin objeciones por parte del Notario; iv) la cuota hipotecada se terminó dando en pago de la obligación lo que dio lugar a la extinción del crédito; y v) obra una comunicación reconociendo que no existió acto incorrecto (carta del Asociado Carlos Eduardo David Ospina, de fecha 25 de agosto de 2020⁶¹).

Agrega que aún en el caso de que se entendiera que hubo responsabilidad, hay inexistencia de cobertura por cuanto: i) mientras la póliza se encontraba vigente la reclamación no fue formulada a través de acción social de responsabilidad; ii) la regulación que existe en materia comercial en punto de la acción social de responsabilidad es aplicable a las entidades cooperativas; iii) la cláusula 6.38 no es nula, ineficaz, inoponible ni abusiva; iv) la aplicabilidad de la cláusula 6.38 deriva de que exista falta de cobertura temporal en relación con la reclamación que se formula a través de la acción social de responsabilidad; v) la acción de responsabilidad está prescrita; y vi) están llamadas a operar varias exclusiones de la póliza.

La Convocada formuló la excepción denominada: *“4.1. No se encuentran acreditados los supuestos necesarios para que se configure un siniestro cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y Demás Administradores”*.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

El Tribunal debe analizar si se verificó una reclamación en contra de una persona asegurada (director o administrador) durante la vigencia del seguro que pudiera activar la cobertura provista por el seguro de D&O contratado por COOGRANADA con ALLIANZ.

El Tribunal procede a resolver el cuestionamiento planteado en las siguientes líneas:

5.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.3.1. La parte convocante no indicó en sus pretensiones cuál de las diferentes vigencias contratadas pretende afectar

Es importante señalar, en primer término, que en las pretensiones propuestas en el escrito de demanda, la parte Convocante no indicó cuál vigencia del seguro de D&O aspiraba afectar con el pago indemnizatorio requerido de parte de Allianz. En efecto, de la simple lectura del listado de pretensiones de la demanda se desprende que la Convocante no identifica la vigencia del seguro de D&O con cargo a la cual debe indemnizar la parte Convocada, a pesar

⁶¹ Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 002_CONTESTACIÓN_DEMANDA_20221115 / PRUEBAS DOCUMENTALES COOGRANADA, Archivo 1. Comunicación del 25 de agosto de 2020, archivo adjunto “COMUNICACIÓN DE RECLAMACION” (Folio 1).

de que es claro que un único siniestro o evento solo puede estar amparado por una vigencia y no por varias a la vez.

Aunque de las actuaciones adelantadas por la parte Convocante pudiera interpretarse la demanda y entender que su intención era específicamente la afectación de la vigencia 2021 – 2022, pues (i) acompaña el escrito de demanda únicamente con la póliza de seguro correspondiente a esa vigencia; (ii) invoca el pacto arbitral contenido específicamente en ese contrato para integrar el presente Tribunal; y (iii) en los alegatos de conclusión afirma que el reclamo en contra de los administradores asegurados se verificó el día 28 de septiembre de 2021 cuando el representante legal de COOGRANADA presentó un escrito solicitando a los administradores GONZALO NOREÑA y FERNANDO MÁRQUEZ la indemnización de los perjuicios presuntamente causados a la entidad cooperativa, se considera prudente evaluar todas las vigencias del seguro de D&O que fueron contratadas por COOGRANADA con ALLIANZ, para determinar si en alguna de ellas se verificó una reclamación en contra de los administradores señalados de haber causado el perjuicio que se pretende sea indemnizado por la parte convocada.

Precisado lo anterior, se advierte que obra prueba documental en el expediente que da cuenta de que fueron contratadas las siguientes vigencias del seguro de D&O entre COOGRANADA y ALLIANZ:

- Seguro de D&O para la vigencia del 17 de junio de 2011 al 16 de junio de 2012
- Seguro de D&O para la vigencia del 17 de junio de 2012 al 16 de junio de 2013
- Seguro de D&O para la vigencia del 30 de enero de 2014 al 30 de enero de 2015

Se advierte que en el año 2013 no se renovó el seguro de D&O y solo fue contratado nuevamente en enero de 2014 hasta enero de 2015. Se dejó un periodo de dos meses sin cobertura y posteriormente se renovó en forma ininterrumpida desde marzo de 2015 hasta marzo de 2022.

- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2015 al 19 de marzo de 2016
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2016 al 19 de marzo de 2017
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2017 al 19 de marzo de 2018
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2018 al 19 de marzo de 2019
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2019 al 19 de marzo de 2020
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2020 al 19 de marzo de 2021
- Seguro de D&O para la vigencia del 20 de marzo de 2021 al 19 de marzo de 2022

La última vigencia que fue contratada fue la comprendida entre el 20 de marzo de 2021 y el 19 de marzo de 2022, fecha a partir de la cual no se renovó, por lo menos con Allianz, el seguro de D&O. Por consiguiente, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente se analizará si en alguna de las vigencias enunciadas se presentó un reclamo en contra de los administradores GONZALO NOREÑA y FERNANDO MÁRQUEZ con fundamento en los hechos que se describen como un acto incorrecto en el escrito de demanda.

5.3.2. El seguro de D&O contratado opera bajo el sistema de delimitación temporal por reclamación o mejor conocido como “claims made”

Como ya se destacó anteriormente, conforme varias disposiciones contractuales contenidas en los clausulados correspondientes a las vigencias contratadas desde el año 2011 hasta 2022 es claro que el seguro de D&O, contratado por COOGRANADA y expedido por ALLIANZ, opera bajo el sistema de delimitación temporal de cobertura por reclamación o sistema “claims made”, previsto legislativamente en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1997⁶² por virtud del cual el detonante del amparo ofrecido es la reclamación que se presente por primera vez durante la vigencia del seguro en contra de alguna persona asegurada.

Sobre el particular, es claro el contrato celebrado entre COOGRANADA y ALLIANZ, incluso desde la primera vigencia expedida en el año 2011 y así invariablemente hasta el año 2022, pues en el mismo se establecieron múltiples estipulaciones en las que se hace referencia a que el seguro de responsabilidad opera bajo el sistema de delimitación temporal por reclamación o “claims made”, situación que nunca fue cuestionada o controvertida por ninguna de las partes, quienes pacíficamente reconocieron y aceptaron que el seguro contratado se había delimitado temporalmente de esa manera.

Se destacan las siguientes estipulaciones incluidas en el texto del contrato: en primer lugar, la denominada como Condición preliminar, bajo el siguiente tenor literal:

*(...) La presente póliza **cubre únicamente las reclamaciones presentadas por primera vez contra las personas aseguradas durante la vigencia del seguro** o del periodo adicional para notificaciones, de ser aplicable (claims made). (Se destaca fuera del texto original)*

En segundo lugar, en la descripción de las coberturas básicas del seguro de D&O se dispuso:

“2.1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES

*La compañía indemnizará a, o por cuenta de las personas aseguradas, cualquier pérdida que se derive de **cualquier reclamación de la que resulten civilmente responsables por razón de cualquier acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por las personas aseguradas en el ejercicio de sus respectivas funciones como administradores de la sociedad, que sea interpuesta por vez primera contra los mismos, durante el período de vigencia de la presente póliza (y, en su caso, durante el período adicional para notificaciones)**, excepción hecha del monto de dichos siniestros que haya sido indemnizado por la sociedad.” (Se destaca fuera del texto original)*

⁶² Ley 389 de 1997. “ARTÍCULO 4. En el seguro de manejo y riesgos financieros **y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo**, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. (...)”

En tercer lugar, en la cláusula 6.33 correspondiente al glosario del contrato de seguro se indicó que por reclamación debía entenderse:

“6.33. RECLAMACIÓN

Toda demanda o proceso por la comisión de un Acto Incorrecto, iniciado en contra de las Personas Aseguradas en la jurisdicción civil, penal, administrativa o arbitral incluyendo:

*“a) **Cualquier notificación o requerimiento escrito en contra de las Personas Aseguradas que pretenda la declaración de que el mismo es responsable de un daño;***

*“b) **Cualquier proceso penal iniciado en contra de las Personas Aseguradas o al que estas sean vinculadas, sujeto a las limitaciones que se establecen en las Exclusiones de esta póliza o;***

*“c) **Cualquier procedimiento administrativo o investigación en contra de las Personas Aseguradas. (...)**”*

En cuarto lugar, también en el glosario del seguro contrato se dispuso la definición del siniestro en los siguientes términos:

“6.35. SINIESTRO

“Es toda Reclamación presentada durante la Vigencia de la póliza, resultante de un Acto Incorrecto de alguna Persona Asegurada en el ejercicio de sus funciones como Administrador, que haya causado un daño del cual se derive una responsabilidad civil amparada bajo la póliza.

“No constituirán Siniestros y como tales no darán derecho a indemnización alguna, las multas, las sanciones de cualquier otra índole (excepto por las mencionadas en el numeral 2.2.18), los daños no compensatorios (punitive or exemplary damages), los impuestos, las cantidades que no puedan ser cobradas a las Personas Aseguradas por sus acreedores, ni las que se deriven de actos o hechos no asegurables con arreglo a las leyes aplicables a la presente póliza.”

No cabe duda, entonces, de que el seguro materia de esta controversia se delimitó temporalmente bajo el sistema por reclamación o “claims made”, por lo que para que se activara el amparo otorgado resultaba indispensable que se hubiera verificado en vigencia de la póliza una reclamación en contra de una persona asegurada.

5.3.3. Los seguros de D&O contratados se otorgaron con fecha retroactividad ilimitada

Tomando en consideración que los seguros de D&O contratados bajo la modalidad por reclamación o “claims made” se otorgaron con periodo de retroactividad ilimitado no es necesario revisar la fecha en que acaecieron los actos incorrectos que dan lugar a la

reclamación para efectos de definir la existencia o no de cobertura, siendo únicamente relevante para dicho propósito determinar si se presentó o no un reclamo contra un administrador asegurado en vigencia del seguro.

La fecha de ocurrencia del acto incorrecto tendría, en el presente caso, únicamente relevancia si fuere necesario analizar la denominada fecha de continuidad para efectos de definir la aplicación o no de la exclusión de hechos y circunstancias conocidas, en caso de que se determine primero, que efectivamente hubo un reclamo contra los administradores asegurados durante la vigencia del contrato de seguro.

- a. La reclamación debe ser formulada por un tercero. Análisis integral y sistemático del contrato de seguro.

El Tribunal advierte que, aunque en las cláusulas arriba transcritas no se indica de manera expresa que la reclamación que se formule contra una persona asegurada (administrador) debe ser presentada por un tercero, ajeno al contrato de seguro, que tenga la calidad de víctima, dicha premisa se encuentra implícita en los textos transcritos y se vuelve más evidente si se toman en consideración las siguientes disposiciones contractuales:

En primer lugar, el numeral 6.25 indica qué se debe considerar como pérdida indemnizable para concluir que la misma consiste en daños y perjuicios pecuniarios o patrimoniales causados a terceros, con ocasión de la comisión de un acto incorrecto.

“6.25. PÉRDIDA

“Significa:

*“a) Aquellas cantidades por las que las Personas Aseguradas **deban legalmente responder frente a un tercero por los daños y perjuicios pecuniarios causados por Actos Incorrectos, determinados mediante sentencia o laudo firme condenatorio en** contra de una Persona Asegurada o mediante acuerdo transaccional aprobado previamente por escrito por La Compañía.*

“b) Los Gastos de Defensa,

“c) Pagos realizados por La Compañía bajo cualquier cobertura adicional o extensión de esta póliza.

“Pérdida no incluye: (1) los daños punitivos o ejemplarizantes resultantes de una Reclamación por Prácticas de Empleo Indebidas; (2) multas o sanciones, a excepción de lo dispuesto en la Extensión 2.2.18; (3) tributos, impuestos, tasas o exacciones parafiscales; (4) remuneraciones o beneficios de Empleado; (5) cauciones o avales; (6) sumas no asegurables conforme a las leyes de la jurisdicción aplicable.” (Se resalta fuera del texto original)

Por otra parte, la cláusula 6.38, define tercero como cualquier persona natural o jurídica diferente a la entidad tomadora del seguro, es decir, diferente de la entidad administrada, que haya sufrido daños y perjuicios indemnizables. Como se indica en la cláusula, únicamente

por excepción se considera a la entidad administrada, tomadora del seguro, como un tercero, cuando haga ejercicio de la acción social de responsabilidad.

“6.38. TERCERO

*“Para los efectos de este seguro debe entenderse **como Tercero cualquier persona o entidad distinta de la Sociedad que sufra daños y perjuicios indemnizables** de acuerdo con los amparos de la presente póliza, incluyendo a cualquier persona en el ámbito individual, los socios o accionistas y los acreedores sociales.*

*“**La Sociedad puede también actuar como reclamante perjudicado, cuando la Reclamación sea formulada a través de acción social, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios con arreglo al artículo 25 de la ley 222 de 1995.**” (Se resalta fuera del texto original)*

Con fundamento en las cláusulas antes transcritas se concluye que son pérdidas indemnizables por el seguro de D&O, los perjuicios patrimoniales por los cuales deba legalmente responder un administrador asegurado frente a terceros, que se hayan causado por la comisión de un acto incorrecto.

Por tercero, deberá entenderse cualquier persona o entidad diferente a la sociedad o entidad tomadora administrada que haya sufrido daños indemnizables, permitiendo única y excepcionalmente que se considere como tercero y que detente la calidad de reclamante o beneficiario del seguro la entidad tomadora o entidad administrada cuando haga ejercicio de la acción social de responsabilidad dispuesta en el art. 25 de la Ley 222 de 1995, norma aplicable, según ya se ha explicado, a las entidades cooperativas por virtud de la remisión normativa contenida en el artículo 158 de la Ley 79 de 1988.

En consecuencia, habiéndose ya definido líneas atrás la legalidad y eficacia jurídica de la cláusula 6.38. en comentario, es necesario determinar si, en vigencia del seguro se produjo alguna reclamación por parte de un tercero en contra de administrador alguno, siendo claro que un reclamo realizado por la entidad tomadora, es decir por COOGRANADA, solo se considerará como un reclamo proveniente de un tercero cuando se efectúe en ejercicio de la acción social de responsabilidad.

b. No fue contratado el periodo adicional para notificaciones

Tomando en consideración que la Convocante indica que la acción social de responsabilidad se ejerció en junio de 2022, es decir, según su dicho, dentro del periodo adicional para notificaciones, considera el Tribunal importante mencionar que no obra prueba en el expediente de que hubiera sido contratado por parte de COOGRANADA el denominado periodo extendido de reporte o periodo adicional de notificaciones previsto en la cláusula 2.2.23. del seguro de D&O, por cuanto no fue aportado al proceso ningún certificado que dé cuenta de su efectiva contratación o cuando menos constancia de su solicitud por parte de la entidad tomadora, ni mucho menos evidencia sobre el pago de la prima adicional que debía haberse solventado en caso de haber sido contratado el mismo, razón por la cual dicha

extensión no fue adquirida habiendo finalizado la vigencia del último seguro contratado el 19 de marzo de 2022, quedando a partir de esa fecha en vigor únicamente un periodo extendido de reporte provisional de 30 días calendario o comunes⁶³ que se concedía en forma automática y gratuita por parte de ALLIANZ mientras que la entidad tomadora decidía si adquiriría o no el periodo extendido, finalizando dicha extensión provisional el 20 de abril de 2022.

En efecto bajo los seguros de D&O arriba enunciados se pactó una estipulación con el siguiente tenor literal, en la cual se manifiesta que el periodo adicional para notificaciones debe ser expresamente solicitado cuando la póliza no se renueva o se revoca y adicionalmente exige el pago de una prima adicional, según se desprende de la siguiente cláusula:

“2.2.23. PERIODO ADICIONAL PARA NOTIFICACIONES

“En el caso de que el presente contrato no fuera renovado, ya sea por decisión del tomador o bien por decisión de la compañía, por motivo distinto al no pago de la prima, ni sustituido por una póliza con objeto de seguro similar, el tomador tendrá derecho a contratar una de las opciones de periodo adicional para notificaciones especificadas en los datos identificativos de esta la póliza, siempre y cuando:

“I) Se haya solicitado por escrito a la compañía expresando la opción de periodo adicional para notificaciones elegido dentro de los 30 días anteriores a la fecha de cancelación o no renovación de la presente póliza

V:

“II) Se haya abonado la prima adicional requerida por la compañía estipulada en las condiciones particulares.”⁶⁴

III) Cualquier reclamación presentada durante el período adicional para notificaciones será considerada como si hubiera sido presentada durante la última vigencia de seguro.” (Se destaca por fuera del texto original)

Respecto de la fecha de presentación de la demanda contentiva de la acción social de responsabilidad, el Tribunal observa que dicho libelo se presentó el 30 de junio de 2022⁶⁵, luego de que se aprobara su iniciación en reunión del Consejo de Administración del 30 de abril de 2022, según consta en el Acta 840:

“(…) De conformidad con el art. 25 de la Ley 222 de 1995 y luego de convocatoria de asociados que representan el 20% del capital, se propone ejercer acción social contra los administradores Gonzalo Noreña Aristizábal y Fernando Augusto Márquez Gómez. El acto incorrecto consistió en la aprobación de un crédito y aceptación de una garantía hipotecaria que hizo

⁶³ Ello al ser un plazo contractual o convencional y no legal conforme lo dispuesto en el art. 829 del C. de Co.

⁶⁴ Específicamente en la última vigencia contratada la 2021 – 2022 se dispuso en la página 7 de las condiciones particulares lo siguiente: *“*Periodo adicional para notificaciones 12 Meses al 100% de la prima de la póliza vigente.”* Lo cual representa que se podía contratar 12 meses como periodo adicional de notificaciones sujeto al pago de una prima equivalente al 100% de la prima pactada para la vigencia 2021-2022

⁶⁵ Expediente digital. Cuaderno 02 PRUEBAS, Subcarpeta 010_Prueba_oficio_2_Respuesta Juzgado_Civil_El Santuario, Archivo 001 Acta de reparto del proceso.

necesario un proceso ejecutivo y que dio lugar a una demanda de indemnización de perjuicios en el cual resultó condenada la cooperativa.

“Se aprueba en la reunión por mayoría iniciar la acción social y convocar un tribunal de arbitramento contra la compañía de seguros Allianz por el incumplimiento de la póliza de responsabilidad civil de administradores (...).”⁶⁶

Por consiguiente, al no haberse contratado el periodo adicional de notificaciones, no puede concluirse que la acción social de responsabilidad impetrada el 30 de junio de 2022 por COOGRANADA en contra de sus administradores GONZALO NOREÑA y FERNANDO MÁRQUEZ, haya sido presentada durante el periodo extendido de reporte o periodo adicional de reclamación de veinticuatro meses contados a partir del 20 de marzo de 2022, por la sencilla razón de que dicho periodo extendido ni estaba previsto por un término de 24 meses como se afirma, pues únicamente se contempló por un periodo de 12 meses, y adicionalmente es claro que no fue contratado y, por contera, tampoco fue otorgado.

- c. No obra prueba en el expediente de que se hubiera realizado la notificación de hechos y circunstancias conocidas por parte de una persona asegurada a la compañía de seguros.

Pone de presente el Tribunal que tampoco obra prueba en el expediente que acredite que se hubiera realizado la notificación por escrito a ALLIANZ de un hecho y circunstancia conocido por parte de alguna persona asegurada, del cual se pudiera esperar razonablemente una reclamación futura en su contra, conforme lo previsto en la cláusula 6.33 del contrato de seguro que tiene el siguiente tenor:

*“(..) **Respecto de hechos constitutivos de un eventual Siniestro que las Personas Aseguradas hubiesen conocido e informado a la Compañía durante la Vigencia de la póliza o del Período Adicional para Notificaciones, de los que razonablemente se espere que pudieren dar origen a una Reclamación y que efectivamente den con posterioridad origen a la misma, esta se considerará presentada en el momento en que tales hechos hayan sido informados por primera vez, siempre que la información suministrada a la Compañía especifique con claridad los motivos para prever que la Reclamación será presentada, con indicación detallada de las razones para ello, así como de fechas circunstancias y personas involucradas.”***

(Se resalta fuera del texto original)

En efecto, no obra en el expediente comunicación alguna que hubiere sido dirigida a ALLIANZ por parte de alguna persona asegurada, menos aún de los administradores cuya responsabilidad se cuestiona —es decir, GONZALO NOREÑA y FERNANDO MÁRQUEZ—, en la que se hubiere dado noticia a la aseguradora sobre el acaecimiento de un acto incorrecto del cual pudiera razonablemente esperarse en el futuro una reclamación, explicando de manera detallada el acto incorrecto incurrido y las razones por cuales podría desprenderse del mismo una reclamación futura en contra del administrador.

⁶⁶ Expediente digital. Cuaderno 02_PRUEBAS, Subcarpeta 008_Documentos_a_incorporar_exhibición_documentos_AUTO_28_20230503, Archivo 2.10 Acta de 21 de mayo de 2022, Folio 2.

Sí existen en el expediente algunas comunicaciones que no fueron remitidas por personas aseguradas —como lo exige la estipulación contractual—, así como algunas comunicaciones remitidas por parte de COOGRANADA a ALLIANZ a partir de enero de 2021 en las que manifiestan su intención de afectar el seguro de D&O contratado.⁶⁷ Sin embargo, ninguna de esas comunicaciones proviene de una persona asegurada como lo dispone la cláusula 6.33 en comento, de manera que no pueden considerarse como la notificación de hechos y circunstancias conocidos de los cuales pueda razonablemente esperarse en el futuro una reclamación.

d. La reclamación escrita presentada por COOGRANADA directamente contra los administradores Noreña y Márquez

Según ya se ha indicado, la legislación vigente en Colombia establece que, tanto las sociedades como las entidades cooperativas, que quieran accionar en contra de sus administradores deben hacerlo a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, la cual solo puede ejercerse previa decisión adoptada por el máximo órgano de la persona jurídica.

De igual manera, como se ha señalado, los seguros de D&O que se comercializan en Colombia reconocen dicha particularidad del ordenamiento jurídico nacional y únicamente brindan cobertura a reclamos que sean presentados por parte de la sociedad o entidad cooperativa en contra de los administradores encausadas bajo el procedimiento de la acción social de responsabilidad, siendo por consiguiente inocuo para el contrato de seguro pactado cualquier reclamo que provenga de parte de la persona jurídica administrada que se canalice a través de un mecanismo diferente.

Es evidente que la carta remitida el 28 de septiembre de 2021 por parte de COOGRANADA a los señores NOREÑA y MÁRQUEZ no se emitió en ejercicio de la acción social de responsabilidad. De hecho, para la fecha ni siquiera había sido convocado el máximo órgano social para definir si era procedente o no accionar en contra de dichos administradores, por lo que dicha comunicación no puede ser catalogada bajo el contrato de seguro de D&O como una reclamación presentada contra personas aseguradas que active la protección prevista en el contrato de seguro. Es decir, la carta en mención, así en ella se endilgue la causación de un perjuicio a los administradores asegurados, no tiene la entidad para ser considerada contractualmente como un reclamo por lo que es insuficiente para hacer efectivo el amparo previsto en el contrato de seguro de responsabilidad.

Como ya se ha indicado anteriormente, la acción social de responsabilidad fue impetrada por parte de COOGRANADA en contra de los administradores asegurados luego de que hubiera expirado la última vigencia contratada del seguro de D&O, esto es, el 30 de junio de 2022, y sin que tampoco se hubiere contratado por parte de COOGRANADA el periodo extendido de reporte o adicional para notificaciones, de manera que ese eventual reclamo se produjo por fuera de las vigencias contratadas.

⁶⁷ Expediente digital. Cuaderno 02_PRUEBAS, Subcarpeta 001_DEMANDA, archivo 001_PRUEBAS, (folios 301, 313, 325 y 333).

No pudiéndose considerar como un reclamo la comunicación en comento, no es necesario realizar un estudio sobre si los hechos y circunstancias que dan origen al mismo eran conocidos con anterioridad a la fecha de continuidad pactada y, por consiguiente, si es aplicable o no al presente caso la exclusión que lleva el mismo nombre.

5.3.4. La comunicación dirigida a ALLIANZ por el afiliado Carlos Eduardo David Ospina el 25 de agosto de 2020.

Consta en el expediente una comunicación dirigida a ALLIANZ por el afiliado Carlos Eduardo David Ospina⁶⁸, por virtud de la cual busca la afectación del seguro de D&O con fundamento en una condena de responsabilidad civil extracontractual que se profirió en contra de COOGRANADA, cuando se produjo la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la que se decidió no casar el fallo proferido en segunda instancia en el proceso iniciado por Orlando de Jesús Gómez y otros en contra de la mencionada entidad cooperativa.

Sobre dicha comunicación debe señalar el Tribunal que, a pesar de que tiene como propósito la afectación del seguro de D&O, en la misma se concluye que no hubo ningún acto incorrecto por parte de los administradores de la Cooperativa, pues señala que su único desacierto fue haber proseguido con el proceso judicial que les inició el señor Orlando de Jesús Gómez en vez de haberlo conciliado. Así mismo, no hay mención alguna a los señores NOREÑA y MÁRQUEZ, ni a una conducta reprochable de su parte.

Conforme al contenido de dicha comunicación es claro que ella no puede considerarse tampoco como la notificación de hechos y circunstancias a la aseguradora porque no fue elaborada por una persona asegurada y porque, además, no indica en qué acto incorrecto pudieron haber incurrido los administradores. Adicionalmente, no sería posible considerarla como una reclamación, pues no solo no se dirigió contra administrador alguno, sino que de manera expresa descarta que se hubiere presentado un acto incorrecto por parte de algún administrador de la entidad cooperativa, con lo cual es claro que, ni siquiera tenía por propósito advertir sobre la eventual responsabilidad civil de algún administrador.

5.3.5. La demanda impetrada por Orlando de Jesús Gómez y otros contra COOGRANADA no puede ser tampoco considerada como un reclamo bajo el seguro de D&O contratado

Aunque parezca evidente, es importante precisar que la demanda instaurada en contra de COOGRANADA por parte de Orlando de Jesús Gómez y otros no puede ser considerada como un reclamo que active la cobertura del seguro de D&O por varias razones:

- La demanda, según se observa en el expediente, fue instaurada en el año 2007. Es decir, varios años antes de que se contratara la primera vigencia del seguro de D&O

⁶⁸ Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 002_CONTESTACIÓN_DEMANDA_20221115 / PRUEBAS DOCUMENTALES COOGRANADA, Archivo 1. Comunicación del 25 de agosto de 2020, archivo adjunto "COMUNICACIÓN DE RECLAMACION" (Folio 1).

en 2011, con lo cual de ser considerado como un reclamo sería anterior al inicio de la vigencia, incluso, de la primera póliza contratada.

- El reclamo instaurado por el señor Orlando Gómez se encuentra dirigido exclusivamente en contra de la entidad cooperativa para obtener una declaración de su responsabilidad civil extracontractual. En ningún aparte se pretende una declaración de responsabilidad civil de los administradores de COOGRANADA con lo cual, bajo la definición de reclamo prevista en el contrato de seguro, así provenga dicha demanda de parte de un tercero no se encuentra dirigida contra una persona asegurada.

En relación con este tópico y a pesar de que no fue un punto controvertido por los sujetos procesales, es importante señalar que el amparo denominado como reembolso a la entidad tomadora tiene por propósito indemnizar, en este caso, a la entidad cooperativa, por aquellos reclamos que esta hubiera pagado o indemnizado por cuenta de sus administradores, con lo cual es necesario que el reclamo que motiva el pago de la indemnización que se pretende reembolsar haya sido dirigido por el tercero víctima en contra del administrador asegurado (lo cual no ocurrió en el presente caso). Adicionalmente, es necesario que dicho reclamo tenga por objeto discutir una eventual responsabilidad civil del administrador y no la responsabilidad civil contractual o extracontractual de la persona jurídica.

Al respecto se dispuso lo siguiente en el contrato de seguro:

“2.1.2. REEMBOLSO A LA SOCIEDAD POR INDEMNIZACION A LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA O ADMINISTRADORES

*“La compañía reembolsará a la sociedad la pérdida generada como consecuencia de la **Responsabilidad de los administradores derivada de cualquier reclamación por actos Incorrectos cometidos o presuntamente cometidos por éstos, en el desempeño de sus Respectivas funciones como administradores de la sociedad, que sea interpuesta por vez Primera contra los mismos** durante el período de vigencia de la presente póliza, (y en su caso del período adicional para notificaciones), pero únicamente cuando y hasta por el monto en que dicha pérdida haya sido pagada por la sociedad como indemnización a los administradores, **ya sea por disposición de ley, de sus estatutos sociales, o de una resolución válida de la asamblea general de accionistas o de la junta directiva.**” (Se resalta fuera del texto original)*

Si bien dicho amparo es usual en los países anglosajones, en Colombia no tiene aplicación práctica porque no existe obligación legal en cabeza de las personas jurídicas de pagar indemnizaciones por cuenta de sus administradores y tampoco es usual que se establezcan acuerdos estatutarios o privados por virtud de los cuales las personas jurídicas se comprometan a pagar en favor de terceros, indemnizaciones por cuenta de los administradores.

5.3.6. Conclusión

Concluye, por tanto, el Tribunal que no se produjo un reclamo en contra de alguna persona asegurada con fundamento en el presunto acto incorrecto objeto de análisis en el presente caso, de lo que se deriva que no hubo siniestro y que no se activó la afectación de ninguno de los seguros de D&O contratados.

Por las razones que ya fueron expuestas, la comunicación del 28 de septiembre de 2021 remitida por COOGRANADA en contra de los señores NOREÑA y MÁRQUEZ no tiene la entidad de reclamo bajo el contrato de seguro por cuanto no se canalizó a través del ejercicio de la acción social de responsabilidad y, por consiguiente, no permite hacer efectivo el amparo otorgado en el seguro.

Por último, se reitera que cuando se instauró la acción social de responsabilidad en contra de los señores NOREÑA y MÁRQUEZ el 30 de junio de 2022 ya había expirado el último seguro de D&O contratado, sin que para el efecto se hubiera contratado tampoco el periodo extendido de reporte o adicional de notificaciones, con lo cual es claro que ese reclamo que legitima a la persona jurídica administrada para ser beneficiaria del seguro de D&O se presentó por fuera de la vigencia temporal del seguro, con lo cual no configuraría un siniestro amparado que pudiera dar paso a una obligación indemnizatoria en cabeza de la compañía de seguros.

6. ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE UN ACTO INCORRECTO DE LOS ADMINISTRADORES, EN LOS TÉRMINOS DE LA PÓLIZA, DEL QUE PUDIERA DERIVARSE SU RESPONSABILIDAD CIVIL

No obstante que el Tribunal ha concluido que no se presentó un siniestro en los términos del contrato de seguro perfeccionado entre las partes, pues no hubo reclamación de conformidad con las exigencias de la póliza, se procederá a continuación a analizar si efectivamente se presentó un acto incorrecto de los integrantes del Consejo de Administración de COOGRANADA, señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ, que pudiera eventualmente generar su responsabilidad civil como administradores.

6.1. POSICIÓN DE LAS PARTES

6.1.1. Posición de la Convocante

En la segunda parte de la pretensión segunda la Convocante pide que se declare que ALLIANZ está obligada a indemnizarla, con ocasión de la responsabilidad civil de los administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ, así:

“SEGUNDA. Que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar, en virtud de ACCIÓN DIRECTA derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, suscrito con la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA”, con ocasión de la responsabilidad civil de los

administradores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO MARQUEZ GOMEZ.” (negrilla fuera de texto).

En sus alegatos afirma que en el proceso se acreditó la culpa o acto incorrecto de los administradores, el daño consistente en la pérdida asumida por la cooperativa y el nexo causal.

Menciona que:

- GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ tenían la condición de administradores, pues fueron designados miembros del Consejo de Administración (Actas No. 36 y 37 y Certificado Especial de la Cámara de Comercio del Oriente).
- Afirma que mediante Acta 557 del Consejo de Administración se acordó nombrar una comisión para analizar la documentación del inmueble que materializaría la garantía que debería constituirse y la viabilidad del crédito otorgado a los asociados HUMBERTO DE JESÚS OSSA ZULUAGA Y OTROS, y los citados NOREÑA y MÁRQUEZ integraron la mencionada comisión.
- Y agrega que del análisis anterior se aceptó la ampliación del crédito y la garantía hipotecaria.
- Cita apartes del testimonio de JORGE MARIO GONZÁLEZ pues afirma que este se refirió a los hallazgos que encontró, explicó los requisitos que debe tener un buen profesional y mencionó algunas recomendaciones que hizo sobre el proceso de otorgamiento de un crédito y la aceptación de una garantía hipotecaria.

Concluye la Convocante afirmando que los señores NOREÑA y MÁRQUEZ cometieron un acto incorrecto pues no obraron como un “buen hombre de negocios” al aceptar como garantía el inmueble con matrícula 01N-5135817 sin evaluar con diligencia los documentos.

Afirma que: *“Existe relación de causalidad entre el acto incorrecto de aceptación de garantía insatisfactoria de un inmueble que padecía de vicios de individualización, linderos y ubicación y la pérdida sufrida por COOGRANADA al resultar condenada a indemnizar perjuicios en un proceso de responsabilidad civil.”*

En razón de lo anterior, señala que a pesar de la declaración del estado del riesgo realizada por COOGRANADA en ninguna de las vigencias se excluyó el evento reportado, por lo cual el siniestro debe ser cubierto.

6.1.2. Posición de la Convocada

La Convocada, en resumen, afirma que la Convocante no acreditó la responsabilidad civil de los asegurados y que esto es presupuesto indispensable para que se active la cobertura de la póliza. Sin responsabilidad de los señores NOREÑA y MÁRQUEZ no hay responsabilidad de la aseguradora.

Menciona que no existe norma que haga presumir la culpa del administrador, pues es carga de la prueba de quien la alega.

Argumenta la Convocada que no se dan los elementos de la responsabilidad civil, entre otras razones, porque no existe relación causal entre la actuación de NOREÑA y MÁRQUEZ y la pérdida que COOGRANADA afirma haber sufrido. Al respecto, menciona que basta con revisar las consideraciones de la sentencia de segunda instancia y de la sentencia de casación que condenaron a la aquí Convocante.

Señala que la hipoteca se constituyó en debida forma, pero que las medidas de embargo y secuestro, si bien se decretaron sobre el inmueble hipotecado, se practicaron sobre un bien distinto, de terceras personas en el que se desarrollaba un proyecto de vivienda. Dice textualmente: *“Sobre esa base, COOGRANADA no resulta condenada por haber aprobado una garantía que no debía aprobar, o por haber solicitado y logrado el decreto de las medidas de embargo y secuestro sobre un bien hipotecado. La razón primaria de la condena se encuentra en que la práctica de la medida de secuestro se hizo sobre un bien distinto del hipotecado, y más allá de ello, distinto de aquel sobre el que se había decretado la medida.”*

Por lo anterior, señala la Convocada que no es cierto, como lo afirma su contraparte, que por un problema de individualización del inmueble, cuya cuota se hipotecó, fue que se generaron los perjuicios al señor Orlando de Jesús Gómez y a los demandantes, sino que hubo una divergencia entre el bien embargado y el que fue objeto de secuestro, lo que fue confirmado por el Tribunal y la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, la condena en contra de COOGRANADA en la que se le ordenó indemnizar los perjuicios causados, que da base a la presente controversia, no se basa en el hecho de que se hubiese presentado un error en la aprobación de la garantía hipotecaria.

Además, la relación de causalidad, según la Convocada, se rompe por otras situaciones como por ejemplo las evaluaciones y análisis que hizo COOGRANADA con asesoría e intervención de terceros. En los alegatos sobre este punto, cita la declaración de Jorge Mario González.

Resalta que, además, la cuota hipotecada fue objeto de dación en pago y extinguió la deuda que se había garantizado con tal hipoteca, señala que este hecho fue confesado en el interrogatorio del representante legal de COOGRANADA y que considera descarta cualquier posibilidad de afirmar que por cuenta de la aprobación de esta garantía, que luego sirvió para extinguir la obligación que amparaba, se hubiese generado un perjuicio.

En relación con el tema que se estudia en este capítulo, la Convocada, al contestar la demanda, formuló la excepción de mérito que denominó *“4.1. No se encuentran acreditados los supuestos necesarios para que se configure un siniestro cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y Demás Administradores”*.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Existió un acto incorrecto por parte de los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ, en los términos de la póliza Responsabilidad Civil para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores?

6.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En la Sección Segunda de la Póliza de Responsabilidad Civil para Miembros de Junta Directiva y demás Administradores (en adelante la “Póliza D&O”), suscrita entre ALLIANZ y COOGRANADA, se establecen las coberturas principales amparadas por la referida póliza, dentro de las cuales se encuentra la prevista en el numeral 2.1.1., que dispone lo siguiente:

“2.1. COBERTURA PRINCIPAL

“2.1.1. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA Y DEMÁS ADMINISTRADORES

La compañía indemnizará a, o por cuenta de las personas aseguradas, cualquier pérdida que se derive de cualquier reclamación de la que resulten civilmente responsables por razón de cualquier acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por las personas aseguradas en el ejercicio de sus respectivas funciones como administradores de la sociedad, que sea interpuesta por primera vez contra los mismos, durante el periodo de vigencia de la presente póliza (y, en su caso, durante el periodo adicional para notificaciones), excepción hecha del monto de dichos siniestros que haya sido indemnizado por la sociedad.” (subraya fuera de texto)

La misma Póliza D&O se encarga de definir los conceptos de “Persona Asegurada”, “Acto Incorrecto”, “Pérdida” y “Reclamación”, definiciones que ayudan a precisar el alcance de la cobertura antes transcrita y que por su relevancia para resolver el asunto que nos ocupa, se transcriben a continuación:

“6.29. PERSONA ASEGURADA

Significa cualquier persona natural que haya sido, sea o llegue a ser:

- a) Administrador o Directivo de la Sociedad;*
- b) Consejero no-Ejecutivo de la Sociedad;*
- c) Administrador, consejero, alto cargo, directivo, patrono, “trustee”, gerente, miembro de la junta directiva o cargo equivalente en una participada y/o una Entidad sin Ánimo de Lucro a petición expresa de la Sociedad.*
- d) Director de Hecho, incluyendo al Shadow Directo de la Sociedad conforme se define en la Sección 251 del Companies Act 2006 del Reino Unido, cualquier modificación posterior de esta norma, o conforme a cualquier otra ley similar en otra jurisdicción.*
- e) Un empleado de la Sociedad:*
- f) Cualquiera de las siguientes personas cuando actúen con funciones de dirección o supervisión:*
- g) Tendrá adicionalmente el carácter de Persona Asegurada el cónyuge de éste, pero únicamente respecto de Reclamaciones de que sea objeto en su condición de tal.*

“No tendrán nunca la condición de Persona Asegurada los auditores externos, liquidadores judiciales o administradores concursales, interventores, agentes,

fideicomisarios, administradores de patrimonios o cualquier otro cargo análogo.”

“6.1. ACTO INCORRECTO

Significa cualquier incumplimiento de una obligación, negligencia -incluida culpa grave-, declaración errónea, infracción de disposiciones legales o estatutarias, incumplimiento de deberes u otra acción u omisión, realizada o supuestamente realizada, intentada o supuestamente intentada, imputable a una o varias Personas Aseguradas en el ejercicio de su cargo o funciones para la Sociedad.”

“6.25. PERDIDA

Significa:

- a) Aquellas cantidades por las que las Personas Aseguradas deban legalmente responder frente a un tercero por los daños y perjuicios pecuniarios causados por Actos Incorruptos, determinados mediante sentencia o laudo firme condenatorio en contra de una Persona Asegurada o mediante acuerdo transaccional aprobado previamente por escrito por la Compañía*
- b) Los Gastos de Defensa,*
- c) Pagos realizados por La Compañía bajo cualquier cobertura adicional o extensión de esta póliza.*

“Pérdida no incluye: (1) daños punitivos o ejemplarizantes resultantes de una Reclamación por Prácticas de Empleo Indebidas; (2) multas o sanciones, a excepción de lo dispuesto en la Extensión 2.2.18; (3) tributos, impuestos, tasas o exacciones parafiscales; (4) remuneraciones o beneficio de Empleado; (5) cauciones o avales; o (6) sumas no asegurables conforme a las leyes de la jurisdicción aplicable.”

“6.22 RECLAMACIÓN

Toda demanda o proceso por la comisión de un Acto Incorrecto, iniciado en contra de las Personas Aseguradas en la jurisdicción civil, penal, administrativa o arbitral incluyendo:

- a) Cualquier notificación o requerimiento escrito en contra de las Personas Aseguradas que pretenda la declaración de que el mismo es responsable de un daño;*
- b) Cualquier proceso penal iniciado en contra de las Personas Aseguradas o al que estas sean vinculadas, sujeto a las limitaciones que se establecen en las Exclusiones de esta póliza o;*
- c) Cualquier procedimiento administrativo o investigación en contra de las Personas Aseguradas.*

(...)”

De acuerdo con los apartes transcritos, se tiene entonces que la cobertura principal de la Póliza D&O ampara las *Pérdidas* derivadas de *Reclamaciones* interpuestas en contra de una *Persona Asegurada* por la comisión de *Actos Incorruptos* que le sean imputables y de los cuales resulte civilmente responsable. Además, como condición preliminar para que opere

dicho amparo, la Póliza D&O precisa que la respectiva *Reclamación* que se interponga en contra la *Persona Asegurada*, debe corresponder a una *Reclamación* presentada por primera vez y dentro del periodo de vigencia de la póliza.

En ese sentido, para que se active la cobertura de la Póliza D&O, además del cumplimiento de la condición preliminar -es decir, que exista una reclamación presentada por primera vez y durante la vigencia de la póliza en contra de una persona asegurada-, se requiere que a dicha persona asegurada pueda atribuírsele una responsabilidad civil como consecuencia de la comisión de un acto incorrecto en el ejercicio de sus funciones.

El régimen de responsabilidad civil de administradores previsto en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995⁶⁹, establece que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. En la citada norma, adicionalmente se establece que no estarán sujetos a dicha responsabilidad quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra de la misma, siempre y cuando no la ejecuten, y que, en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.⁷⁰

Se trata pues, de un régimen específico de responsabilidad civil que puede derivarse de acciones u omisiones tanto de uno como de varios administradores⁷¹, que pueden ser simultáneas o no, pero que sigue rigiéndose por los principios de la responsabilidad general de tipo subjetivo, esto es, se configura por la ocurrencia de (i) una conducta culposa o dolosa; (ii) un daño indemnizable; y (iii) la relación de causalidad entre uno y otro. No se trata de una responsabilidad objetiva, esto es, sin culpa, y de ahí que los mecanismos de exoneración tradicionales de la responsabilidad civil también puedan invocarse en defensa del administrador demandado.

En ese contexto, la prueba del daño y del incumplimiento de las obligaciones legales y/o estatutarias exigibles al administrador, sigue estando en cabeza de quien reclama la indemnización. Probado el daño y el incumplimiento alegado por parte del administrador, le corresponde a dicho administrador comprobar su diligencia, pues sus obligaciones son, por regla general, de medio y no de resultado, o comprobar la ocurrencia de un factor exonerativo de responsabilidad derivado de hechos ajenos o del propio demandante.

En el aludido artículo 200 del Código de Comercio se establece que “*no estarán sujetos a responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten*”. Por el contrario, aquellos administradores que

⁶⁹ Este régimen, como ya se ha señalado, es aplicable a los administradores de las Cooperativas (artículo 158 de la Ley 79 de 1988).

⁷⁰ “**ARTÍCULO 200. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES**”. <Artículo subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. (...)”

⁷¹ De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, son administradores “el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

ejecuten una decisión dañosa tomada por otros administradores no podrían invocar la citada causal de exoneración de responsabilidad.

Finalmente, la presunción de culpa que establece la norma, y que admite prueba en contrario, sólo opera previa acreditación por parte del demandante en el respectivo proceso del incumplimiento o de la extralimitación de funciones alegada, o de la violación de la ley o de los estatutos por parte del administrador, según el caso, pues como se indicó, se trata de un régimen de responsabilidad civil que, si bien es específico, sigue rigiéndose por los principios de la responsabilidad general de tipo subjetivo.

Así pues, de acuerdo con el régimen especial de responsabilidad civil de administradores aplicable, y con la cobertura de la Póliza D&O previamente transcrita, para que en este caso se configure responsabilidad civil en cabeza de las personas aseguradas -presupuesto indispensable para se active la cobertura amparada por la Póliza D&O, además del cumplimiento de la condición preliminar-, se requiere verificar el cumplimiento de los siguientes presupuestos: (i) que la persona o personas contra las cuales se haya interpuesto la *Reclamación* respectiva cumplan con la condición de *Personas Aseguradas* en los términos de la Póliza D&O; (ii) que dichas *Personas Aseguradas* hayan cometido un *Acto Incorrecto* en el ejercicio de sus funciones como administradores, o que el mismo les sea imputable; (iii) que se haya causado una *Pérdida* a un tercero amparada por la Póliza D&O; y (iv) que exista un nexo causal entre la *Pérdida* sufrida por el tercero y el *Acto Incorrecto* cometido o imputable a las *Personas Aseguradas*.

A continuación, se procederá a analizar si en el presente caso concurren los anteriores presupuestos, para posteriormente determinar si existe o no responsabilidad civil en cabeza de los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL y FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ por la comisión de un acto incorrecto en los términos de la Póliza D&O.

6.3.1. Que la persona o personas contra las cuales se interpuso la *Reclamación* respectiva cumplan con la condición de *Personas Aseguradas* en los términos de la Póliza D&O.

El Tribunal debe resaltar que en apartes precedentes del Laudo ya ha concluido que en el presente caso no se presentó una reclamación de conformidad con las exigencias de la póliza, toda vez que la acción social de responsabilidad se interpuso por fuera de la vigencia de la misma. Precisado lo anterior, en este primer acápite se verificará si, en efecto, los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, cumplen con la condición de personas aseguradas bajo la Póliza D&O.

En el numeral 6.29 del clausulado de la Póliza D&O se define a la persona asegurada en los siguientes términos:

“6.29. PERSONA ASEGURADA

Significa cualquier persona natural que haya sido, sea o llegue a ser:

- a) Administrador o Directivo de la Sociedad;*
- b) Consejero no-Ejecutivo de la Sociedad;*

- c) *Administrador, consejero, alto cargo, directivo, patrono, "trustee", gerente, miembro de la junta directiva o cargo equivalente en una participada y/o una Entidad sin Ánimo de Lucro a petición expresa de la Sociedad.*
- d) *Director de Hecho, incluyendo al Shadow Directo de la Sociedad conforme se define en la Sección 251 del Companies Act 2006 del Reino Unido, cualquier modificación posterior de esta norma, o conforme a cualquier otra ley similar en otra jurisdicción.*
- e) *Un empleado de la Sociedad:*
- f) *Cualquiera de las siguientes personas cuando actúen con funciones de dirección o supervisión:*
- g) *Tendrá adicionalmente el carácter de Persona Asegurada el cónyuge de éste, pero únicamente respecto de Reclamaciones de que sea objeto en su condición de tal.*

“No tendrán nunca la condición de Persona Asegurada los auditores externos, liquidadores judiciales o administradores concursales, interventores, agentes, fideicomisarios, administradores de patrimonios o cualquier otro cargo análogo.”

De las pruebas que obran en el expediente, se tiene que los señores MÁRQUEZ GÓMEZ y NOREÑA ARISTIZÁBAL, fueron elegidos miembros del Consejo de Administración de COOGRANADA según consta en Acta No. 37 de la reunión de la Asamblea de Delegados de COOGRANADA celebrada el 25 de marzo de 2000, siguiendo para tal efecto el procedimiento señalado en los estatutos sociales de la Cooperativa⁷². Del punto No. 10 del orden del día incluido en la referida Acta, que da cuenta de la elección aprobada en la reunión, se lee lo siguiente:

“10. ELECCIONES:

“CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: Para dar cumplimiento al artículo 58 de los estatutos, se eligió para un periodo de dos años 4 miembros principales y 2 suplentes. Para conformar el consejo es necesario nombrar un suplente por resto del periodo de los consejeros que continúan, los cuales fueron electos en la Asamblea de delegados del año 1999.

“Se obtuvo la siguiente lista de nominados, apareciendo cada uno en el orden de postulación y con los votos obtenidos.

<i>Nombre</i>	<i>Votos</i>
<i>Jesús Antonio Giraldo Gómez</i>	<i>7</i>

⁷² El artículo 54 de los Estatutos de COOGRANADA establece que *“El Consejo de Administración es el órgano permanente de administración de la Cooperativa, subordinado a las directrices y políticas de la Asamblea General. Estará integrado por nueve (9) miembros principales con sus respectivos suplentes personales, elegidos por la Asamblea General, para periodos de dos (2) años por planchas y aplicando el sistema de cuociente electoral.”* (Subraya fuera de texto)

<i>Nubia Stella Giraldo Montes</i>	6
<i>Gonzalo Noreña Aristizábal</i>	4
<i>Jaime Ovidio Giraldo García</i>	2
<i>Teodulo Tamayo Gómez</i>	3
<i>Fernando Marquez Gómez</i>	8
<i>Olga Hoyos Aristizábal</i>	9
<i>Carlos Alberto Zuluaga Salazar</i>	4
<i>Octavio Galeano Tobón</i>	5
<i>Nohelia Aristizábal García</i>	3
<i>Marcos Salazar Giraldo</i>	1
<i>Gladis Hoyos Giraldo</i>	4
<i>Floro López</i>	3
Total	<u>59</u>

“Quedando elegidos para el consejo de administración las siguientes personas:

“Principales para un período de dos años

“*Olga Hoyos Aristizábal*

“***Fernando Marquez Gómez***

“*Jesús Antonio Giraldo Gómez*

“*Nubia Stella Giraldo Montes*

“Suplentes para un periodo de dos años

“*Octavio Galeano Tobón*

“***Gonzalo Noreña Aristizábal***

“Suplente elegido para un periodo de un año

“*Carlos Alberto Zuluaga Salazar*

“El consejo de Administración quedó conformado así:

<i>PRINCIPALES</i>	
	<i>C.C. 3.492.940</i>
<i>Iván Darío Hoyos Castaño</i>	<i>C.C. 3.493.511</i>
<i>Gonzalo Enrique Salazar Giraldo</i>	<i>C.C.8.227.922</i>
<i>Omar de Jesús Gómez Aristizábal</i>	<i>C.C.70.827.015</i>

<i>Teódulo Córdoba Palacios</i>	<i>C.C.71.615.302</i>
<i>Olga Hoyos Aristizábal</i>	<i>C.C.21.777.653</i>
<i>Fernando Marquez Gómez</i>	<i>C.C.71.697.505</i>
<i>Jesús Antonio Giraldo Gómez</i>	<i>C.C. 3.606.670</i>
<i>Nubia Stella Giraldo Montes</i>	<i>C.C.21.778.455</i>
<i>SUPLENTE</i>	
<i>Ramón Alfredo Ossa Hoyos</i>	<i>C.C. 3.562.894</i>
<i>Javier de Jesús Hoyos Ceballos</i>	<i>C.C.15.375.344</i>
<i>Carlos Alberto Zuluaga Salazar</i>	<i>C.C.70.826.299</i>
<i>Octavio Galeano Tobón</i>	<i>C.C. 3.493.725</i>
<i>Gonzalo Noreña Aristizábal</i>	<i>C.C.70.825.304</i>

Para la elección del consejo de Administración, se utilizó el sistema uninominal. (...)" (Negrilla fuera de texto)

Del aparte transcrito queda claro que el señor FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ fue elegido miembro principal del Consejo de Administración de COOGRANDA con un total de ocho (8) votos; y que el señor GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, por su parte, fue elegido miembro suplente del mismo órgano de administración con un total de cuatro (4) votos, y que ambos administradores fueron elegidos para un periodo de dos (2) años. Además, de la prueba documental que obra en el expediente, se tiene que dichos nombramientos fueron inscritos en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de COOGRANADA, expedido por la doctora María Cristina Duque, secretaria de dicho ente cameral⁷³.

⁷³ Cuaderno 02_PRUEBAS / subcarpeta 004_RESPUESTA_OFICIO_1_20230316 (folios 66 a 68)

Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal encuentra probada la calidad de persona asegurada de los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL de acuerdo con el clausulado de la Póliza D&O, según la cual, se reitera, se entiende por Persona Asegurada a “...*cualquier persona natural que haya sido, sea o llegue a ser: Administrador o Directivo de la Sociedad*”⁷⁴.

6.3.2. Que dichas Personas Aseguradas hayan cometido un Acto Incorrecto en el ejercicio de sus funciones como administradores, o que el mismo les sea imputable.

Habiéndose acreditado el carácter de persona asegurada de los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, se procederá a analizar si en el presente caso dichos administradores cometieron un acto incorrecto en los términos de la Póliza D&O.

De acuerdo con el numeral 6.1 de la Póliza D&O, un “acto incorrecto” significa “*cualquier incumplimiento de una obligación, negligencia -incluida culpa grave-, declaración errónea, infracción de disposiciones legales o estatutarias, incumplimiento de deberes u otra acción u omisión, realizada o supuestamente realizada, intentada o supuestamente intentada, imputable a una o varias Personas Aseguradas en el ejercicio de su cargo o funciones para la Sociedad.*”

Como se indicó apertes arriba, el régimen especial de responsabilidad civil de administradores previsto en el artículo 200 del Código de Comercio, le impone a la parte reclamante en el respectivo proceso, la carga de probar el incumplimiento o la extralimitación de funciones alegada, o la violación de la ley o de los estatutos por parte del administrador. Probado dicho incumplimiento, le corresponderá al administrador demandado comprobar su diligencia, teniendo en cuenta que, por regla general, sus obligaciones son de medio y no de resultado, o comprobar la ocurrencia de un factor exonerativo de responsabilidad.

De modo que, de acuerdo con dicho régimen, en el presente caso le correspondía a COOGRANADA, en su calidad de Convocante, cumplir con la carga de probar el acto incorrecto cometido o presuntamente cometido por los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL en el ejercicio de sus funciones como administradores de dicha entidad.

Aclarado lo anterior, para abordar el estudio de este presupuesto, este Tribunal en primer lugar precisará los deberes y las funciones legales y estatutarias que les eran exigibles a los señores MÁRQUEZ GÓMEZ y NOREÑA ARISTIZÁBAL en su condición de administradores de COOGRANADA, para luego establecer si la Convocante en efecto probó la existencia de un incumplimiento de dichos deberes o la extralimitación de dichas funciones por parte de los mencionados administradores.

⁷⁴ En el numeral 6.2. del Clausulado de la Póliza se define como Administrador o Director a “*Cualquier persona natural, remunerada o no, debidamente nombrada de acuerdo con lo previsto en la ley y los estatutos sociales, bien se denomine a título enunciativo pero no limitativo, administrador, director, gerente, miembro de juntas o consejo directivo, representante legal, factor, dotada de funciones de dirección y supervisión u ostente poderes de gerencia y gobierno en la Sociedad*”

6.3.3. Deberes de los administradores de COOGRANADA.

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995⁷⁵, establece una lista genérica de deberes, de los cuales se desprende un listado de deberes específicos exigibles a los administradores, como se transcribe a continuación:

“ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. *Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

“En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

“1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.

“2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

“3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

“4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.

“5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.

“6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

“7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

“En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.” (Subraya fuera de texto)

En relación con el contenido y alcance de los deberes generales que la Ley impone a los administradores, resulta relevante traer a colación lo expresado por la Corte Suprema de

⁷⁵ Norma aplicable a los administradores de las Cooperativas en virtud de la remisión prevista en el artículo 158 de la ley 79 de 1988, que establece, según ya se ha destacado, que “Los casos no previstos en esta Ley o en sus reglamentos, se resolverán principalmente conforme a la doctrina y a los principios cooperativos generalmente aceptados. (-) En último término se recurrirá para resolverlos a las disposiciones generales sobre asociaciones, fundaciones y sociedades que por su naturaleza sean aplicables a las cooperativas.”

Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo, en la cual se dispuso lo siguiente:

“... el deber de buena fe para los sujetos que ejercen la administración de una sociedad, se condensa en la conciencia de que han de obrar de manera recta y honrada ante los socios y ante los terceros que se relacionan con la sociedad en el giro cotidiano de los negocios. El deber de buena fe, en otros términos, ajusta el comportamiento del administrador a las exigencias no solo formales para el desempeño de las obligaciones legales y contractuales, o para la concreción de un vínculo jurídico (...) sino que impone, además, y ello es esencial, honestidad de intención en su proceder, esto es, libre de malas artes o subterfugios.”

“(..)

“**Deber de lealtad:** aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en el desarrollo de las facultades que le son propias, no las utilice para fines que son distintos para los que han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto sobre los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas.”

“De manera que, con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad, y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los intereses de la compañía, caso, por ejemplo, como el de utilizar el nombre de ella en búsqueda de su beneficio particular.”

“**Deber de diligencia de un buen hombre de negocios:** La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propios del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “buen hombre de negocios”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta del derecho común, referido al buen padre de familia.”

“La ley, de esta manera, entiende que no es posible detallar cada uno de los supuestos necesarios para reputar el actuar de un administrador como de diligente, habida cuenta de las innumerables situaciones a las que se ve enfrentado quien está a cargo de los destinos de la compañía.”

“Por lo mismo, se ha señalado que el deber de diligencia resulta ser, en últimas, una cláusula residual que incorpora un patrón de comportamiento, al que han de ajustar su desempeño los administradores, so pena de verse incurso ante un eventual reclamo de”

responsabilidad patrimonial. (-) Ese patrón o modelo de comportamiento que marca cómo ha de ser o de qué manera puede evaluarse si un acto de administración fue diligente o no, es en palabras de la ley, el de **“un buen hombre de negocios”, frase que encierra la consagración de una diligencia superior a la del hombre medio, valga anotar, la de un profesional en el manejo de los asuntos de la empresa, pues, el legislador no se limitó a exigir el actuar que tiene cualquier negociante en el desempeño de sus responsabilidades, sino aquél que es característico de los “buenos hombres de negocios”.**

“(…)

“Es decir, en otros términos, que el administrador en relación con las obligaciones legales, estatutarias y contractuales que asume en razón de su cargo de representación y gestión, ha de ser visto como un deudor de carácter cualificado, cuya **diligencia ha de ir más allá que la empleada de ordinario por una persona promedio en sus negocios, porque, se reitera, se trata de un deber profesional,** que como bien lo apunta la doctrina extranjera autorizada, ‘consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica’.

“(…)

“Todo lo que se ha dicho sobre el deber general fiduciario de diligencia, ha de matizarse en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocios, donde el estándar del “buen hombre de negocio” se entiende cumplido, cuando ellas se han adoptado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento idóneo.

“(…)

“El anterior es, en apretada exposición, el marco de los deberes que se impone a los administradores de las sociedades, y que es el necesario marco de referencia a la hora de establecer una eventual responsabilidad patrimonial de ellos para con la sociedad, los socios o terceros.” (subraya fuera de texto)

El cumplimiento de los deberes legales exigibles a los administradores de la Convocante debe examinarse a la luz de los artículos 59 y 60 de los estatutos de COOGRANADA, en los cuales se prevén los deberes y funciones específicas de los miembros del Consejo de Administración de la Cooperativa, órgano de administración al que pertenecían los señores MÁRQUEZ GÓMEZ y NOREÑA ARISTIZÁBAL, y dentro de los cuales se establecen, entre otros, los siguientes: el actuar de buena fe y con juicio independiente; dar cumplimiento a los códigos de buen gobierno, de ética y conducta, y demás normas internas de la Cooperativa, así como exigir su cumplimiento; y exigir que se les informe de manera oportuna, suficiente y completa

sobre los asuntos que deban conocer, de manera que sus decisiones queden suficientemente sustentadas y documentadas⁷⁶.

Igualmente, en el expediente obra el Acta No. 557 de la reunión ordinaria del Consejo de Administración celebrada el 22 de abril del 2000, que da cuenta de la propuesta realizada por el Comité de Crédito de dicho órgano de administración, de nombrar a una comisión para que analizara la viabilidad de aceptar el aumento del valor de un crédito solicitado por varios de los asociados de la Cooperativa, así como de la documentación relacionada con el inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 01N-5135817, cuya cuota correspondiente al 50% de propiedad de la asociada BIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, se ofreció como nueva garantía del referido crédito por parte de los asociados deudores.

⁷⁶ **“ARTÍCULO 59** Además de lo establecido legalmente y en el Estatuto, los miembros del Consejo de Administración deberán: (-) 1. Dar ejemplo en la observancia de los códigos de ética y conducta, buen gobierno, de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo y demás normas internas y exigir su cumplimiento. 2. Actuar de buena fe, con juicio independiente y garantizando los derechos y el trato equitativo a todos los asociados. 3. Informar acerca de las situaciones de conflicto de interés sobre los asuntos que les correspondan decidir y abstenerse de votar sobre ellos, dejando la correspondiente constancia. 4. Mantener una actitud prudente frente a los riesgos y adopción de principios y normas contables que garanticen transparencia en la información. 5. Garantizar la efectividad de los sistemas de revelación de información. 6. Dedicar tiempo suficiente al ejercicio de sus funciones y participar activamente en los asuntos de su competencia. 7. Fijar criterios, mecanismos e indicadores para su autoevaluación. 8. Exigir que se les informe de manera oportuna, suficiente y completa sobre los asuntos que deben conocer, de manera que sus decisiones queden suficientemente documentadas y sustentadas. 9. No manipular, difundir o utilizar en beneficio propio o ajeno, la información confidencial de uso interno a la que tengan acceso. 10. Permanecer actualizados en los temas o asuntos que requieran en el ejercicio de sus cargos. 11. Mantener una proporción razonable (o justa) de gastos de directivos, respecto de los gastos de administración y de personal.

ARTÍCULO 60°. FUNCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. (-) 1. Diseñar y aprobar la visión, la misión, los planes y estrategias de la organización. 2. Difundir los códigos de ética corporativo, buen gobierno y de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, los estatutos y reglamentos, velando por su cumplimiento. 3. Diseñar y aprobar las políticas para la valoración, la administración y seguimiento de los principales riesgos, las políticas laborales (ingreso, retención, capacitación, promoción y retribución), la estructura organizacional y definir la escala salarial. 4. Aprobar o improbar los programas particulares de la Cooperativa, buscando que se preste el mayor servicio posible a los asociados y al desarrollo armónico de la Cooperativa. 5. Expedir las demás normas que considere convenientes y necesarias para la dirección y organización de la Cooperativa y el cabal logro de sus fines. 6. Definir las políticas sobre seguros y fijar las fianzas de manejo cuando a ello hubiere lugar. 7. Adoptar su propio reglamento y elegir sus dignatarios. 8. Nombrar y remover al Gerente General y fijar su remuneración. 9. Determinar las cuantías de las atribuciones del gerente para celebrar operaciones que excedan el 0.1% de los activos para gastos no presupuestados y al 1% de los activos para inversiones y autorizarlo para llevarlas a cabo cuando exceda dicha cuantía, facultarlo para adquirir o enajenar inmuebles o gravar bienes y derechos de la Cooperativa. 10. Estudiar y aprobar el proyecto de presupuesto del ejercicio económico que le someta a su consideración la Gerencia y velar por su adecuada ejecución. 11. Aprobar o improbar los estados financieros que se sometan a su consideración. 12. Ratificar la aprobación o negación del ingreso o retiro de asociados, luego del procedimiento aplicado por la Gerencia, decretar su exclusión o suspensión y determinar la cuota de admisión, así como reglamentar la forma de pago de los aportes suscritos. 13. Organizar los comités, así como otros especiales y locales, que sean de su competencia y designar los miembros de los mismos. 14. Crear y reglamentar, aprobar la apertura, de las sucursales y agencias. 15. Resolver sobre la afiliación a otras entidades y sobre la participación en la constitución de nuevas. 16. Convocar a Asamblea General ordinaria y extraordinaria, reglamentar la elección de delegados y presentar el proyecto de reglamento de la Asamblea. 17. Evaluar y pronunciarse sobre los informes y comunicaciones que presente la Gerencia, el oficial de cumplimiento, los diferentes comités, la Revisoría Fiscal, la Junta de Vigilancia y los asociados y adoptar las decisiones que correspondan. 18. Velar y exigir que la Cooperativa cuente con un oficial de cumplimiento de alto nivel, que ejerza un efectivo control sobre las operaciones que propendan por el lavado de activos y financiación del terrorismo, asignarle los recursos necesarios para dicha labor. 19. Poner a consideración y aprobación de la asamblea, las reformas al Estatuto y los diferentes códigos que sean de su competencia. 20. Rendir informe a la Asamblea General sobre las labores realizadas durante el ejercicio y presentar un proyecto de destinación de los excedentes si los hubiere. (-) En general, ejercer aquellas funciones que le correspondan y que tengan relación con la dirección permanente sobre la Cooperativa, no asignadas expresamente a otros órganos por la ley o el presente Estatuto. PARAGRAFO 1: El Consejo de Administración podrá delegar algunas de las anteriores funciones en los comités especiales nombrados por éste; así como en los organismos colectivos que puedan constituirse para la dirección inmediata de las sucursales y agencias, las cuales serán integradas por los asociados de la respectiva localidad donde funcionen estas dependencias (...).”

En dicha Acta se dejó constancia de la aprobación de la propuesta realizada por el Comité de Crédito con un total de 9 votos a favor, y del nombramiento de los miembros que integrarían la comisión encargada, entre ellos, los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, además de los señores GONZALO SALAZAR GIRALDO (Q.E.P.D) y RAÚL JARAMILLO FERNÁNDEZ. Adicionalmente, el Acta da cuenta de que el señor FERNANDO GÓMEZ, revisor fiscal de la cooperativa, acompañaría a la Comisión en la labor encomendada, y de que el señor GONZALO SALAZAR GIRALDO (Q.E.P.D) se encargaría de buscar una asesoría de una persona especializada en estos casos, gastos que correrían por cuenta de COOGRANADA⁷⁷.

Teniendo en cuenta el marco de deberes y funciones antes descrito, este Tribunal concluye que a los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, como administradores de COOGRANADA, les eran exigibles los deberes generales previstos en la ley a cualquier administrador, esto es, el obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, así como los específicos previstos en el listado del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y los previstos en los estatutos de COOGRANADA, exigibles a los miembros del Consejo de Administración. Deberes estos a los cuales debían ceñirse en el ejercicio de sus funciones, tanto aquellas asignadas por los estatutos de la Cooperativa, como aquellas que les fueron específicamente encomendadas por el Consejo de Administración en la reunión celebrada el 22 de abril del año 2000 que consta en Acta No. 557, reunión en la cual se les designó como miembros del comité encargado de realizar el análisis sobre la viabilidad del aumento de un crédito otorgado a varios de los asociados de la Cooperativa y de la documentación relacionada con el inmueble cuya cuota se ofreció como nueva garantía del mismo.

6.3.4. El Acto Incorrecto alegado por la Convocante.

Precisados los deberes y las funciones legales y estatutarias exigibles a los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL como administradores de COOGRANADA, se procederá a analizar, con base en las pruebas que obran en el expediente, si existió un incumplimiento, infracción u omisión de tales deberes y/o funciones, imputable a dichos administradores. En otras palabras, se procederá a determinar si los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL cometieron un acto incorrecto en el ejercicio de sus funciones como administradores.

Pues bien, la Convocante alega que los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, cometieron un acto incorrecto en el ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas por el Consejo de Administración en la reunión celebrada el 22 de abril del año 2000, relativas al análisis sobre la viabilidad del aumento de un crédito a ser otorgado a los asociados HUMBERTO DE JESÚS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, GIRALDO DE JESÚS OSSA ZULUAGA e INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. EN S.C., y al análisis de la documentación relacionada con el inmueble identificado con Matricula Inmobiliaria No. 01N-5135817, cuya cuota correspondiente al 50% de propiedad de BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, se ofreció como nueva garantía de dicho crédito por parte de los mencionados asociados.

⁷⁷ Cuaderno 02_PRUEBAS /Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (folios 73 a 74).

La Convocante indica que el acto incorrecto se configuró por cuanto la comisión encargada de adelantar el respectivo análisis -comisión de la cual hacían parte los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL-, recomendó al Consejo de Administración aprobar el aumento del crédito solicitado y la garantía ofrecida por parte de los asociados deudores, esto es, el 50% del inmueble identificado con Matricula Inmobiliaria No. 01N-5135817 de propiedad de la asociada BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, sin haber evaluado con la diligencia de un “buen hombre de negocios”, documentos esenciales relacionados con el mismo, tales como el certificado de tradición y libertad, la ficha catastral, los planos y el avalúo, y por no haber realizado una inspección física al inmueble.

La Convocante señala, además, que como consecuencia de dicho acto incorrecto, el Consejo de Administración decidió aprobar la solicitud de aumento del crédito y la garantía ofrecida por los asociados deudores, es decir, el 50% del Inmueble identificado con Matricula Inmobiliaria No. 01N-513581, el cual afirma tenía vicios de individualización, linderos y ubicación. Además, indica que dicho acto incorrecto que llevó al Consejo de Administración a aprobar la nueva garantía ofrecida, le ocasionó a COOGRANADA una pérdida por la suma de \$1.376.593.126, situación que no habría ocurrido o que se hubiera podido evitar -según ella-, si los mencionados administradores no hubieran cometido el acto incorrecto alegado, es decir, si hubieran actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en el estudio de la documentación del referido inmueble.

Ahora bien, de la valoración de las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal pudo extraer las siguientes conclusiones en relación con la presunta comisión del acto incorrecto alegado por parte de los administradores:

- Del contenido del Acta No. 558 de la reunión ordinaria del Consejo de Administración de COOGRANADA, celebrada el 27 de mayo del año 2000, se observa que la comisión encargada de adelantar el análisis de la documentación relacionada con el inmueble identificado con la matricula inmobiliaria No. 01N-5135817, recomendó al Consejo de Administración aprobar el aumento del crédito y la garantía ofrecida por los asociados deudores, es decir, el 50% del referido inmueble de propiedad de la señora BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL.

Dicha Acta a su vez da cuenta de que la comisión informó que luego de realizar el análisis de la documentación relacionada con el inmueble, encontró que el mismo “*estaba sano y libre de todo proceso judicial*” y que se trataba de un inmueble en proindiviso, razón por la cual solicitó el concepto de un abogado⁷⁸. El Tribunal observa que la mencionada Acta de la reunión no da cuenta de que se hubieren realizado comentarios u observaciones al análisis de los documentos adelantado por la comisión, o de que algún miembro del Consejo hubiese cuestionado o rechazado la forma en que se adelantó dicho análisis, ni tampoco de que se hubieran realizado manifestaciones relativas a la omisión del estudio de ciertos documentos relacionados

⁷⁸ “La comisión encargada para el análisis de la solicitud hecha por los señores Gildardo y Humberto Ossa, informó al consejo que analizaron la documentación del terreno ofrecido en garantía y se encontró que el terreno estaba sano y libre de todo proceso judicial y está constituido en pro-indiviso, por lo cual se solicitó por escrito concepto de abogados.” Cuaderno 02_PRUEBAS /Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (folio 84).

con el inmueble, esenciales para la toma de la decisión por parte del Consejo de Administración.

Por el contrario, el Acta da cuenta de que luego de que la comisión encargada informara a los presentes sobre el análisis y las labores que había adelantado y diera su recomendación, el Consejo de Administración decidió aprobar la solicitud del aumento del crédito y aceptar la garantía ofrecida con 6 votos a favor, 1 voto en contra y 1 voto en blanco, sin observación alguna.

Como se indicó anteriormente, el deber de diligencia de un buen hombre de negocios no exige una conducta concreta por parte del administrador, sino que su satisfacción exige que sus funciones se adecuen a un estándar o modelo de comportamiento específico, que es el un “buen hombre de negocios”, estándar que en ámbito de las decisiones de negocios, se entiende cumplido cuando tales decisiones se han adoptado de buena fe, sin interés personal en el asunto, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento idóneo⁷⁹.

Considera el Tribunal que la recomendación de que se aprobara la solicitud de aumento del crédito y de la garantía ofrecida dada por la comisión de la cual hacían parte los administradores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, corresponde a una decisión de negocios tomada en el seno de dicha comisión, y que sirvió de base para que posteriormente el Consejo de Administración finalmente la aprobara con la mayoría de los votos presentes. En tal sentido, el estándar de comportamiento exigible a los mencionados administradores no era otro que el de haber adoptado dicha decisión de buena fe, teniendo en cuenta los intereses de la cooperativa, habiéndose informado lo suficiente y siguiendo un procedimiento idóneo para tal efecto. El Tribunal considera que los mencionados estándares de comportamiento están cumplidos por las siguientes razones:

- En el Acta No. 558 de la reunión en la cual se aprobó la garantía ofrecida, se dejó constancia de que la comisión encargada en efecto analizó la documentación relacionada con el inmueble en cuestión, tal y como le fue encomendado por el Consejo de Administración, y además solicitó el concepto de un abogado para efectos de dar su recomendación, lo cual, a juicio de este Tribunal, demuestra un comportamiento diligente. Y si bien en el expediente no obra prueba del concepto rendido por el abogado, pues a pesar de haberse solicitado su exhibición a la Convocante ésta manifestó no tenerlo en su poder, lo cierto es que en el presente proceso tampoco se aportó prueba alguna que demostrara que dicho concepto nunca se hubiese solicitado o que el mismo nunca se hubiese rendido, o de que la comisión encargada hubiese hecho caso omiso a la asesoría jurídica recibida por medio de dicho concepto jurídico.
- Tampoco se aportó prueba alguna que demostrara que en efecto la comisión encargada, o que los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, hubieran omitido evaluar o solicitar documentos

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

esenciales del inmueble para efectos de dar su recomendación. Mas allá de las afirmaciones realizadas por la Convocante en las distintas etapas de este proceso, el Tribunal anota que no existen pruebas que demuestren el incumplimiento de los administradores alegado por parte de la Convocante.

- De hecho, se advierte que el motivo por el que la Convocante no aportó el concepto rendido por el abogado fue debido a que no lo tenía en su poder, más no en razón a que el mismo nunca se hubiese solicitado o nunca se hubiese rendido. Incluso, obsérvese que el acto incorrecto alegado por la Convocante no fue el hecho de que los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL hubieran omitido realizar el análisis y estudio de ciertos documentos relacionados con el inmueble en cuestión, sino de haber adelantado el análisis de dichos documentos sin la diligencia debida⁸⁰.
- Se reitera, además, que la mencionada Acta No. 558 no da cuenta de que se hubieran realizado observaciones al análisis adelantado por la comisión, o de que algún miembro del Consejo hubiese cuestionado o rechazado la forma en que se adelantó dicho análisis, ni tampoco de que se hubieran realizado manifestaciones relativas a la omisión del análisis de documentos esenciales para la toma de la decisión. Y si bien no se desconoce que el Acta No. 558 corresponde a un acta de una reunión ordinaria del Consejo de Administración, y no a un acta en la que constan decisiones adoptadas por la Asamblea de Delegados de COOGRANADA, cuya copia sería suficiente para demostrar los hechos que consten en ella⁸¹, este Tribunal advierte que la Convocante en todo caso no aportó pruebas que demostraran que en la citada reunión del mencionado órgano de administración se hubieran realizado manifestaciones u observaciones adicionales a las que constan en el Acta que da cuenta de su celebración, o que hubieren ocurrido hechos distintos a los que aparecen consignados en ella.
- Tampoco existe prueba que demuestre que dichas observaciones o cuestionamientos se hubieran realizado en fechas posteriores a la reunión, pues las primeras inconformidades al respecto no surgieron sino hasta cuando COOGRANADA fue condenada al pago de una suma de dinero mediante la Sentencia del 14 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Civil del Circuito

⁸⁰ En efecto, la Convocante indicó en su alegato de conclusión que “Los señores GONZALO NOREÑA ARISTIZABAL y FERNANDO MARQUEZ GOMES cometieron un acto incorrecto ya que omitieron obrar como “un buen hombre de negocios” al aceptar la garantía hipotecaria...sin evaluar y solicitar con diligencia documentos esenciales tales como certificado de libertad, ficha catastral, planos y avalúo...” (subraya fuera de texto)

⁸¹ **ARTÍCULO 189. CONSTANCIA EN ACTAS DE DECISIONES DE LA JUNTA O ASAMBLEA DE SOCIOS.** Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso. (-) La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez, a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas.

de Santuario dentro del proceso adelantado por el señor ORLANDO GÓMEZ y OTROS en contra de la Convocante, decisión que fue parcialmente confirmada por la Sentencia del 17 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Superior de Antioquia y por la Sentencia del 16 de agosto de 2017 proferida por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, fallos éstos que se emitieron después de más 10 años de haberse celebrado la reunión en la cual la comisión encargada dio su recomendación de aprobación al Consejo de Administración.

- Así pues, este Tribunal no puede desconocer lo contemplado en un acta de un órgano de administración que nunca ha sido cuestionada en su contenido, ni ha sido impugnada o tachada de falsa. Tampoco podría este Tribunal presumir la mala fe de los miembros que integraron la comisión encargada de adelantar el análisis, ni concluir que la recomendación dada por dicha comisión se basó en intereses personales de sus propios miembros o en intereses de terceros, y no en el mejor interés de COOGRANADA, cuando no existe prueba alguna que demuestre dicho actuar por parte de los administradores.
- Respecto al hecho de no haber realizado una inspección física al inmueble que fue objeto de estudio, se reitera que el deber de diligencia de un buen hombre de negocios no exige una conducta concreta por parte del administrador, sino que lo que se le exige es que adecue su comportamiento al que tendría un buen hombre de negocios si éste estuviera en su lugar, pues sus obligaciones son de medio y no de resultado. Como bien lo expresó la Corte Suprema de Justicia, *“no es posible detallar cada uno de los supuestos necesarios para reputar el actuar de un administrador como de diligente, habida cuenta de las innumerables situaciones a las que se ve enfrentado quien está a cargo de los destinos de la compañía”*⁸².

En ese sentido, el hecho de que los administradores no hubieran realizado una inspección física al inmueble no implica necesariamente que hayan incumplido su deber de diligencia. Incluso, el Tribunal advierte que el doctor Jorge Mario González Arenas, quien rindió testimonio dentro del presente proceso y manifestó haberse desempeñado como abogado externo de COOGRANADA por un periodo aproximado de 15 años a partir del año 2002, indicó que fue contratado para elaborar un estudio de títulos del mismo inmueble que había sido objeto de estudio por parte de la comisión encargada de evaluarlo años anteriores -labor para la cual, según también informó, contaba con amplia experiencia-, y manifestó que tal diligencia de inspección no era necesaria para efectos de realizar un estudio de títulos y que de hecho en la práctica él como profesional nunca realizaba inspecciones físicas a los inmuebles objeto de garantía. Indicó que dichas inspecciones si eran necesarias, pero para efectos de realizar el avalúo comercial de los inmuebles ofrecidos en garantía⁸³. Es

⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia SC2749-2021 del 7 de julio de 2021, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁸³ SR. GONZÁLEZ: [01:03:16] (...) después de que yo ingresé, como lo expliqué, para efectos de que cuando ya se iba a hacer la aprobación del crédito con garantía hipotecaria, era necesario hacer una inspección por parte de un perito evaluador (...) DR. GUTIÉRREZ: [01:04:10] ¿O sea, el propósito de la inspección física era la realización del avalúo comercial? SR. GONZÁLEZ: [01:04:16] Sí, para los créditos hipotecarios, sí. DR. GUTIÉRREZ: [01:04:23] Le hago otra pregunta, para rendir este concepto que le han puesto a la vista doctor Jorge Mario ¿Usted

más, el doctor González Arenas manifestó que luego de realizar el mencionado estudio de títulos, concluyó -al igual que lo hizo la comisión encargada- que la cuota del 50% del referido inmueble que fue ofrecida en garantía por los asociados deudores, se encontraba sana y libre de problemas jurídicos⁸⁴.

Así las cosas, el Tribunal considera que en el caso que nos ocupa quedó demostrado que los administradores acataron el encargo que les fue asignado por el Consejo de Administración, esto es, realizar el análisis de la documentación relacionada con el inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 01N-5135817, y que fueron más allá, al solicitar el concepto de un abogado experto en el tema para efectos de dar su recomendación al Consejo de Administración. El resultado que hubiera podido tener el proceso ejecutivo que la Convocante inició años después en contra de los asociados deudores para hacer efectiva la garantía ofrecida por estos, y los problemas posteriores que se presentaron como consecuencia de la práctica de la medida cautelar de secuestro, que, por lo demás, se practicó sobre un inmueble distinto al que fue objeto de análisis, como se verá más adelante, son hechos ajenos al actuar de los administradores integrantes de la comisión encargada de realizar el análisis de la documentación y, por lo tanto, no son suficientes para demostrar que existió un comportamiento negligente de su parte.

- En Comunicación fechada del 5 de enero de 2021, firmada por el representante legal de la Convocante y uno de sus asociados, se afirma que el fallo condenatorio proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Santuario dentro del proceso adelantado por el señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ y OTROS en contra de la Convocante, así como en los fallos posteriores que se emitieron por parte del Tribunal Superior de Antioquia y la Corte Suprema de Justicia, son prueba del acto incorrecto cometido por los administradores, pues se afirma que en ellos se calificó la actuación de los administradores como “errática” y como “no ajustada a las normas de derecho”, y que dicho comportamiento errático fue la causa de que se profiera sentencia condenatoria en contra de la Convocante.⁸⁵

hizo inspección física del inmueble? SR. GONZÁLEZ: [01:04:33] Doctor Armando como lo dije anteriormente, yo fui, fue por mi solicitud (...) pero primero, no era necesario porque yo estudio los títulos, como bien se dice, los papeles, los documentos como tal, el análisis jurídico de la documentación, soporte de la tradición (...) pero no era necesario, yo nunca iba para hacer un estudio de títulos ...a ...inspeccionar al inmueble objeto de garantía. (Cuaderno 02_PRUEBAS /011_Audiencia_prueba_oficio_interrogatorio_Jorge_González_20230705)

⁸⁴ DR. GUTIÉRREZ: [00:47:34] *Usted hizo referencia en su declaración, doctor González, a que usted rindió un concepto o mejor, elaboró un estudio de títulos relacionado con una garantía hipotecaria que versaba sobre un derecho de cuota de propiedad de la señora Viviana Ossa, una hipoteca que se constituyó sobre esa cuota en favor de Coogranada, eso es correcto ¿A usted le tocó rendir un estudio en relación con esa situación? SR. GONZÁLEZ: [00:48:05] Sí doctor, yo rendí un estudio, no sé si fue directamente con dos informes o uno, pero sí sé que rendí un estudio, completamente. (...) SR. GONZÁLEZ: [00:28:24] Yo recuerdo que en el estudio, en el concepto que di por escrito hice alusión a quién eran los propietarios, en qué porcentaje y recomendaba bueno, a pesar de que puede ser jurídicamente esto, lo más viable es que **no va a tener problema el titular del 50% porque tiene su derecho sano, cierto, tiene el derecho bien para poderlo constituir**, para el otro 50% que tiene, no me acuerdo qué tema jurídico podía tener, pero dije no, ahí habría que hacer un tema de un proceso (...) creo que tenía inscrita una demanda de simulación o de pertenencia (...) entonces advertí que era un alias, pues era algo contingente.. (Cuaderno 02_PRUEBAS /011_Audiencia_prueba_oficio_interrogatorio_Jorge_González_20230705) (folios 13-21)*

⁸⁵ Se lee así en la citada comunicación: “...la emisión por parte de los Jueces de la República de Colombia de un fallo judicial de primera, segunda e instancia especial de casación por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, donde califica la actuación de los directivos, la encuentra errática y no ajustada a las normas de derecho en

No obstante, luego de la lectura integral de los mencionados fallos el Tribunal observa que en ninguno de ellos se hacen tales afirmaciones. Incluso, en ninguno se hace referencia a la comisión encargada, ni a sus integrantes, ni al análisis adelantado por estos en el ejercicio de la labor que les fue encomendada por el Consejo de Administración, ni a la recomendación de aprobación que dicha comisión encargada propuso en la reunión llevada a cabo el 27 de mayo de 2000, ni tampoco se hace mención alguna a la decisión tomada por Consejo de Administración de aprobar el aumento del crédito solicitado y la garantía ofrecida por los asociados HUMBERTO DE JESUS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, GIRALDO DE JESUS OSSA ZULUAGA e INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. EN S.C

De hecho, de la lectura de los fallos proferidos en cada instancia, así como del fallo proferido en sede de casación por la Corte Suprema de Justicia, queda claro que la razón por la cual se condenó a la Convocante fue por los perjuicios que esta causó a los demandantes al insistir en la práctica de una medida cautelar de secuestro sobre un inmueble de propiedad de aquellos, que era distinto de aquel sobre el que se había decretado la medida cautelar, y sobre el que se estaba desarrollado un proyecto de vivienda de interés social que se vio frustrado debido a la práctica de la medida cautelar de secuestro.

En efecto, en la Sentencia del 14 de octubre de 2011⁸⁶ proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santuario que resolvió la primera instancia del proceso instaurado por el señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ y OTROS en contra de la Convocante, se indicó lo siguiente:

“Con referencia a la condena que ha de impartirse como pago de perjuicios materiales, haciendo el análisis de los peritazgos, tanto en aras de identificar los inmuebles, como las experticias ofrecidas por los auxiliares de la justicia en calidad de evaluadores de los daños materiales, se deduce:

- La ocurrencia del daño obedeció a las medidas cautelares solicitadas por la parte aquí demanda[n]te COOGRANADA, las que recayeron en forma errada sobre el predio de los demandantes.

(...)

- Que la configuración del daño se produjo desde la diligencia de secuestro en Julio de 2005” (subraya fuera de texto)

Igualmente, en la Sentencia del 17 de julio de 2012⁸⁷ proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Antioquia que resolvió la segunda instancia del referido proceso, se dispuso lo siguiente:

consecuencia condenan los jueces en cada una de las instancias al pago de una indemnización a los terceros afectados por estas decisiones (...) el fallo condenatorio califica los actos administrativos, técnicos y jurídicos de los administradores como decisiones erráticas y que causaron un perjuicio a un tercero que lo demostró por la vía judicial y la cuantía con el fallo efectivo y económico que afecta a cada uno de los asociados de la cooperativa “COOGRANADA” (subraya fuera de texto) Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_DEMANDA_PRUEBAS (Folios 301 y 311).

⁸⁶ Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (Folio 167).

⁸⁷ Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (Folios 201 a 204).

“...llama la atención de la Sala el comportamiento asumido por la demandada ante el problema jurídico suscitado con ocasión del secuestro del inmueble, que como se vio era el de propiedad de los demandantes y no de los otrora ejecutados, pues la Cooperativa Coogranada se atribuyó para sí el lote erróneamente secuestrado, constituyéndose ello en una vía de hecho, toda vez que ante el entuerto jurídico suscitado con la identificación de los predios, lo procedente y correcto era esperar una decisión judicial y no simplemente calificar de posibles estafadores a los otros propietarios, entorpecer la venta de las viviendas en construcción y exigir a toda costa la entrega de un predio que tal como quedó demostrado no le pertenecía a los aquí demandantes. Así pues, probado como ha quedado que la medida cautelar de secuestro fue decretada sobre el predio con M.I. 01N-5135817, pero practicada sobre el lote identificado con M.I. 01N-5206503; que sobre este último inmueble se adelantaba la construcción de un proyecto urbanístico denominado jardín de los Sueños, que constaría de 192 unidades de vivienda y que el mismo fue paralizado sin haberse culminado; solo resta determinar si la cancelación del proyecto devino como consecuencia de la práctica de la medida de secuestro y la insistencia en el mismo por parte de la entidad demandada y las reiteradas solicitudes de entrega forzosa por parte de ésta, para establecer así la existencia del nexo causal entre la diligencia de secuestro indebidamente recaída sobre el predio de los demandantes y los daños ocasionados a éstos, especialmente los atinentes a la parálisis del proyecto de vivienda.

“(..)

“Tratándose como en efecto se trata de que el hecho genitor del daño fue una diligencia de secuestro, necesario es recordar que la medida cautelar de secuestro tiene como finalidad conservar los bienes, impidiendo que su dueño o el poseedor de los mismos los enajene, asegurando de esta forma que se cumple con la decisión resultante del proceso que dio lugar a la medida. (...) Así pues, si bien es la medida de embargo la que saca los bienes del comercio, el secuestro sí restringe su comerciabilidad, puesto que el propietario pierde la facultad de administración y disposición sobre el mismo, pues tales prerrogativas quedan en cabeza del secuestre mientras se dirime el asunto. Hecha la claridad anterior, se tiene que cuando un bien es secuestrado, pese a no ser de propiedad de los demandados en un proceso, ni estar inmerso en la situación fáctica que originó el mismo, tal y como ocurrió en el proceso ejecutivo hipotecario genitor de este asunto donde el bien secuestrado era ajeno al litigio, los perjuicios ocasionados con la medida tienden a aumentar, debido a que los propietarios son privados injustificadamente de la disponibilidad del mismo. Recuérdese que en el sub lite, aun antes de la práctica del secuestro, el proyecto de construcción de la urbanización “jardín de los Sueños” se estaba adelantando (pues para entonces se estaban haciendo estudios y tramitando los permisos) y pese a que después de la diligencia se inició la construcción de las viviendas, las mismas debieron suspenderse, pues evidentemente la situación se hacía insostenible, si se tiene en cuenta que, como quedó probado, Coogranada junto con un senador de la

República, comenzaron una campaña de desprestigio del proyecto ante la Fiduciaria y los potenciales compradores de las viviendas, lo cual llevó al traste con la construcción de estas. Lo anterior, sumado a que, en varias oportunidades, por solicitud de la demandada Coogranada, se llevó a efecto, de manera fallida diligencias de entrega forzosa, en las cuales intervino incluso el cuerpo policial, lo cual ponía en entredicho la seriedad del proyecto y la venta del mismo, factor necesario para su construcción.” (subraya fuera de texto)

Y finalmente, en la Sentencia del 16 de agosto de 2017⁸⁸ proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y que puso fin a la controversia, se señaló lo siguiente:

*“(…) Porque si bien es cierto que el predio de propiedad de los demandantes no fue embargado, al punto que Webeimar Augusto Jimenez celebró con la Fiduciaria Central S.A. un contrato de fiducia, el que aparece inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del fundo, ello resulta intrascendente en la medida en que **los perjuicios deprecados por los promotores derivan de la diligencia de secuestro que recayó sobre ese inmueble, que impidió el desarrollo de las actividades de construcción y generó un ambiente de desconfianza sobre el proyecto en los potenciales compradores.**”*

Así pues, la razón de la condena a la Convocante como resultado del proceso adelantado por el señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ y OTROS en su contra, no fue la alegada falta de diligencia de los señores Fernando Márquez Gómez y Gonzalo Noreña Aristizábal en el análisis de la documentación relacionada con el inmueble identificado con Matrícula Inmobiliaria No. 01N-5135817, la cual, por lo demás, tampoco se encuentra probada dentro del asunto que nos ocupa, sino que se debió al comportamiento de la misma Convocante y de su apoderada judicial dentro del proceso ejecutivo iniciado por la primera en contra de los asociados HUMBERTO DE JESUS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZABAL, GIRALDO DE JESUS OSSA ZULUAGA e INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. en S.C.; concretamente, la condena en su contra se debió a su insistencia en la práctica de una medida cautelar de secuestro sobre un inmueble que, de acuerdo con dispuesto en los mencionados fallos, ella misma sabía que era distinto de aquel que se había hipotecado y embargado, y a las consecuencias negativas que para el proyecto de vivienda de interés social “El Jardín de los Sueños” y los terceros demandantes, se derivaron de la medida cautelar que se practicó a sabiendas de que el inmueble que estaba siendo objeto de la misma no era el que había sido gravado con la hipoteca. Adicionalmente, se destaca que, como lo concluyó la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Antioquia en sentencia del 17 de julio de 2012⁸⁹, el daño sufrido por la Convocante se derivó también de la conducta culposa de COOGRANADA consistente en el envío de una serie de comunicaciones a Fiduciaria Central, en las que señaló que el terreno en el que se construía el proyecto inmobiliario Jardín de los Sueños era de propiedad de COOGRANADA, y que, por lo tanto, la Fiduciaria podía estar siendo víctima de una estafa por parte del señor

⁸⁸ Cuaderno 02_PRUEBAS, Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (Folios 252 a 253).

⁸⁹ Cuaderno 02_PRUEBAS, Subcarpeta 001_DEMANDA, Archivo 001_PRUEBAS (Folios 195 – 204).

Orlando de Jesús Gómez. Este argumento esbozado por el Tribunal Superior de Antioquia no fue desvirtuado en sede de casación, pues la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de agosto de 2017⁹⁰ señaló que las conclusiones del Tribunal se derivaban de la valoración de los medios probatorios allegados al proceso.

- Finalmente, en el expediente obra comunicación datada del 25 de agosto de 2020⁹¹, en la cual el señor CARLOS EDUARDO DAVID OSPINA, asociado de la Convocante, afirmó que no existió ningún un acto incorrecto por parte de los administradores que hacían parte de la comisión encargada de efectuar el análisis de la documentación relacionada con el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 01N-5135817. De la citada comunicación, se lee textualmente lo siguiente:

*“(..). la reflexión anterior enmarca que no obstante **no existen actos incorrectos de los directivos** finalmente la responsabilidad civil es equivalente, les corresponde y debe ser asumida por la cobertura de la póliza como parte de los amparos otorgados.”*

Así pues, por lo anotado, el Tribunal concluye que la Convocante no aportó prueba que demuestre la existencia de un acto incorrecto cometido o imputable a los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL en el ejercicio de sus funciones como administradores de COOGRANADA, en los hechos que sirven de sustento a las pretensiones de la Convocante.

6.3.5. Que se haya causado una *Pérdida* a un tercero amparada por la Póliza D&O.

En cuanto al tercer presupuesto, observa el Tribunal que el mismo tampoco se encuentra acreditado, por cuanto la pérdida alegada por la Convocante por la suma de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIETOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTITRÉS PESOS (\$1.376.593.126), no se enmarca en la definición de “Pérdida” prevista en el clausulado de la Póliza D&O y, en consecuencia, no puede tenerse como una pérdida susceptible de ser amparada por la referida Póliza.

Veamos, el numeral 6.25 de la Póliza D&O define el concepto de “Pérdida” de la siguiente manera:

“6.25. PERDIDA

“Significa:

- a) *Aquellas cantidades por las que las Personas Aseguradas deban legalmente responder frente a un tercero por los daños y perjuicios pecuniarios causados por Actos Incorrectos, determinados mediante sentencia o laudo firme condenatorio en contra de una Persona*

⁹⁰ Cuaderno 02_PRUEBAS, Subcarpeta 001_DEMANDA, Archivo 001_PRUEBAS (Folios 212-259).

⁹¹ Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 002_CONTESTACIÓN_DEMANDA_20221115 / PRUEBAS DOCUMENTALES COOGRANADA, Archivo 1. Comunicación del 25 de agosto de 2020, archivo adjunto “COMUNICACIÓN DE RECLAMACION” (Folio 1).

Asegurada o mediante acuerdo transaccional aprobado previamente por escrito por la Compañía

- b) Los Gastos de Defensa,
- c) Pagos realizados por La Compañía bajo cualquier cobertura adicional o extensión de esta póliza.

“Pérdida no incluye: (1) daños punitivos o ejemplarizantes resultantes de una Reclamación por Prácticas de Empleo Indebidas; (2) multas o sanciones, a excepción de lo dispuesto en la Extensión 2.2.18; (3) tributos, impuestos, tasas o exacciones parafiscales; (4) remuneraciones o beneficio de Empleado; (5) cauciones o avales; o (6) sumas no asegurables conforme a las leyes de la jurisdicción aplicable.” (subraya y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con la anterior definición, se tiene que las pérdidas amparadas por la Póliza D&O, susceptibles de ser indemnizables, pueden derivarse de (i) sentencias o laudos en firme en los cuales se condene a una *persona asegurada* al pago de sumas de dinero a favor de terceros perjudicados *por la comisión de actos incorrectos imputables a dicha persona asegurada*; (ii) acuerdos transaccionales aprobados previamente y por escrito por La Compañía, esto es, por ALLIANZ⁹², en los cuales se acuerde el pago de sumas de dinero por parte de una persona asegurada y a favor de un tercero perjudicado como consecuencia de la comisión de actos incorrectos imputables a dicha persona asegurada; (iii) gastos de defensa entendidos en la forma definida en el numeral 2.1.4 de la Póliza D&O; o (iv) pagos realizados por ALLIANZ bajo cualquier cobertura adicional o extensión de la Póliza D&O. Adicionalmente, y sin perjuicio de los anteriores supuestos, el numeral transcrito incluye una lista enunciativa de daños o detrimentos patrimoniales que no podrán considerarse como pérdidas amparadas o indemnizables en los términos de la Póliza D&O que nos ocupa.

Pues bien, la Convocante afirma haber sufrido una pérdida por la suma de MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CIENTO VEINTISEIS PESOS (\$1.376.593.126), derivada del pago de la condena que le fue impuesta como resultado del proceso ordinario instaurado por el señor ORLANDO DE JESÚS GÓMEZ y OTROS en su contra ante el Juzgado Civil de Circuito de Santuario, condena que fue posteriormente reclamada por los demandantes por la vía ejecutiva.⁹³

⁹² En el numeral 6.21. de la Póliza se define a La Compañía en los siguientes términos: “6.1. LA COMPAÑÍA. Significa La Compañía de seguros: ALLIANZ SEGUROS S.A.”

⁹³ De la prueba documental que obra en el expediente, se tiene que el Juzgado Civil del Circuito de Santuario mediante Auto del 26 de enero de 2012, libró mandamiento de pago en contra de COOGRANDA y a favor de ORLANDO GÓMEZ y OTROS por la suma de \$988.926. Posteriormente, mediante Auto del 19 de julio de 2018 proferido por el mismo Juzgado, se resolvió adicionar el mandamiento de pago librado en contra de COOGRANADA por los siguientes montos: (i) \$252.218.000 por concepto de capital, más intereses legales liquidados mes a mes a la tasa del 0.5% mensual, desde el 28 de agosto del 2017 y hasta el pago total de la obligación; (ii) \$548.330.000 por concepto de capital (suma que sería indexada a partir de julio de 2005 y hasta el momento del pago), más intereses legales liquidados mes a mes a la tasa del 0.5% mensual, desde el 28 de agosto del 2017 y hasta el pago total de la obligación; y (iii) \$105.910.518 por concepto de costas y agencias en derecho en todas las instancias, más intereses legales liquidados mes a mes a la tasa del 0.5% mensual, desde el 21 de febrero de 2018 y hasta el pago total de la obligación. Luego, mediante Auto del 30 de agosto del 2018 el Juzgado modificó parcialmente el Auto del 19 de julio de 2018, indicando que frente al valor de \$548.330.000 únicamente se pagaría la indexación contabilizada entre el mes de julio de 2005 y el momento del pago, negando la orden de pago adicional por concepto de intereses. Y finalmente, mediante Auto del 24 de octubre de 2018 se dispuso a liquidar la totalidad de la obligación en un valor de \$1.355.682.841, suma que fue reliquidada mediante Auto del 26 de febrero del 2019, arrojando un valor total de \$1.376.593.126.5. (Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (Folios 260 a 292).

Obsérvese que en el presente caso la pérdida alegada no se derivó de una sentencia o de un laudo condenatorio proferido en contra de una persona asegurada como consecuencia de la comisión de un acto incorrecto imputable a ésta, ni tampoco se originó como consecuencia de un acuerdo transaccional aprobado por escrito por la entidad aseguradora. En realidad, la pérdida alegada se derivó de un fallo condenatorio emitido en contra de la Convocante por los perjuicios que esta causó a los demandantes en dicho proceso, al insistir en la práctica de una medida cautelar de secuestro sobre un inmueble diferente al que le servía de garantía, sino de aquellos, y que además era distinto de aquel sobre el cual se había decretado la medida cautelar. Dicho fallo, se reitera, no se profirió en contra de los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL por la comisión de un acto incorrecto, de manera que la pérdida alegada por la convocante no puede enmarcarse dentro de los primeros dos supuestos previstos en la citada definición de “Pérdida” prevista en el numeral 6.25 de la Póliza D&O.

La pérdida alegada por la Convocante tampoco se trata de “Gastos de Defensa”, si se tiene en cuenta la definición que de dicho término se establece en el numeral el 2.1.4. de la referida póliza, el cual se transcribe a continuación:

“2.1.4. GASTOS DE DEFENSA

*“La compañía anticipará por cuenta de la persona asegurada los gastos de defensa incurridos con el consentimiento previo de la compañía que se deriven de cualquier reclamación presentada por primera vez durante la vigencia del seguro o, de ser aplicable, durante el periodo adicional de notificación, **contra la persona asegurada.**”*

*“La compañía reembolsará a la sociedad los gastos de defensa incurridos con el consentimiento previo de la compañía que se deriven de cualquier reclamación presentada por primera vez durante la vigencia del seguro, o de ser aplicable, durante el periodo adicional de notificación, **contra la persona asegurada,** pero únicamente cuando y hasta por el monto en que dichos gastos de defensa hayan sido pagados por la sociedad a los administradores, ya sea por disposición de ley, de sus estatutos sociales, o de una resolución válida de la asamblea general de accionistas o de la junta directiva.*

“En el evento en que la persona asegurada fuera declarada culpable por haber incurrido en conducta dolosa, deberá reembolsar a la compañía las sumas que le hayan sido anticipadas por concepto de gastos de defensa y en general, de costas de proceso judiciales.” (se destaca)

Del numeral transcrito, se tiene que el término “gastos de defensa” se refiere a aquellas erogaciones en las que se haya incurrido para asumir el respectivo proceso o la reclamación instaurada por primera vez en contra de una persona asegurada por la comisión o por la presunta comisión de un acto incorrecto en el ejercicio de sus funciones como administrador. No obstante, como ya se mencionó, en el presente caso la pérdida alegada por la Convocante

se derivó de un fallo condenatorio proferido como resultado de un proceso ordinario instaurado en su contra y no en contra de los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL por la comisión de un acto incorrecto. Además, teniendo en cuenta que la Convocante no presentó dentro de la vigencia del seguro una reclamación en contra de los mencionados administradores a través de la acción social de responsabilidad, tal y como debía ocurrir en este caso de acuerdo con lo exigido por el numeral 6.38 de la referida Póliza, tampoco pudo haberse incurrido en gastos de defensa derivados de la misma.

Finalmente, la pérdida alegada tampoco se enmarca en el último supuesto establecido en el citado numeral 2.1.4. de la Póliza D&O, pues no se trató de un pago realizado por ALLIANZ bajo alguna cobertura adicional o bajo una extensión de la referida póliza.

En consecuencia, el Tribunal concluye que la Convocante tampoco acreditó la existencia de un daño indemnizable o de una pérdida amparada bajo la Póliza D&O.

6.3.6. Que exista un nexo causal entre la *Pérdida* sufrida por el tercero y el Acto Incorrecto cometido o imputable a las *Personas Aseguradas*

Al no haberse probado la existencia de un acto incorrecto cometido por los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL, ni la existencia de una pérdida susceptible de ser indemnizada bajo el amparo de la Póliza D&O, es evidente que no puede existir un nexo causal entre uno y otro.

No obstante lo anterior, el Tribunal insiste en que de la lectura integral de los fallos que definieron el proceso iniciado por ORLANDO GOMEZ y OTROS en contra de la Convocante⁹⁴, cuyos apartes relevantes ya fueron transcritos y que por tal razón se tendrán por reproducidos para el análisis de este presupuesto en aras de la brevedad, quedó claro que la razón de la condena proferida en su contra no se debió a la comisión de un acto incorrecto cometido por los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL en el ejercicio de sus funciones, sino al comportamiento desplegado por la Convocante y su apoderada judicial en el proceso ejecutivo iniciado por la primera en contra de los asociados HUMBERTO DE JESÚS OSSA ZULUAGA, BIBIANA EDITH OSSA ARISTIZÁBAL, GIRALDO DE JESÚS OSSA ZULUAGA e INVERSIONES OSSA ZULUAGA S. EN S.C.. En efecto, los fallos mencionados dejan ver que la causa directa de la condena a la Convocante fue el hecho de que esta, por intermedio de su apoderada judicial, insistiera en la práctica de una medida cautelar de secuestro sobre un inmueble que no era de propiedad de los ejecutados y que además era distinto de aquel sobre el cual realmente se había decretado la medida.

⁹⁴ Sentencia del 14 de octubre de 2011 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santuario; Sentencia de 17 de julio de 2012 proferida por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior de Antioquia; Sentencia del 16 de agosto de 2017 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Cuaderno 02_PRUEBAS / Subcarpeta 001_DEMANDA, 001_PRUEBAS (Folios 98 a 258).

Es decir, aun en el evento en que este Tribunal hubiera encontrado probado que existió un acto incorrecto cometido por los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL en su calidad de administradores y que la pérdida alegada por la Convocante pudiera -hipotéticamente- ser amparada por la Póliza D&O, la relación de causalidad entre uno y otro seguiría siendo inexistente.

Así pues, teniendo en cuenta que en el presente caso no se acreditó que las personas aseguradas hubiesen cometido un acto incorrecto en el ejercicio de sus funciones como administradores, ni tampoco se probó la existencia de una pérdida indemnizable bajo la Póliza D&O, ni mucho menos la existencia del nexo causal entre uno y otro elemento, el Tribunal concluye que en el caso que nos ocupa no existió responsabilidad civil en cabeza de los administradores de COOGRANDA -los señores FERNANDO MÁRQUEZ GÓMEZ y GONZALO NOREÑA ARISTIZÁBAL- y, en consecuencia, concluye que no se activó la cobertura de la Póliza D&O.

En virtud las consideraciones expuestas anteriormente, el Tribunal declarará la prosperidad de la excepción denominada: *“4.1. No se encuentran acreditados los supuestos necesarios para que se configure un siniestro cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y Demás Administradores”* y denegará la pretensión segunda principal de la demanda y como quiera que no prospera la pretensión segunda, tampoco prospera la pretensión tercera principal de la demanda (numerales 3.1. y 3.2), toda vez que es consecencial de la anterior y se declarará probada la excepción denominada: *“4.6. No hay lugar al reconocimiento de los valores que son solicitados a título de perjuicios”*.

7. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR ACTIVA E INDEMNIDAD POR ACTIVA)

Como quiera que no prospera ninguna de las pretensiones del primer grupo de pretensiones principales de la demanda, corresponde analizar el primer y el segundo grupo de pretensiones subsidiarias propuestas por la Convocante.

En virtud de estas pretensiones la Demandante busca en subsidio una declaratoria de indemnización de perjuicios, pero no derivada de la acción directa, sino en virtud de las figuras de llamamiento garantía o de la indemnidad por activa; no obstante, al revisar tanto los fundamentos de derecho de la demanda como los alegatos de conclusión no se encuentra que la Demandante haya desarrollado el fundamento, sea fáctico o sea jurídico, que sirva de soporte a tales pretensiones, razón suficiente para su negativa.

Ahora bien, no está de más mencionar que si COOGRANADA, lo que pretendía a través del primer grupo de pretensiones subsidiarias era llamar en garantía a ALLIANZ en caso de que no prosperara la acción directa, la vía procesal no era formular ese llamamiento a través de una pretensión subsidiaria como ocurrió en este caso, pues en esta materia, ante la ausencia de regulación expresa del Reglamento del Centro, tienen plena aplicación los artículos 64 y ss. del C.G.P., de los cuales se concluye que la formulación de un llamamiento en garantía se debe hacer a través de una demanda con todos los requisitos previstos para esta. Así las cosas, este bloque de pretensiones subsidiarias no está llamado a prosperar. En todo caso,

si ALLIANZ hubiese tenido la calidad de llamada en garantía, las consideraciones expuestas en relación con el fondo de la controversia no cambiarían por este solo supuesto.

Finalmente, en relación con la indemnidad por activa invocada en el segundo bloque de pretensiones subsidiarias, debe señalarse que no se indica por el Demandante a qué se refiere exactamente con la expresión “indemnidad por activa derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil de directores y administradores”, no se invoca ninguna cláusula en particular del contrato que haga alusión al punto, ni tampoco hechos, pruebas o fundamentos jurídicos que le sirvan de sustento. Por esta razón, también serán negadas las pretensiones primera y segunda del segundo grupo de pretensiones subsidiarias.

Por lo anterior, se denegarán todas las pretensiones subsidiarias de la demanda.

8. SOBRE LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LA PÓLIZA QUE FUERON INVOCADAS COMO EXCEPCIONES, ASÍ COMO SOBRE LAS RESTANTES EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que prosperan con carácter general las excepciones 4.1., 4.2. y 4.6 a que se ha hecho referencia, que conducen a denegar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, el Tribunal no se pronunciará sobre las excepciones denominadas; “4.3. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las *“actuaciones iniciadas o actos incorrectos conocidos con anterioridad a la fecha de continuidad de la póliza”*”; 4.4. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores *“cualquier negligencia, error u omisión en la prestación de servicios financieros”*”; 4.5. ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las *“reclamaciones derivadas o relacionadas con la prestación de un servicio de carácter profesional”*; (...); “4.7. Suma Asegurada”; y “4.8. Prescripción acción directa.”

V. CONSIDERACIONES FINALES

1. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

El inciso primero del artículo 280 del Código General del Proceso dispone que, en la sentencia, *“El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”*.

El Tribunal considera pertinente señalar que las partes y sus apoderados procuraron sustentar con firmeza sus respectivas posturas respecto de los asuntos debatidos en el proceso y, actuaron con decoro y profesionalismo en sus actuaciones ante el Tribunal.

2. SOBRE LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 267 DEL C.G.P. RELATIVA A LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

En relación con la solicitud realizada por el apoderado de la Convocante para efectos de que se aplique la sanción prevista en el artículo 267 del C.G.P. a la Convocante, el Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

2.1. Decreto y práctica de la exhibición de documentos

- La petición de exhibición de documentos señalada en el memorial mediante el cual el apoderado de COOGRANADA se pronunció sobre las excepciones de mérito de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022) se efectuó de la siguiente manera:

“EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS

ALLIANZ SEGUROS S.A. directamente o por medio de su apoderado judicial, deberá exhibir, por encontrarse en su poder, copia auténtica u original de los siguientes documentos:

“1. Póliza de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, vigencia 17 de junio de 2011 a 16 de junio de 2012. El objeto de la exhibición de los documentos es demostrar en este periodo, la existencia del contrato de seguro entre la COOPERATIVA SAN PIO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA" Y ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. (denominada con posterioridad al 20 de marzo de 2012 ALLIANZ SEGUROS S.A.)

“2. Formularios de solicitud de seguro con cuestionario de responsabilidad civil para directores y administradores, diligenciados por la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA "COOGRANADA", a partir de los cuales se suscribió la Póliza de seguro de responsabilidad civil para miembros de junta directiva y demás administradores, vigencias 17 de junio de 2011 a 16 de junio de 2012 y 17 de junio de 2011 a 16 de junio de 2012. El objeto de la exhibición de los documentos es demostrar la información brindada por el tomador COOGRANADA sobre los hechos y circunstancias que determinaban el estado del riesgo previo a la suscripción del contrato de seguro”.

- En la primera audiencia de trámite, el Tribunal decretó la exhibición de documentos mediante Auto 13 del 16 de febrero de 2023, en los términos solicitados.
- El día veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023) se llevó a cabo la diligencia de exhibición en la cual ALLIANZ aportó dos documentos: i) nota de cobertura y ii) certificación expedida por Edgar Hernando Peñaloza Salinas, apoderado general del Allianz Seguros S.A. en formato PDF en la cual manifestó que: *“No se encontró la póliza ni la solicitud de seguro”*. En esta diligencia el Tribunal concedió plazo a la parte Convocante, para que se pronunciara sobre la exhibición de documentos realizada por la Convocada.⁹⁵

⁹⁵ Acta 12. Expediente, Cuaderno Principal. Documento No. 078

- En memorial de fecha veintinueve (29) de marzo de 2023, el apoderado de la Convocante solicitó al Tribunal tener por ciertos los hechos que pretendía probar en los siguientes términos:

“Ante la falta de exhibición de la póliza vigencia 17 de junio de 2011 a 16 de junio de 2012, pido se dé por demostrada en este periodo, la existencia del contrato de seguro. Igual solicitud se efectúa frente a la no exhibición del cuestionario de responsabilidad civil para directores y administradores, vigencia 17 de junio de 2011 a 16 de junio de 2012, por lo que deberá darse por demostrada la información brindada por el tomador COOGRANADA sobre los hechos y circunstancias que determinaban el estado del riesgo previo a la suscripción del contrato de seguro”. (subrayado fuera de texto).

- En sus alegatos de conclusión la Convocante reiteró la anterior petición en los siguientes términos:

“El representante legal de ALLIANZ confesó en interrogatorio de parte (C 2. 006) que para la suscripción del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores vigencia 17 junio 2011 a 16 de junio de 2012 se diligenció Cuestionario de Responsabilidad Civil para directores y administradores por parte de Coogranada [00:16:22]. A pesar de ello, dicho documento no fue exhibido en la diligencia programada por el Tribunal y en consecuencia deberá tenerse por cierto el hecho que se proponía probar, esto es, la información brindada por el tomador COOGRANADA de los hechos y circunstancias que determinaban el estado del riesgo. Para la vigencia 20 de marzo del 2021 al 19 de marzo del 2022 se diligenció Formulario de solicitud de seguro con cuestionario de responsabilidad civil para directores y administradores, por la COOPERATIVA SAN PIO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA” el 17 de febrero de 2021 y carta de subjetividad (C 2. 003. Folios 78-84) que acreditan nuevamente el cumplimiento de la obligación por parte del tomador.

2.2. Consideraciones

El artículo 267 del C.G.P. expresamente establece una sanción ante la oposición a la exhibición o la renuencia a la misma así:

“ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera

sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de resera legal o la exhibición les cause perjuicio.” (subrayado fuera de texto).

Sea lo primero indicar que, al ser una norma de carácter sancionatorio, su interpretación es restrictiva, y se debe tener en cuenta los requisitos contenidos en ella.

En este caso, cuando se decretó la prueba las partes no formularon oposición alguna, sin embargo llegado el día y hora de su práctica, como se indicó, la Convocada no aportó toda la documentación solicitada. Sin embargo, el día 21 de marzo de 2023 ALLIANZ presentó dentro del término legal causal justificativa, y aportó una certificación suscrita por el señor Edgar Peñaloza, en la que informó que no contaban con los soportes de la póliza para la vigencia solicitada sino solamente con la nota de cobertura, en los siguientes términos:

“De acuerdo con los registros del sistema de la compañía, contamos con los soportes de la póliza desde la vigencia iniciada el 17/06/2012, no obstante, para la vigencia anterior que comprende el periodo entre el 17/06/2011 y el 16/06/2012, no se encontró registro de la póliza, para este periodo solo se cuenta con la nota de cobertura”.

Adicionalmente, en memorial de fecha 30 de marzo de 2023, ALLIANZ señaló:

“Por otra parte, en relación con el pronunciamiento que realizó la parte convocante en torno a la exhibición documental realizada por ALLIANZ SEGUROS S.A., me permito reiterar que, si bien mi representada no realizó la exhibición de la póliza ni del formulario de asegurabilidad solicitado, por cuanto, conforme se expuso en la certificación que se allegó el 21 de marzo de 2023, estos no reposan - ni deben reposar- en los archivos de mi representada, no puede pasarse por alto que ALLIANZ SEGUROS S.A., de manera diligente, allegó al plenario la nota de cobertura correspondiente al seguro de Responsabilidad Civil Administradores que estuvo vigente entre el 17 de junio de 2011 al 16 de junio de 2012, y de cuya lectura se infiere (...)”

Ahora bien, estando justificada la no entrega de lo solicitado, en todo caso precisa el Tribunal que el objeto de la prueba debe ser indicado desde el escrito mediante el cual ésta se solicita y no a través de un memorial posterior, como ocurrió en el presente caso, esto es, en el memorial de fecha 29 de marzo de 2023 y en los alegatos de conclusión. El objeto de la prueba es determinante para el decreto de la misma, luego, no podría el Tribunal, aun si se diera el supuesto para la aplicación de las consecuencias procesales del artículo 267 del CGP (situación que aquí no ocurrió), tener por ciertos unos hechos señalados con posterioridad a la solicitud de la prueba, los que adicionalmente por su generalidad e indefinición, no serían susceptibles de confesión.

Finalmente, en el memorial de fecha 30 de marzo de 2023, cuando ALLIANZ aportó la nota de cobertura correspondiente al seguro de responsabilidad civil para la vigencia junio de 2011 a junio de 2012, resaltó que efectivamente el seguro estuvo vigente para dicho período y que en el formulario COOGRANADA indicó que no tenía conocimiento alguno de reclamación u otra circunstancia que pudiera llegar a serlo.

Expresamente dijo en el referido memorial:

“Allegó al plenario la nota de cobertura correspondiente al seguro de Responsabilidad Civil Administradores que estuvo vigente entre el 17 de junio de 2011 al 16 de junio de 2012, y de cuya lectura se infiere:

“1. Que entre el 17 de junio de 2011 y el 16 de junio de 2012 estuvo vigente el seguro de Responsabilidad Civil Administradores (D&O) 7

“2. Que para el momento en que se suscribió dicho seguro, COOGRANADA reportó en el formulario que le fue puesto de presente, no tener conocimiento de alguna reclamación o de una circunstancia que pudiera llegar a serlo.

“En efecto, en la nota de cobertura analizada quedó plasmado lo siguiente:

“Garantías: Recibo revisión y aceptación por parte del asegurador de la siguiente información previa a la fecha de inicio de la póliza.

“1. Confirmación escrita por parte de la Sociedad de “No conocimiento o noción de reclamación o circunstancias que puedan llegar a serlo”, y la “No existencia de cambios en la información consignada en el cuestionario” a la fecha de iniciación de vigencia. (Formato Anexo)

“Siniestralidad: CERO, según formulario de directores y Administradores de fecha MARZO(2011, suministrado por el cliente.”

Por lo anterior y teniendo en cuenta que no se cumplen los supuestos previstos en la norma para la aplicación de la sanción procesal en ella prevista, el Tribunal denegará la petición realizada por la Demandante de tener por ciertos los hechos señalados que pretendía probar con la exhibición de documentos a cargo de ALLIANZ.

3. JURAMENTO ESTIMATORIO

La Demandante estimó bajo la gravedad de juramento sus pretensiones en la suma de mil trescientos setenta y seis millones, quinientos noventa y tres mil, ciento veintiséis pesos (\$1.376.593.126) moneda legal. De acuerdo con lo señalado por COOGRANADA, este rubro tiene naturaleza de daño emergente y *“no se incluye interés moratorio por cuanto se solicitan a partir del día de la instauración de la presente demanda arbitral”*.

Durante el término de traslado de la subsanación de la demanda, el apoderado de la parte Demandada objetó el juramento presentado.

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone que:

“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. (...) Ahora bien, el legislador establece sanciones para ciertos casos en los que el monto de la estimación supera el monto de la condena o cuando no hay condena por falta de demostración del perjuicio de la siguiente forma: “Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada. (...)” (Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas. (Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1.743 de 2.014). La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Contempla así la anterior disposición sanciones en dos eventos a saber: (i) el exceso en la estimación de los perjuicios frente a lo que resulte probado y (ii) la falta total de prueba en relación con los mismos.

Por tratarse de sanciones, la interpretación es restrictiva y no procede su aplicación en otros supuestos. Así las cosas, si bien no se profieren condenas en el presente asunto, esto no obedece a negligencia, o intención manifiesta de desconocer el deber de estimar sus pretensiones despojado de cálculos carentes de proporción, sino en un escenario en el que el Demandante, respecto de las sumas reclamadas, derivó su convencimiento de la prosperidad de los reclamos y así intentó probarlo.

En ese sentido, cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad de la norma mencionada, señaló que la sanción en ella consagrada *“no procede cuando su causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*⁹⁶.

Precisó la Corte que:

“Si la carga de la prueba no se satisface por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae, valga decir, por su obrar culpable, al punto

⁹⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-157/13 de 21 de marzo de 2.013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

de que en el proceso no se logra establecer ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios, aunque sea posible que sí hayan existido en la realidad, de esta situación deben seguirse consecuencias para la parte responsable”, pero “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba, es necesario hacer otro tipo de consideración”, para lo cual debe tomarse en cuenta si la contingencia a que está sujeto el medio de prueba existía antes de iniciar el proceso y era conocida por la parte.”⁹⁷

Agregó la Corte que cuando se está “ante un fenómeno que escapa al control de la parte o a su voluntad, y que puede ocurrir a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. En este escenario hipotético la sanción prevista en la norma demandada sí resulta desproporcionada y, por tanto, vulnera el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte. Dado que esta interpretación de la norma es posible, la Corte emitirá una sentencia condicionada”.⁹⁸

Por lo anterior, considera el Tribunal que no procede la aplicación de la sanción prevista por el artículo 206 del Código General del Proceso.

4. COSTAS

Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”.

El Código General del Proceso -C.G.P.- dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Por su parte, el numeral 5° del artículo 365 del C.G.P. establece que:

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

(...)

“5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)”

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Ibidem

En ese sentido, como prosperan las excepciones propuestas por ALLIANZ y no prosperan las pretensiones de COOGRANADA contenidas en la subsanación de la demanda, tal como se ha expuesto en las consideraciones de este Laudo y se reflejará en la parte resolutive del mismo, tiene aplicación el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso; razón por la cual, el Tribunal condenará en costas a la Demandante.

En tal sentido, se advierte que las dos partes pagaron los honorarios y gastos del trámite en el porcentaje a su cargo, por tanto los costos del proceso que deberán ser reintegrados a título de costas, por parte de COOGRANADA y a favor de ALLIANZ corresponderán al 100% asumido por esta última.

En virtud, de lo anterior, por concepto de costas se condenará a COOGRANADA a pagar a favor de ALLIANZ la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS TRES MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS PESOS (\$57.503.196)**.

Por agencias en derecho, el Tribunal tendrá en cuenta un reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁹⁹ en el que esta Alta Corporación consideró que para efectos de los trámites arbitrales, no es aplicable el ACUERDO No. PSAA16-10554 de fecha 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, al que se remite el numeral 4° del artículo 365 del CGP. Dice expresamente la referida Sentencia:

“19.- Es cierto que el numeral 4 del artículo 366 del CGP indica que <<deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura>>. En todo caso, la decisión no comportaría un apartamiento manifiesto o evidente del derecho aplicable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Esta norma no señala que sea aplicable a los procesos arbitrales: <<ARTÍCULO 1o. Objeto y alcance. El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo>>.”

En virtud de lo anterior el Tribunal atendiendo la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión, fijará las agencias en derecho en la suma de **VEINTICUATRO MILLONES NOVENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$24.090.380)** que equivale al monto de los honorarios de un árbitro.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias surgidas entre la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA” y ALLIANZ SEGUROS S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley y en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin,

⁹⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, MP. Martín Bermúdez Muñoz, Sentencia de fecha 26 de enero de dos mil veintitrés (2023).

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de este laudo, prosperan las excepciones “4.1. *No se encuentran acreditados los supuestos necesarios para que se configure un siniestro cubierto por el Seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y Demás Administradores*”; “4.2. *La cláusula 6.38 contenida en las condiciones generales de la póliza no adolece de nulidad ni de ineficacia. Dicha cláusula es totalmente válida y está llamada a operar en el caso que nos ocupa*”; y “4.6. *No hay lugar al reconocimiento de los valores que son solicitados a título de perjuicios*”, propuestas en la contestación de la demanda.

SEGUNDO: Declarar que, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de este laudo, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre las excepciones: “4.3. *ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las actuaciones iniciadas o actos incorrectos conocidos con anterioridad a la fecha de continuidad de la póliza*”; “4.4. *ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores ‘cualquier negligencia, error u omisión en la prestación de servicios financieros’*”; “4.5. *ALLIANZ SEGUROS S.A. excluyó de la cobertura del seguro de Responsabilidad Civil para miembros de Junta Directiva y demás administradores las ‘reclamaciones derivadas o relacionadas con la prestación de un servicio de carácter profesional’*”; “4.7. *Suma Asegurada*”; y “4.8. *Prescripción acción directa.*”

TERCERO: Negar todas las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Negar la solicitud de la parte Demandante en el sentido de dar aplicación a las consecuencias procesales previstas en el artículo 267 del Código General del Proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Condenar a la COOPERATIVA SAN PÍO X DE GRANADA LTDA “COOGRANADA” a pagar a favor de ALLIANZ SEGUROS S.A. dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a título de costas y agencias en derecho la suma de OCHENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$81.593.576).

SEXTO: Abstenerse de imponer sanción a la demandante en los términos del artículo 206 del CGP, con fundamento en lo expresado en la parte motiva de este laudo.

SÉPTIMO: Declarar que se causa el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

OCTAVO: Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librára las comunicaciones respectivas.

NOVENO: Ordenar que, vencido el término para solicitar aclaraciones y complementaciones de este laudo, y una vez decididas las que eventualmente se presenten, se expida copia auténtica del Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las Partes.

DÉCIMO: Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Artículo 2.20 del Reglamento del Centro).


Este laudo se notifica en audiencia.



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Presidente



JORGE GABINO PINZÓN SÁNCHEZ
Árbitro



NICOLÁS URIBE LOZADA
Árbitro



LAURA MARCELA RUEDA ORDOÑEZ
Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	2
1. EL CONTRATO.....	2
2. EL PACTO ARBITRAL.....	2
3. PARTES PROCESALES.....	3
3.1. PARTE DEMANDANTE.....	3
3.2. PARTE DEMANDADA.....	3
4. ETAPA INICIAL.....	3
II. CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE.....	5
1. DEMANDA PRINCIPAL.....	5
1.1. HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	5
1.2. PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE.....	8
1.3. OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LAS PRETENSIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCANTE.....	11
III. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	12
1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	12
2. ETAPA PROBATORIA.....	12
2.1. PRUEBAS DOCUMENTALES.....	12
2.2. OFICIOS.....	12
2.3. INTERROGATORIO DE PARTE.....	13
2.4. EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.....	13
2.5. TESTIMONIOS.....	14
3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES.....	14
4. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.....	14
IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	15
1. PRESUPUESTOS PROCESALES.....	15
2. EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO ENTRE COOGRANADA Y ALLIANZ. PARTES Y SUJETOS INTERVINIENTES.....	16
2.1. LA PÓLIZA NO. 022853193.....	17
2.2. LAS RENOVACIONES Y PRÓRROGAS DE LA PÓLIZA.....	21
3. BREVE DESCRIPCIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES - D&O.....	21
3.1. EL SEGURO DE D&O – PREMISAS FUNDAMENTALES.....	21
3.2. EL SEGURO DE D&O – DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA.....	25
4. SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA 6.38 DE LA PÓLIZA Y LA EXIGENCIA DE AGOTAR LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD COMO REQUISITO DE LA RECLAMACIÓN.....	29
4.1. POSICIÓN DE LAS PARTES.....	29
4.2. PROBLEMA JURÍDICO.....	30

4.3.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	31
5.	CONSIDERACIONES SOBRE LA ‘RECLAMACIÓN’ REALIZADA POR COOGRANADA	45
5.1.	POSICIÓN DE LAS PARTES	45
5.2.	PROBLEMA JURÍDICO.....	46
5.3.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	46
6.	ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE UN ACTO INCORRECTO DE LOS ADMINISTRADORES, EN LOS TÉRMINOS DE LA PÓLIZA, DEL QUE PUDIERA DERIVARSE SU RESPONSABILIDAD CIVIL.....	57
6.1.	POSICIÓN DE LAS PARTES	57
6.2.	PROBLEMA JURÍDICO.....	59
6.3.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	60
7.	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS (LLAMAMIENTO EN GARANTÍA POR ACTIVA E INDEMNIDAD POR ACTIVA)	85
8.	SOBRE LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LA PÓLIZA QUE FUERON INVOCADAS COMO EXCEPCIONES, ASÍ COMO SOBRE LAS RESTANTES EXCEPCIONES	86
V.	CONSIDERACIONES FINALES	86
1.	CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	86
2.	SOBRE LA SANCIÓN DEL ARTÍCULO 267 DEL C.G.P. RELATIVA A LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS.....	87
2.1.	Decreto y práctica de la exhibición de documentos	87
2.2.	Consideraciones	88
3.	JURAMENTO ESTIMATORIO.....	90
4.	COSTAS	92
VI.	PARTE RESOLUTIVA.....	93