

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.
vs.
SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Índice del Laudo

1. ANTECEDENTES PROCESALES	1
1.1. Partes en el proceso.....	1
1.2. La relación contractual origen de las diferencias expuestas en la demanda.....	2
1.3. Pacto arbitral invocado en la demanda	2
1.4. Trámite procesal.....	3
1.4.1. La demanda arbitral	3
1.4.2. Los árbitros y su designación	3
1.4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y la admisión de la demanda	3
1.4.4. La reintegración del Tribunal Arbitral.....	4
1.4.5. Notificación del auto admisorio de la demanda	4
1.4.6. Contestación de la Demanda y Excepciones.....	5
1.4.7. Fijación de gastos y honorarios del Tribunal.....	5
1.4.8. Primera audiencia de trámite.....	5
1.4.9. Práctica de pruebas	5
1.4.10. Alegatos de conclusión.....	6
1.5. Término de duración del proceso.....	6
1.6. Los controles de legalidad surtidos por el Tribunal Arbitral dentro del proceso	7
2. EL LITIGIO SOMETIDO A DECISIÓN ARBITRAL	8
2.1. La demanda. Su objeto y la causa en que se fundamenta.....	8
2.1.1. Las pretensiones de la demanda	8
2.1.2. Hechos en los que la Convocante fundamenta las pretensiones de la demanda .	10
2.1.2.1. En relación con la vinculación y desvinculación de la señora Astrid Lorena Pérez Lara del CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.....	10
2.1.2.2. Respecto del contrato de seguro y las comunicaciones entre las partes.....	11
2.1.2.3. En relación con el fraude	18
2.2. Contestación de la Convocada a la demanda.....	20
2.2.1. Frente a los hechos	20
2.2.2. Excepciones Propuestas	32
2.3. Los alegatos de la Parte Convocante.....	41
2.3.1. Los alegatos de la Parte Convocada.....	42
3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO.....	43
3.1. Capacidad de Parte	43
3.2. Demanda en forma	43
3.3. Competencia del Tribunal Arbitral.....	44

3.4. Conclusiones sobre los presupuestos procesales.....	44
4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	45
4.1. El Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros	45
4.1.1. Naturaleza y alcance	47
4.1.2. Consideraciones sobre la modalidad de aseguramiento bajo el sistema de descubrimiento.....	48
4.1.3. Consideraciones sobre la descripción de los riesgos objeto de la cobertura y las exclusiones, en la póliza de seguro objeto de la controversia.....	51
4.1.4. El Siniestro en el Seguro de Infidelidad. Naturaleza y Alcance	54
4.2 El contrato de seguro celebrado entre el Centro Comercial Los Molinos y la Aseguradora SBS Seguros Colombia. Partes y sujetos intervinientes.....	56
4.2.1 La póliza No. 1000116	56
4.2.2 Las renovaciones y prórrogas de la póliza No. 1000116	61
4.2.2.1 Conclusiones sobre el contrato de seguro objeto de controversia	65
4.2.3 La reclamación presentada por el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. y la objeción realizada por SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.....	66
4.3. La conducta de las partes en la etapa precontractual y contractual.....	70
4.3.1. Deberes y obligaciones	73
4.3.2. Principio de la buena fe contractual y del in dubio pro consumatore en el contrato de seguro	75
4.3.3. La intervención del corredor de seguros en la formación y desarrollo del contrato.	76
4.3.3.1. Carácter vinculante de sus actuaciones	80
4.3.3.2. Deber de información y asesoramiento por parte del corredor de seguros	81
4.4. Las conductas de la empleada Astrid Lorena Pérez como constitutivas de siniestro a la luz del seguro de infidelidad y riesgos financieros contratado y la Ley.....	85
4.4.1. Posición de la demandante	85
4.4.2. Posición de la Demandada	88
4.4.3. Consideraciones del Tribunal.....	93
4.4.3.1. La conducta del empleado.....	94
4.4.3.2. La pérdida.....	99
4.4.3.2.1. Los reparos al dictamen presentado por la Demandante para acreditar la pérdida	99
4.4.3.2.1.1. El incumplimiento de los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso.....	99
4.4.3.2.1.2. La omisión de la explicación de los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones	102
4.4.3.2.1.3 La identidad de quien participó en la elaboración de dictamen, su profesión u oficio y los documentos que lo habilitan para su ejercicio	104
4.4.3.2.1.4 El no cumplimiento del Código de Ética de que trata la ley 1673 de 2013....	105

4.4.3.2.1.5	La existencia de errores en el dictamen	107
4.4.3.2.1.6	Conclusiones del Tribunal respecto del dictamen pericial	115
4.4.3.2.2.	La pérdida demostrada	115
4.4.3.2.2.1	Parqueaderos.....	123
4.4.3.2.2.	Pagos de cartera en efectivo.....	125
4.4.3.2.3.	Dineros recaudados por eventos	125
4.4.3.3.	Conclusión.....	125
4.5	Sobre la eficacia o ineficacia de las exclusiones incorporadas en la póliza No. 1000116.....	126
4.5.1.	Posición de la Convocante	126
4.5.2.	Posición de la Convocada	128
4.5.3.	Consideraciones del Tribunal.....	131
4.5.3.1	Requisitos de eficacia de las exclusiones en el contrato de seguro. Análisis de la normatividad aplicable. Numeral 3 del artículo 44 de la Ley 45 de 1990; literal c), del numeral 2, del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	132
4.5.3.2	Antecedentes jurisprudenciales	133
4.5.3.3	Finalidad de los requisitos establecidos en la ley, atinentes a la ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza y a la forma en la que deben estar redactadas ...	136
4.5.3.4	La buena fe en el contrato de seguro y la teoría de los actos propios	144
4.5.3.5	Conclusión.....	148
4.6.	Análisis de las exclusiones alegadas por la Convocada en la objeción del siniestro y como excepciones en el trámite arbitral.....	149
4.6.1.	SEGUNDA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA DE TODA PÉRDIDA EN LA QUE SE IDENTIFIQUE LA NO SALIDA A VACACIONES DE LOS EMPLEADOS DE CONFORMIDAD CON LA EXCLUSIÓN 3.27. MODIFICADA VÍA CONDICIONES PARTICULARES DE COMÚN ACUERDO POR LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS.....	153
4.6.1.1.	Posición de la Convocante	153
4.6.1.2.	Posición de la Convocada.....	154
4.6.1.3.	Consideraciones del Tribunal	155
4.6.2.	TERCERA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE CHEQUES GIRADOS SIN SELLOS RESTRICTIVOS DE NEGOCIABILIDAD	156
4.6.2.1.	Posición de la Convocante.....	157
4.6.2.2.	Posición de la Convocada.....	157
4.6.2.3.	Consideraciones del Tribunal.....	157
4.6.3.	CUARTA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE PÉRDIDAS EN QUE SE IDENTIFIQUE LA NO REALIZACIÓN DE UNA AUDITORÍA INTERNA POR LO MENOS UNA VEZ EN CADA PERÍODO DE DOCE (12) MESES.....	160
4.6.3.1.	Posición de la Convocante.....	160

4.6.3.2. Posición de la Convocada.....	161
4.6.3.3. Consideraciones del Tribunal.....	162
4.6.4. QUINTA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE “NO SEGREGACIÓN DE FUNCIONES”	164
4.6.4.1. Posición de la Convocante.....	164
4.6.4.2. Posición de la Convocada.....	165
4.6.4.3. Consideraciones del Tribunal.....	166
4.7. Pronunciamiento expreso del Tribunal sobre las pretensiones y las excepciones propuestas	168
5. LA CONDUCTA DE LAS PARES.....	168
6. JURAMENTO ESTIMATORIO.....	168
7. COSTAS: EXPENSAS Y AGENCIAS EN DERECHO	169
8. PARTE RESOLUTIVA	172

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.
vs.
SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Agotada la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio de Bogotá para la debida instrucción del trámite arbitral, y estando dentro de la oportunidad para el efecto, el Tribunal profiere en derecho el **LAUDO ARBITRAL** que pone fin al proceso arbitral iniciado para resolver las controversias surgidas entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, como Convocante, y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, como Convocada.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

1.1. Partes en el proceso

Las partes son personas jurídicas, legalmente constituidas, que han acreditado en legal forma su existencia y representación de conformidad con las pruebas que obran en el expediente:

Parte Convocante: CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H., persona jurídica identificada con el NIT 900.088.977-3, originada en la constitución del mencionado centro comercial como una propiedad horizontal, a través de la Escritura Pública No. 2148 del 31 de marzo de 2005, aclarada por las Escrituras Públicas No. 2569 del 28 de abril del 2006 y 3099 del 22 de mayo de 2006, reformado su reglamento por la Escritura Pública No. 4980 del 23 de julio de 2008 y aclarado por la Escritura Pública No. 5799 del 25 de agosto de 2008, adicionado el reglamento en su segunda etapa por la Escritura Pública No. 8551 del 2 de diciembre de 2008, todas de la Notaría 12 de Medellín, y posteriormente adicionado en su tercera etapa por la Escritura Pública No. 11134 del 30 de septiembre de 2011 de la Notaría 15 de Medellín, representada legalmente por el señor JUAN SANTIAGO ELEJALDE ESCOBAR, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 71.751.925.

Parte Convocada: SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. identificada con el NIT No. 860.037.707-9, compañía de seguros legalmente constituida como se acredita en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia

Financiera de Colombia que obra en el expediente, representada legalmente por la señora Marta Lucía Pava Vélez, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 39.785.548, o por quien haga sus veces a la fecha.

1.2. La relación contractual origen de las diferencias expuestas en la demanda

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del contrato de seguro denominado PÓLIZA DE SEGUROS DE FIDELIDAD, del tipo de seguros de PROTECCIÓN CONTRA ACTOS FRAUDULENTOS IRF CRIME MANAGER, tomado inicialmente con AIG SEGUROS COLOMBIA S.A., cuya operación fue asumida por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Este contrato de seguro se encuentra contenido en la Póliza No. 1000116, expedida originalmente el 21 de enero de 2013. Mediante Anexo 2 del 1º de junio de 2015 se renovó para la vigencia comprendida entre el 12 de mayo de 2015 y el 12 de mayo de 2016, y posteriormente fue renovada de manera sucesiva.

1.3. Pacto arbitral invocado en la demanda

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula vigesimocuarta de las condiciones generales aplicables al contrato de seguro arriba descrito, y literalmente dispone:

“Condición 24 – Arbitramento.

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 (incluida la cámara de comercio de Bogotá) que las partes determinen de común acuerdo, según las siguientes reglas:

A. 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 acordado de común acuerdo entre las partes, a solicitud de cualquiera de ellas.

B. El tribunal decidirá en derecho.

No obstante, lo convenido en la presente condición, las partes acuerdan que la presente condición no podrá ser invocada por SBS Colombia, en aquellos casos en los cuales un tercero (damnificado) demande al asegurado ante cualquier jurisdicción y éste a su vez llame en garantía a SBS Colombia”.

1.4. Trámite procesal

1.4.1. La demanda arbitral

Por conducto de apoderado judicial, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** presentó, el 25 de marzo de 2021, demanda arbitral contra **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

1.4.2. Los árbitros y su designación

El 8 de abril de 2021 fueron designados de común acuerdo los doctores Jorge Eduardo Narváez Bonnet, Juan Guillermo Hincapié Molina y Arturo Solarte Rodríguez, como árbitros principales de este proceso.

Como suplentes, fueron designados los Dres. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Arturo Sanabria Gómez y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

1.4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y la admisión de la demanda

El 12 de mayo de 2021, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá se llevó a cabo, por medios electrónicos, la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral. En el transcurso de la audiencia, mediante el Auto No. 1 del proceso: (i) se declaró legalmente instalado el Tribunal; (ii) se designó como Secretaria a la Dra. María Andrea Calero Tafur, como Secretaria *ad hoc* a la Dra. Leidy Adriana Peralta Fajardo; y (iii) se reconoció personería a los apoderados judiciales de las partes.

En esa misma fecha, mediante el Auto No. 2 proferido por el Tribunal Arbitral se inadmitió la demanda, concediéndole a la Convocante **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, el término legal de cinco (5) días hábiles para su subsanación; a efectos de que: (i) precisara el alcance de sus pretensiones, con calificación expresa respecto de la naturaleza principal o subsidiaria de las mismas; y (ii) complementara el juramento estimatorio de la demanda, en atención a los intereses reclamados con la demanda.

El 14 de mayo de 2021 la Secretaria aceptó su designación y el 18 del mismo mes y año cumplió con rendir, frente a las partes, el deber de información contemplado en el artículo 2.27 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El 18 de mayo de 2021, la Parte Convocante radicó escrito con el que subsanó la demanda, la que presentó integrada en un solo documento.

El 26 de mayo de 2021, la Secretaria tomó posesión de su cargo.

En esa misma fecha, el Tribunal advirtió que la demanda cumplía con los requisitos legales, razón por la cual, mediante Auto No. 3 la admitió y ordenó su traslado.

1.4.4. La reintegración del Tribunal Arbitral

El 22 de junio de 2021, el Dr. Jorge Eduardo Narváez Bonnet renunció a su calidad de árbitro de este Tribunal, al habersele presentado de forma sobreviniente un conflicto de interés.

El 23 de junio de 2021, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá notificó al Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía su designación como árbitro dentro del presente proceso arbitral, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por las partes al momento de realizar la designación de árbitros de común acuerdo.

El 28 de junio de 2021, el Dr. Juan Pablo Cárdenas Mejía aceptó la designación y cumplió con el deber de información consagrado en el artículo 2.27 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El 6 de julio de 2021, las partes y los demás miembros del Tribunal fueron notificados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la aceptación del Dr. Cárdenas Mejía.

Entre los días 7 y 13 de julio de 2021 corrió el plazo de las partes para pronunciarse en relación con la aceptación del Dr. Cárdenas Mejía. Dentro de ese término, la Parte Convocante expresamente agradeció la aceptación y la Parte Convocada guardó silencio.

Mediante Auto No. 4 del 14 de julio de 2021 se declaró reintegrado el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las diferencias surgidas entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. y SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** y se ordenó reanudar el término de traslado de la demanda con la notificación de esa providencia judicial, dada la suspensión del trámite ocasionada por la renuncia del doctor Narváez.

1.4.5. Notificación del auto admisorio de la demanda

Originalmente, el 27 de mayo de 2021, se notificó a las partes, con apoyo en medios virtuales, el Auto No. 3 del proceso, que corresponde al auto admisorio de la demanda.

Por su parte, el 15 de julio de 2021, se notificó a las partes, con apoyo en medios virtuales, el Auto No. 4 del trámite arbitral, con el que se reintegró el Tribunal y se reanudó el término de traslado de la demanda.

1.4.6. Contestación de la Demanda y Excepciones

El 19 de julio de 2021, la Parte Convocada allegó, con apoyo en medios virtuales, la contestación a la demanda subsanada -con la que propuso varias excepciones y objetó el juramento estimatorio- y a la que acompañó sus pruebas documentales.

El 22 de julio de 2021, se notificó a las partes, con apoyo en medios virtuales, el Auto No. 5 del trámite arbitral que ordenó el traslado de excepciones y objeción al juramento estimatorio.

El 29 de julio de 2021, la Parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones y el de la objeción al juramento estimatorio.

1.4.7. Fijación de gastos y honorarios del Tribunal

Mediante el Auto No. 6 del trámite arbitral, se fijó fecha y hora para celebrar la audiencia de conciliación prevista en el Art. 24 de la Ley 1563 de 2012, el 18 de agosto de 2021.

Comoquiera que el intento conciliatorio fracasó, en esa misma audiencia, mediante el Auto No. 7, se dio aplicación al artículo 2.38 del Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en consonancia con el artículo 25 de la Ley 1563 de 2012, y fueron fijados los honorarios y gastos del Tribunal.

Tanto la Parte Convocante, como la Convocada, efectuaron oportunamente el pago de los honorarios y gastos de este Tribunal Arbitral.

1.4.8. Primera audiencia de trámite

La primera audiencia de trámite se desarrolló el día 23 de septiembre de 2021. En la diligencia, el Tribunal: (i) se declaró competente para conocer de la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda, al igual que de las excepciones propuestas en el escrito de contestación; y (ii) resolvió sobre las solicitudes probatorias de las partes.

1.4.9. Práctica de pruebas

Las pruebas se practicaron en audiencias de 19, 20, 21, 26, 27 de octubre de 2021 y 23 de marzo de 2022. Durante la fase probatoria se recibieron y contrvirtieron las pruebas

documentales, testimoniales, los interrogatorios de parte, las declaraciones de parte, los dictámenes periciales y la exhibición de documentos decretadas en la primera audiencia de trámite celebrada el 23 de septiembre de 2021, así como las pruebas decretadas de oficio por el Tribunal Arbitral a lo largo del proceso.

Finalmente, mediante providencia de 23 de marzo de 2022, en aplicación de lo previsto por el artículo 132 del Código General del Proceso, una vez agotada y revisada la actuación surtida en la etapa probatoria y sin que se verificara la existencia de irregularidad alguna que viciara la actuación, el Tribunal declaró concluida la etapa probatoria y fijó fecha y hora para la audiencia de alegatos.

1.4.10. Alegatos de conclusión

El 12 de mayo de 2022 se celebró la audiencia de alegatos, en la que los apoderados de las partes rindieron sus alegaciones finales.

1.5. Término de duración del proceso

Este laudo se profiere en término teniendo en cuenta que:

1. El lunes 23 de septiembre de 2021 tuvo lugar la primera audiencia de trámite.
2. Con ocasión de la solicitud efectuada de común acuerdo por las partes, con fundamento en el Art. 11 de la Ley 1563 de 2012 y 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, el proceso fue suspendido entre los días 28 de octubre de 2021 y 23 de noviembre de 2021, ambas fechas incluidas, es decir, por un término de **17 días hábiles**.
3. Con ocasión de la solicitud efectuada de común acuerdo por las partes, con fundamento en el Art. 11 de la Ley 1563 de 2012 y 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, el proceso fue suspendido entre los días 11 de enero de 2022 y 23 de febrero de 2022, ambas fechas incluidas, es decir, por un término de **32 días hábiles**.
4. Con ocasión de la solicitud efectuada de común acuerdo por las partes, con fundamento en el Art. 11 de la Ley 1563 de 2012 y 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, el proceso fue suspendido entre los días 24 de marzo de 2022 y 12 de mayo de 2022, ambas fechas incluidas, es decir, por un término de **34 días hábiles**.
5. Con ocasión de la solicitud efectuada de común acuerdo por las partes, con

fundamento en el Art. 11 de la Ley 1563 de 2012 y 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, el proceso fue suspendido entre los días 16 de mayo de 2022 y 17 de agosto de 2022, ambas fechas incluidas, es decir, por un término de **62 días hábiles**.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.45 del Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal solo tomará en consideración, para los efectos de la suspensión, **37 días hábiles, de los 62 suspendidos**, para respetar el límite al que hace referencia la norma citada del reglamento, a cuyo trámite se sometieron las partes en el pacto arbitral.

6. Teniendo en cuenta lo anterior:

Suspensión	120 días
Plazo Transcurrido	10 meses y 25 días -calendario-
Término Máximo Proceso	15 de noviembre de 2022

Para todos los efectos, debe tenerse en cuenta que, al no establecer las partes en el pacto arbitral un término de duración del proceso, éste es de 8 meses contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, de conformidad con lo dispuesto en el quinto inciso del artículo 10 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020, vigente para la fecha en la que culminó la primera audiencia de trámite. A este término deben adicionarse los días de suspensión que, según lo señalado en la misma norma, no podían exceder de 150. Sin embargo, como se explicó, el artículo 2.45 del Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá —reglamento al que se sometieron las partes—, establece como límite máximo 120 días de suspensión. Por lo tanto, este último es el límite de días de suspensiones que aplicará el Tribunal.

1.6. Los controles de legalidad surtidos por el Tribunal Arbitral dentro del proceso

Durante las audiencias de los días 23 de septiembre de 2021 -Primera de Trámite-, 23 de marzo de 2022 -con la que se cerró la etapa de pruebas- y 12 de mayo de 2022 -en la que las partes presentaron sus alegatos de conclusión- el Tribunal surtió los correspondientes controles de legalidad respecto del proceso, estando de acuerdo las partes en que no se presentó vicio alguno dentro del mismo.

2. EL LITIGIO SOMETIDO A DECISIÓN ARBITRAL

2.1. La demanda. Su objeto y la causa en que se fundamenta

Se hará referencia a las pretensiones de la demanda y a los hechos en los que ella se fundamenta:

2.1.1. Las pretensiones de la demanda

La Convocante solicitó al Tribunal Arbitral acoger las siguientes pretensiones:

*PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare la ocurrencia de un siniestro en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** producto de las alteraciones fraudulentas y falsificaciones y, en términos generales, el fraude cometido por la que era la tesorera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, señora **ASTRID LORENA PÉREZ**. Y, en consecuencia, se declare que **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, a través del contrato de seguros mencionado en los hechos de la demanda, ampara el siniestro y por ende debe indemnizar al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, en su condición de tomador, asegurado y beneficiario por la totalidad de las pérdidas sufridas por este, hasta el límite del monto indemnizable.*

*SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Se declare la ineficacia de las exclusiones que a continuación se indican y por lo tanto su inoponibilidad en contra de la sociedad demandante, contenidas en el contrato de seguro denominado **PÓLIZA DE SEGUROS DE FIDELIDAD**, del tipo de seguros de **PROTECCIÓN CONTRA ACTOS FRAUDULENTOS IRF CRIME MANAGER**, contratado con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, contrato contenido en la póliza de seguros número 1000116, la cual fue expedida el día 01 de junio de 2015, con vigencia del 12 de mayo de 2015 al 12 de mayo de 2016, renovada sucesivamente hasta el 12 de mayo de 2018 y el 12 de mayo de 2019, ineficacia que deberá ser declarada en la medida en que así lo dispone con carácter imperativo la ley 45 de 1990, artículo 44 numeral 3, en concordancia con el numeral 1 y en el artículo 184 del Decreto 663 de 1993, numeral segundo, literal c en concordancia con el literal a, por cuanto las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza y en este caso en particular no están en la primera página de la póliza y ni siquiera empiezan en la primera página, estando contenidas a partir de la página 4 en las condiciones particulares; y de las condiciones generales, de la página 7 y siguientes, siendo las mismas las siguientes:*

- *Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.*

- Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno le sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.
- Toda Pérdida proveniente de o que tengan origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas.
- Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad.
- Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control... ”.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la aseguradora **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** a indemnizar y pagar todas las pérdidas sufridas por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, hasta el límite de la suma asegurada, lo que asciende a la suma de Mil Cuatrocientos Sesenta Millones (\$1.460'000.000) de pesos moneda legal.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Como consecuencia de la condena señalada en el numeral anterior (4.3.), la cifra a la que se le condene deberá ser ajustada y pagada con los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, esto es, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, pasado un mes desde que se presentó la reclamación, lo cual ocurrió el 4 de febrero de 2019, y hasta el momento del pago efectivo, de acuerdo con el artículo 1080 del Código de Comercio, pues desde este momento se venció el plazo para pagar la indemnización, en tanto con la reclamación se probó el siniestro y la cuantía.

PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En caso de que se considere que a través de la comunicación del 4 de febrero de 2019, no se presentó propiamente dicha la reclamación, en subsidio de la petición anterior y como consecuencia de la condena señalada en el numeral 4.3., la cifra a la que se le condene deberá ser ajustada y pagada con los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, esto es, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad,

pasado un mes desde que se presentó la reclamación, lo cual ocurrió el 11 de septiembre de 2020, y hasta el momento del pago efectivo, de acuerdo con el artículo 1080 del Código de Comercio, pues desde este momento se venció el plazo para pagar la indemnización, en tanto con la reclamación se probó el siniestro y la cuantía.

SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En subsidio de la petición 4.4.1. y como consecuencia de la condena señalada en el numeral 4.3., la cifra a la que se le condene deberá ser ajustada y pagada con los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, esto es, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, pasado un mes desde que se llevó a cabo la audiencia de conciliación prejudicial ante la Unidad de Conciliación del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, lo cual ocurrió (la audiencia) el 17 de diciembre de 2020, esto es, desde el 17 de enero de 2021 y hasta el momento del pago efectivo, de acuerdo con el artículo 1080 del Código de Comercio, pues desde este momento se venció el plazo para pagar la indemnización, en tanto con la reclamación se probó el siniestro y la cuantía.

TERCERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: En subsidio de la petición 4.4.2. y como consecuencia de la condena señalada en el numeral 4.3., la cifra a la que se le condene deberá ser ajustada y pagada con los intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, esto es, igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad, desde la notificación del auto admisorio de la demanda conforme a lo dispuesto en el artículo 94 inciso segundo del Código General del Proceso.

*QUINTA (sic) PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que la demanda[da] sea obligada a pago todos los gastos legales en que incurra el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, así como las costas y agencias en derecho.*

2.1.2. Hechos en los que la Convocante fundamenta las pretensiones de la demanda

De los hechos incorporados en la demanda, se destacan los siguientes:

2.1.2.1. En relación con la vinculación y desvinculación de la señora Astrid Lorena Pérez Lara del CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.:

El 16 de marzo de 2015 fue contratada la señora Astrid Lorena Pérez Lara para el cargo de Tesorera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, cargo que desempeñó durante aproximadamente 3 años y 8 meses.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** contrató a la firma Auren Consultores Medellín S.A.S., en septiembre de 2018, para realizar una auditoría externa en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

El 23 de noviembre de 2018 la auditoría anual externa realizada en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** por la firma Auren Consultores Medellín S.A.S., arrojó unos hallazgos, encontrando diferencias entre la realidad financiera y contable de la propiedad horizontal y la información registrada en la contabilidad y otros documentos.

La señora Astrid Lorena Pérez Lara, durante la diligencia de descargos que tuvo lugar el 27 de noviembre de 2018, declaró y reconoció su exclusiva responsabilidad en el fraude, el cual afirma que llevó a cabo mediante la manipulación de extractos bancarios, recibos de servicios públicos, consignaciones y, en general, otros soportes contables.

El 28 de noviembre de 2018 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** dio por terminado con justa causa el contrato de trabajo con Astrid Lorena Pérez Lara, fundamentando la decisión en las irregularidades y anomalías en su desempeño del cargo como tesorera de la copropiedad.

2.1.2.2. Respecto del contrato de seguro y las comunicaciones entre las partes

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** fue tomador, asegurado y beneficiario de un contrato de seguro denominado PÓLIZA DE SEGUROS DE FIDELIDAD, del tipo de seguros de *“PROTECCIÓN CONTRA ACTOS FRAUDULENTOS IRF CRIME MANAGER”*, tomado inicialmente con AIG SEGUROS COLOMBIA S.A., cuya operación fue posteriormente asumida por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

Afirma la Convocante que este contrato de seguro se encuentra materializado en la póliza No. 1000116, expedida el 1° de junio de 2015, con vigencia del 12 de mayo de 2015 al 12 de mayo de 2016, y posteriormente renovada así: mediante el Anexo No. 3, del 1 de junio de 2016, con vigencia entre el 12 de mayo de 2016 y el 12 de mayo de 2017; mediante el Anexo No. 4, del 8 de junio de 2017, con vigencia entre el 12 de mayo de 2017 y el 12 de mayo de 2018 mediante el Anexo No. 9, del 1 de junio de 2018, con vigencia entre el 12 de mayo de 2018 y el 12 de mayo de 2019.

El seguro cuenta con cobertura de actos deshonestos y fraudulentos de los empleados por valor de mil quinientos millones de pesos moneda legal (\$1.500'000.000) (por evento), con deducible de cuarenta millones de pesos moneda legal (\$40'000.000) y fecha de retroactividad desde el 10 de enero de 2013.

Este contrato de seguro funciona bajo el sistema de descubrimiento, conforme lo señalan las condiciones particulares, y específicamente las condiciones generales, así:

“... CONDICIÓN 1. - AMPAROS

SBS COLOMBIA SE COMPROMETE A INDEMNIZAR AL ASEGURADO LAS PÉRDIDAS QUE SE DESCUBRAN, POR PRIMERA VEZ, DURANTE LA VIGENCIA DEL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO Y QUE HAYAN OCURRIDO DESPUÉS DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y DE ACUERDO CON CADA UNO DE LOS AMPAROS EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LA MISMA, EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PREVISTOS PARA CADA UNO DE ELLOS Y HASTA EL VALOR ASEGURADO ESTIPULADO EXPRESAMENTE EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA”.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** presentó aviso del siniestro a su corredor de seguros, Willis Towers Watson S.A., en diciembre de 2018, el cual fue reiterado, por escrito, en enero de 2019.

El 4 de febrero de 2019, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** le remitió a Willis Towers Watson S.A. una comunicación mediante la cual presentó la reclamación formal y afectación de la póliza de empleados en relación con el siniestro wtw 40468. Junto con dicha comunicación, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** remitió a **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** la siguiente documentación con el fin de acreditar el siniestro y su cuantía:

- i) Certificado de existencia y representación legal de la copropiedad expedido por la Subsecretaría de Gobierno Local y Convivencia Municipal de Medellín.
- ii) Constancia de la denuncia penal formulada por la copropiedad en contra de los implicados en las irregularidades.
- iii) Informe reporte de los hallazgos e irregularidades constatados, fechado el día 4 de febrero de 2019, presentado por la firma de auditores Auren Consultores Medellín S.A.S. contratada para ese proceso de investigación.
- iv) Certificación del monto de la pérdida económica consolidada, suscrito por el representante legal suplente de la copropiedad. Esta certificación no fue firmada por el contador, debido a que en ese momento se sospechaba que podía estar implicado en los hechos, aspecto que aún se encontraba en investigación.
- v) Documentos que soportan y justifican el monto de la pérdida económica sufrida por la copropiedad.

- vi) Resumen de la liquidación del contrato laboral que vinculaba a la señora Pérez Lara con la copropiedad, incluyendo su hoja de vida personal y las constancias de los períodos vacacionales concedidos y disfrutados por esta empleada.
- vii) Informe con recomendaciones de mejoramiento de procesos internos, fechado el día 4 de febrero de 2019 y suscrito por Auren Consultores Medellín S.A.S.
- viii) Manuales de funciones: se adjuntan los manuales descriptivos de procesos y funciones del área financiera. En ellos se evidencia que no se acumulan funciones incompatibles y que todos los controles para gestión de pagos y elaboración de cheques son duales.

El 3 de abril de 2019, la firma R&G Espinosa, en calidad de ajustador, envió comunicación al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en la que solicitó unos documentos adicionales para la “*atención y ajuste de la referencia no. 002-402-100058 de la póliza No. 100077 (Sic) de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. Colombia*”. Esta comunicación tiene como número de referencia el 212972.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** dio respuesta a la comunicación mencionada el 30 de abril de 2019 y la amplió el 22 de julio de 2019. En esta se manifestó que la información que se relaciona a continuación fue entregada de manera digital entre los días 11 y 12 de julio de 2019 durante la visita de la firma al Centro Comercial:

- i) Manual de funciones del cargo de Director Financiero (contador), Director Administrativo, Coordinador Administrativo, Auxiliar Contable, Recaudo, Gerencia, Tesorera.
- ii) Descargos de la Administradora del Centro Comercial y el Director Financiero (contador).
- iii) Representación legal y soportes de vacaciones solicitados con su respectiva liquidación y pagos de vacaciones realizados
- iv) Informes de auditorías realizados por URS (Universal Risk Solutions) en el mes de noviembre de 2017.
- v) Procedimientos de pago de proveedores, manejo de cartera y caja menor versión 2016.
- vi) Cheques que fueron alterados y/o cambiados de manera fraudulenta

En comunicación del 26 de agosto de 2019, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** le informó al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** la objeción al pago del siniestro.

En esta comunicación, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** reconoció que las conductas fraudulentas descritas por la empleada Astrid Lorena Pérez consistieron en: i) Falsificación de servicios públicos; ii) Alteración y falsificación de extractos bancarios de las cuentas corrientes

No. 03936999824 y 03936999964; iii) Alteración y Falsificación de los encargos fiduciarios del Banco Davivienda No. 60703039300092462 y 60703039300012429; y iv) Falsificación de consignaciones por recaudo de eventos de mercadeo. No se incluyeron en este aparte lo relativo a las falsificaciones de consignaciones por recaudo de parqueaderos.

Adicionalmente, indicaron que el fraude implicaba valores correspondientes a la apropiación del dinero de los parqueaderos, recibo en efectivo de cuotas de administración de dos clientes (Clínica Menta y Zimbabwe, copropietarios del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**) que no se consignaron, ingresos por boletería de eventos y cheques omitidos en los extractos, cheques modificados en los extractos y cheques para devolución de clientes que no fueron entregados a estos.

Por otra parte, la aseguradora manifestó que al consultar la póliza objeto de la reclamación, encontró que eran aplicables las siguientes exclusiones:

“3.27 Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro, así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control”.

“3.33 Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses”.

“3.35 Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno le sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin”.

“3.36 Toda Pérdida proveniente de o que tengan origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas”.

“3.38 Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad”.

Sobre el particular, indicó que estas exclusiones eran aplicables porque:

“Con la documentación aportada se pudo identificar que tanto la empleada que dio lugar a la pérdida como los empleados que estuvieron involucrados Edda Griovanna Castrillón (Administradora), Cristian Fernando Osorio Vidal (Asistente contable), María Alejandra Ángel Rivillas (Coordinador Administrativo), Jaime Andrés Salazar Ospina (Director Administrativo), Gustavo Castaño Rincón (Director Financiero) y Astrid Lorena Pérez (Tesorera), no tomaron como mínimo dos semanas consecutivas de vacaciones como se exige en las Condiciones Particulares de la Póliza”. (Exclusión Nro. 3.27).

“El Asegurado no contaba con un área de Auditoría Interna y en tal virtud parte de la labor era ejercida por Revisoría Fiscal. Sin embargo, de la información aportada se pudo constatar que esta área no realizó auditorías en la oficina principal, tampoco se aportaron comprobantes de informes de auditoría que se hubiesen emitido por parte de esta área y según los descargos de la Administradora, no se realizaron auditorías a los ingresos por parqueaderos”. (Exclusión Nro. 3.33).

“En el proceso de pago a proveedores mediante cheques, no se garantizaba que el destinatario de los cheques recibiera los fondos que estaba girando el Asegurado para tal fin. Evidenciándose la falta de doble control en el pago, toda vez que dichos cheques se giraban sin destinatario específico, y sin sello restrictivo y tampoco se efectuaba un control posterior para verificar que los dineros hubiesen llegado al destinatario correcto.

Lo mismo sucedía en relación con el pago de parqueaderos en el cual no se evidencia un doble control, toda vez que las cajeras entregaban el dinero a los recaudadores, quienes dependían de la empleada infiel, razón por la cual le entregaban el dinero a esta, para que posteriormente ella lo entregara a la transportadora Atlas, pero no se contemplaba un control para verificar que los dineros hubiesen sido entregados a dicha transportadora. En otras palabras, no se evidenció un doble control para garantizar la comprobación del destino final del dinero, toda vez que no se verificaba la entrega diaria de dinero a la transportadora, pudiendo la empleada de esta forma cancelar las entregas y presuntamente apropiarse del dinero por concepto de parqueaderos;

“Frente a recaudo de parqueaderos por mensualidades, tampoco existía un control dual, teniendo en cuenta que la empleada infiel era quien elaboraba los recibos y recibía el dinero en efectivo, sin que existiera una verificación interna en el recaudo de dicho dinero o circularización con los usuarios para verificar el pago de los usuarios”;

“Con respecto al efectivo que la empleada recibía por concepto de eventos, evidenciamos que no se tenía ningún control frente a este tipo de pagos, toda vez que con lo único que se contaba era con los

comprobantes de ingreso y consignaciones, sin que existiera un procedimiento y una verificación del dinero que debía ingresar por cada evento.

“Tampoco vemos que existiera un control frente a las cuotas de administración que la empleada recibía en efectivo, es más según lo manifestado por el propio Asegurado existían una clara prohibición para recibir estos valores en efectivo”. (Exclusiones 3.35 y 3.36)

“al permitirse que una persona controlara de principio a fin una operación y que además cada pago no contara con un doble control y garantizara la segregación de funciones (...) Ninguno de los cheques porta sello restrictivo de negociabilidad, por el contrario los cheques fueron girados para ser cobrados en efectivo y en este proceso la gran mayoría fueron endosados a nombre de la empleada Astrid Lorena Pérez...” (Exclusión 3.38).

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** solicitó que fuera revisado nuevamente el caso porque era posible que la administración anterior no hubiese entregado la documentación completa.

En el marco de esta solicitud, en septiembre de 2019, se realizó una reunión entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** y delegados de Willis Towers Watson S.A., Deloitte, Asesores y Consultores Ltda., R&G Espinosa y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en la que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** explicó que:

“4. Si se habían realizado auditorías en el Centro Comercial, las cuales ocurrieron así: (i) auditorías realizadas por parte de la Revisoría Fiscal, de acuerdo con el Reglamento de Propiedad Horizontal; (ii) por parte de Universal Risk Solutions en septiembre de 2017, firma contratada por los corredores de seguro, Willis Towers Watson S.A., que ratificó los buenos procesos de control interno y manual financiero aplicados en el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.⁹ (iii) por Auren Consultores S.A.S. en octubre y noviembre de 2018 (último mes corresponde al momento en que se descubrió la infidelidad).

5. Se explicó con mayor detalle las modalidades de ocurrencia del fraude.

6. Se explicó la forma en que se materializaban los controles duales en el Centro Comercial y la razón por la cual se pagaba con cheques sin sellos restrictivos de negociabilidad las facturas de EPM (...).”

Mediante comunicación del 16 de enero de 2020, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** remitió al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** el informe complementario fechado el 15 de enero de 2020 preparado por Deloitte, Asesores y Consultores Ltda. en calidad de especialista, el cual fue elaborado con el fin de complementar el primer reporte emitido por la firma en agosto de 2019 “*dado que el asegurado manifestó en su momento que no había entregado la totalidad de la información disponible debido a que presuntamente las personas encargadas de la entrega estaban vinculadas con el fraude*”. El informe complementario de “*investigación de operaciones financieras del*

Centro Comercial Los Molinos” tiene fecha de diciembre de 2019. En este manifiestan que les fue entregado como nueva documentación lo siguiente:

- “1. Procedimiento Filiales Operaciones*
- 2. Procedimientos Experiencias*
- 3. Procedimientos Gestión Financiera*
- 4. Procedimientos Administrativos y Talento Humano*
- 5. Riesgos de Ejecución*
- 6. Manual de Orden y control administrativo*
- 7. Manual Herramientas de Gestión*
- 8. Informe Auditoría Operaciones*
- 9. Informe Gestión 2017*
- 10. Comunicación de PHVA Sostenible SAS de noviembre de 2019, sobre el trabajo...”*

Frente a la documentación, manifestaron que varios de los procedimientos no estaban relacionados con las funciones de la Tesorera y que otros no fueron tenidos en cuenta porque tenían fechas cercanas o posteriores a la ocurrencia de los hechos.

Mediante comunicación del 16 de enero de 2020, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** objetó nuevamente la reclamación.

El 11 de septiembre de 2020, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** presentó un escrito de insistencia del aviso de siniestro y reclamación a la compañía de seguros, en el que explicó nuevamente las modalidades de ocurrencia del fraude, exponiendo las razones por las cuales las exclusiones, a su juicio, no eran aplicables. Entre sus argumentos incluyó el hecho de que las exclusiones no estaban consignadas en la primera página o carátula de la póliza.

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. resolvió la solicitud el 8 de octubre de 2020, reiterando los argumentos expuestos en la comunicación del 26 de agosto de 2019, en la que objetó formalmente la reclamación presentada por el asegurado.

El 5 de noviembre de 2020 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** solicitó al Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín que se convocara a **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** a audiencia de conciliación extrajudicial y procurar así otro espacio de acercamiento entre las partes. La audiencia se celebró el 17 de diciembre de 2020, levantándose constancia de que no se logró un acuerdo.

2.1.2.3. En relación con el fraude

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** para los años 2016, 2017 y 2018 tenía tres cuentas bancarias: dos cuentas corrientes del banco Davivienda y una cuenta de ahorros del banco Bancolombia. La copropiedad utilizaba en su operación las cuentas del banco Davivienda, pues la cuenta del banco Bancolombia estaba reservada exclusivamente para el pago de un crédito con esta entidad. Adicionalmente, el Centro Comercial tenía dos encargos fiduciarios (Fiducuentas) con el banco Davivienda.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** para los años 2016, 2017 y 2018 tenía ingresos por concepto de recaudos de administración, alquiler de locales, parqueaderos y eventos que se desarrollaban en el Centro Comercial. Los pagos que realizaba la copropiedad los hacía en un ochenta por ciento (80%) por transferencias bancarias y en un veinte por ciento (20%) mediante cheques, los cuales eran utilizados en su mayoría para el pago de las facturas por servicios públicos de EPM.

La firma de auditoría Auren Consultores Medellín S.A.S., en noviembre de 2018, en el marco de la auditoría anual externa que realizaba el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, al ejecutar una circularización aleatoria de cuentas por cobrar a cargo de copropietarios, detectó algunas inconsistencias en las cifras reportadas en los estados de cuenta de la cartera de estos. Por ejemplo, encontró que en la contabilidad figuraba que un copropietario adeudaba cuatro millones de pesos (\$4'000.000), pero, al corroborarlo directamente con aquél, manifestó que debía sumas mucho mayores. Por lo anterior, se verificó la totalidad de la cartera y se encontró que la cartera real a cargo de los copropietarios era mayor a la reportada por la Tesorera en sus informes. De esta forma se evidenció una diferencia entre la realidad financiera y la contable de la propiedad horizontal.

La firma de auditoría continuó la investigación e identificó que había una diferencia entre los saldos de las cuentas corrientes e inversiones (Fiducuentas) del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** según lo registrado en la contabilidad y los saldos que aparecerían en los extractos reales. Al 31 de diciembre de 2018 había una diferencia de dos mil cuatrocientos dieciséis millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$2.416.696.956).

Originalmente, en una primera certificación, de diciembre de 2018, Auren Consultores Medellín S.A.S. indicó que había encontrado una diferencia de dos mil trescientos sesenta y ocho millones ciento veinticuatro mil quinientos treinta y tres pesos (\$2.368.124.533). No obstante, en una certificación posterior, la firma de auditoría precisó que la diferencia encontrada en realidad ascendía a dos mil cuatrocientos dieciséis millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$2.416.696.956).

Luego, Auren Consultores Medellín S.A.S. identificó que de esos dos mil cuatrocientos dieciséis millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$2.416.696.956), trescientos siete millones novecientos treinta y seis mil pesos (\$307.936.000) correspondían a cartera que había sido eliminada irregularmente de la contabilidad, es decir, pagos de cuotas de administración que en realidad no se habían recibido. El hallazgo se logró mediante procesos de confirmación con los copropietarios, luego de lo cual se procedió a reconocer este dinero como mayor valor de la cartera por cobrar y a descartarlo del siniestro.

Adicionalmente, Astrid Lorena Pérez Lara entregó al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** bienes por valor de doscientos setenta y cuatro millones ochocientos setenta y dos mil pesos (\$274.872.000), que correspondían a: (i) un vehículo Renault Captur modelo 2018 avaluado comercialmente en la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000); y (ii) un apartamento ubicado en el edificio Kore Apartamentos P.H. en el municipio de Sabaneta avaluado en esa fecha en doscientos veinticuatro millones ochocientos setenta y dos mil pesos (\$224.872.000). Estos bienes fueron recibidos por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, y, por lo tanto, dichos valores no fueron incluidos en el cálculo del valor de las pérdidas que se reclaman.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** identificó que Astrid Lorena Pérez Lara, en el ejercicio de sus funciones como Tesorera, se apropió indebidamente de mil setecientos setenta millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos cuarenta y dos pesos (\$1.770.416.542), suma que corresponde a los siguientes conceptos:

Valor Reclamación Final	
Cheques cobrados indebidamente	\$ 1.640.876.092
Dineros de Parqueaderos no consignados	\$ 57.022.700
Apropiación de pagos en efectivo cartera Clínica Menta	\$ 5.646.650
Apropiación de pagos en efectivo cartera Zimbawe	\$ 1.500.000
Consignaciones falsas de dinero de eventos	\$ 65.371.100
Total	\$ 1.770.416.542

Se advirtió que entre el resultado auditado y la suma reclamada aún existía una diferencia, de la que no se había logrado identificar la modalidad de apropiación y, por tanto, no se incluyó en la demanda.

El fraude en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** lo cometió la extesorera Astrid Lorena Pérez Lara durante los años 2016, 2017 y 2018, por medio de las siguientes modalidades:

- Manipulación y falsificación de extractos bancarios del Banco Davivienda de las cuentas corrientes No. 039369999824 y 039369999964.
- Manipulación y falsificación de los encargos fiduciarios del Banco Davivienda No. 60703039300092462 y 60703039300012429.
- Manipulación de facturas de EPM y falsificación del sello de pagado del banco.
- Manipulación de cheques.
- Apropiación de dineros en efectivo obtenidos del recaudado de parqueaderos.
- Apropiación de dineros recaudados en eventos realizados en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** y falsificación de soporte de consignación de estos.
- Apropiación de cuotas de administración de los copropietarios Clínica Menta y Zimbawe pagadas en efectivo.

En su demanda, la Parte Convocante explicó, de manera detallada, la manera cómo, a su juicio, la extesorera realizó cada una de estas siete modalidades de fraude y la forma cómo se detectaron.

2.2. Contestación de la Convocada a la demanda

De la contestación a la demanda se destaca lo siguiente:

2.2.1. Frente a los hechos

Respecto de los hechos en los que se fundamentó la demanda, la Convocada aceptó como ciertos unos, precisó otros, indicó que algunos no eran hechos y rechazó otros.

Del pronunciamiento frente a los hechos se resalta lo siguiente:

Señaló que **NO ES CIERTO** que el Contrato de Seguro No. 1000116 fuese renovado mediante el Anexo No. 4 para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2017 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018, toda vez que dicho anexo fue anulado en razón de un error de suscripción mediante el endoso a la póliza No. 5 del 05 de julio de 2017.

Aclaró que:

- i) La Póliza de Seguro de Infidelidad No. 1000116 fue renovada para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2017 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 mediante el Anexo No. 05 al contrato de seguro de fecha 05 de julio de 2017, el cual, para todos los efectos, se allegó como prueba a la contestación a la demanda.

- ii) Al menos desde esta vigencia (2017-2018) constaban en idénticos términos la totalidad de las exclusiones cuya ineficacia pretende la parte actora. Las exclusiones, además, fueron aceptadas sin que con ocasión de la suscripción de dicha vigencia y/o su ejecución hubiese realizado manifestación alguna respecto a la validez de estas.
- iii) Por otro lado, algunas de las exigencias contenidas en las exclusiones que hoy se discuten venían incluso desde el inicio de la primera vigencia, inicialmente como garantías, pero independientemente de la forma contractual que revistieran, fueron conocidas por el asegurado como condiciones para la asunción del riesgo por parte de la aseguradora.

Indicó que ES CIERTO que el Contrato de Seguro No. 1000116 fue renovado mediante el Anexo No. 9 para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019. Sin perjuicio de lo anterior, resaltó que el contrato fue prorrogado en idénticos términos y condiciones, a petición de la parte actora, sin ser renovado, mediante los siguientes anexos y/o endosos:

- i) Anexo No. 10 se prorrogó a petición del asegurado y en los mismos términos y condiciones la vigencia del contrato de seguro de infidelidad en mención para el lapso comprendido entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019 y las 16:00 horas del 27 de mayo de 2019.
- ii) Anexo No. 11 se prorrogó a petición del asegurado y en los mismos términos y condiciones la vigencia del contrato de seguro de infidelidad en mención para el término comprendido entre las 16:00 horas del 27 de mayo de 2019 y las 16:00 horas del 15 de junio de 2019.

Finalmente, precisó que, mediante comunicación del 6 de mayo de 2019, remitida por intermedio de su corredor de seguros -Willis Towers Watson-, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** solicitó la renovación del Contrato de Seguro No. 1000116 en los mismos términos en que venía rigiendo, sin realizar manifestación alguna en relación con la validez o no de las exclusiones, siendo dicha solicitud de renovación declinada por la Aseguradora.

Respecto de la reclamación, señaló que ES CIERTO que el contrato de seguro contaba para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019 (i) con un valor asegurado para actos deshonestos y fraudulentos de los empleados de mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000); (ii) que en el contrato se pactó, en relación con todos los amparos, un deducible de cuarenta millones de pesos

(\$40.000.000); (iii) que dicho contrato cuenta con retroactividad desde el 10 de enero de 2013, según lo expresamente dispuesto desde el Anexo No. 0; y (iv) que conforme a la cotización del seguro para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019, tal y como venía haciéndose desde la primera vigencia, se eliminó la Condición No. 6 del relativa a Garantías, transformándose los numerales a. y c., de común acuerdo entre las partes, en las exclusiones 3.33. y 3.35., respectivamente, esto es, manteniéndose siempre las mismas exigencias de gestión de riesgo, pero ahora bajo el ropaje de exclusiones.

No obstante, se aclaró que, tal y como se consignó expresamente, dicha conversión de las garantías en exclusiones se realizó de común acuerdo entre las partes, incluyéndose de forma concertada otras exclusiones, las cuales tampoco fueron motivo de observación, glosa u oposición por parte de la Convocante:

“ENDOSO No. 1

ENDOSO MODIFICATORIO DE EXCLUSIONES

No obstante, lo dispuesto en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos No.1000116, concertada entre CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. como Tomador y SBS SEGUROS, las partes acuerdan añadir el siguiente numeral:

En la CONDICIÓN 3 - EXCLUSIONES, se elimina en su totalidad el numeral 3.27 y se reemplaza por la siguiente:

Toda Pérdida directa o indirecta del asegurado en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control.

En la CONDICIÓN 3 - EXCLUSIONES; se añaden los siguientes numerales:

SBS SEGUROS no asume responsabilidad alguna y, por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en caso de Pérdida derivada de o relacionada con o cuya cantidad se relacione con cualquiera de los siguientes eventos:

3.33 Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada período de doce (12) meses.

(...) 3.35 Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno les sea posible, por sí solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.

3.36 Toda Pérdida proveniente de o que tenga origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas.

(...) 3.38 Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad” (Destacado fuera del texto original).

Agregó que ES CIERTO que bajo el contrato de seguro sometido a revisión se otorgó el amparo opcional de actos mal intencionados de terceros. No obstante, dicha cobertura no se encuentra llamada a ser afectada con ocasión de los hechos sometidos a la consideración del Tribunal ya que el origen de la supuesta pérdida que reclama es el actuar de una empleada del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**: la Tesorera Astrid Lorena Pérez Lara.

Puso de presente que el alcance de cada una de las coberturas, y, por tanto, la obligación indemnizatoria del asegurador, se delimita según los términos, condiciones, exclusiones y limitaciones pactados expresamente, tanto en las condiciones particulares, como en las condiciones generales. En ese sentido, precisó que, en desarrollo de lo previsto por el artículo 1056 del C. de Co., las coberturas no se extienden a todos y cada uno de los riesgos que puedan afectar al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en el desarrollo diario de su actividad económica.

La afirmación de conformidad con la cual las exclusiones invocadas como fundamento para la objeción son ineficaces e inoponibles al asegurado en razón de lo dispuesto en la Ley 45 de 1990 y el E.O.S.F., NO ES UN HECHO sino una manifestación subjetiva del extremo demandante que, no sólo se fundamenta en una interpretación errada de esa norma, sino que adicionalmente contradice el principio de la *Uberimae Bonae Fidei*, así como de la doctrina de los “*Actos Propios*”.

Respecto de la alusión realizada por el apoderado del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** a las exclusiones del contrato, manifestó que NO ES UN HECHO sino sólo una simple transcripción de un fragmento de una prueba documental, sin contexto alguno, a cuyo contenido íntegro y sistemático la aseguradora se ciñe. Sin perjuicio de lo expuesto, destacó que las exclusiones, consignadas mediante un endoso a la póliza, fueron concertadas con el asegurado, tal y como se desprende del texto del contrato de seguro, así: *“No obstante lo dispuesto en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos No.1000116, concertada entre CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. como Tomador y SBS SEGUROS, las partes acuerdan añadir el siguiente numeral (...)”*.

Precisó que ES CIERTO que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** indicó a Willis Towers Watson S.A. en el mes de diciembre de 2018, la existencia de hechos y/o circunstancias que presuntamente podrían constituir un siniestro, con lo cual se dio un aviso de siniestro, y que el aviso de siniestro fue reiterado por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** a Willis Towers Watson S.A. en enero de 2019, pero señaló que NO ES CIERTO que el 04 de febrero de 2019 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** remitiera a Willis Towers Watson S.A. una comunicación a través de la cual manifestaba que *“(...) presentaba reclamación formal y afectación a la póliza en relación con el siniestro wtw 40468”*, pues tal comunicación fue radicada realmente ante el intermediario el 06 de febrero de 2019.

Asimismo, destacó que esa comunicación no puede, ni podía ser considerada como una reclamación formal en la medida en que, con posterioridad a esta fecha, el asegurado aportó información adicional y modificó el alcance de su pretensión indemnizatoria. La *“reclamación”* sólo fue realizada o concretada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** mediante la comunicación del 25 de julio de 2019, carta que pese a la no acreditación de los elementos del artículo 1077 del Código de Comercio dio lugar a la objeción.

Indicó que el Convocante omitió mencionar o referenciar los siguientes hechos y/o circunstancias acaecidas entre el aviso de siniestro y la remisión de la comunicación mencionada en este hecho por parte R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.:**

- i) El 12 de diciembre de 2018 se realizó una reunión entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H., SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** y R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. con ocasión de la cual se precisó por parte del asegurado que los hechos presuntamente constitutivos del siniestro se encontraban determinados por las pérdidas derivadas de la actuación de la señora Astrid Lorena Pérez Lara, quien fungía como tesorera y empleada del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

- ii) Mediante comunicación del 12 de diciembre de 2018 R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. solicitó del asegurado un conjunto de documentos e información para la revisión de los hechos presuntamente constitutivos de un siniestro que habían sido avisados por intermedio de Willis Towers Watson.
- iii) Mediante comunicación fechada el 22 de febrero de 2019 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** remitió al ajustador parte de los documentos que habían sido solicitados mediante la comunicación remitida en el mes de diciembre del año anterior.

Puso de presente que, con ocasión de la comunicación del 03 de abril de 2019, se solicitó al asegurado copia de todas y cada una de las auditorías realizadas desde el año 2016 sin que dicha información hubiera sido remitida a la fecha por parte del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, y sin que la misma figure efectivamente como parte de las pruebas allegadas al plenario.

Manifestó que NO ES CIERTO que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** diese respuesta a la solicitud de información el 30 de abril de 2019, pues tal información solo fue recibida, parcialmente, por parte de R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. el 06 de mayo de 2019, siendo ello evidente en la medida en que, con posterioridad a esa fecha, el asegurado remitió documentos adicionales mediante comunicación del 22 de julio de 2019.

Indicó que ES CIERTO que mediante comunicación del 22 de julio de 2019 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** remitió a R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. un conjunto de documentos para la revisión y ajuste del siniestro. También señaló que ES CIERTO que en la comunicación de fecha 22 de julio de 2019 se indicó que los documentos adjuntos a la misma ya habían sido facilitados con ocasión de la visita al Centro Comercial los días 11 y 12 de julio de 2019, y que a la comunicación de fecha 22 de julio de 2019 se allegaron los documentos referenciados por parte del apoderado del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** No obstante, puso de presente que:

- i) Se remitieron, entre otros, el Manual de Funciones de la Tesorera quedando claro que la señora Pérez Lara es empleada de Los Molinos.
- ii) El informe elaborado por Universal Risk Solutions en el mes de noviembre de 2017, el cual, contrario al dicho de la parte actora, no es el resultado de una contratación hecha por la demandante ni de la realización de una auditoría interna integral que es lo que exigen las condiciones de la póliza, sino simplemente una inspección de riesgos, claramente realizada por un tercero que, por demás, fue contratado por el intermediario de seguros. Por lo anterior, con dicho reporte no se cumplen las

exigencias de la póliza, porque el mismo, se insiste, ni fue una auditoría, ni mucho menos fue interna.

- iii) En efecto la naturaleza del informe elaborado por Universal Risk Solutions se evidencia tanto en los acápites de “Introducción” y en la Sección I denominada “Resumen Ejecutivo” así:

“(…) fue elaborado (…) posterior a la realización de una inspección de riesgos de alcance limitado del riesgo Centro Comercial los Molinos (...).

El presente reporte se basa en las condiciones y procedimientos de seguridad en operación al momento de la inspección y se emite sin perjuicio de responsabilidad. El reporte emitido por Universal Risk Solutions (URS) no es garantía de resultados ni de no materialización de riesgos. Este se basa solamente en la información proporcionada por la gerencia de Centro Comercial los Molinos y en el mejor saber y entender de URS (...)”

- iv) Como se aprecia en el informe parcial de “Investigación Operaciones Financieras CCLM” fechado el 28 de marzo de 2019, elaborado por Deloitte Asesores y Consultores Ltda., aportado por la parte actora en el Anexo No. 7 de la carpeta de pruebas titulada “Anexos SBS Seguros (...)”, es claro que:

“(…) los documentos de procedimientos tienen sus versiones o un control de cambio con año de elaboración 2018, es decir, no se evidencian documentos relacionados a procedimientos durante los acontecimientos de fraude por parte de la exfuncionaria Astrid Lorena Pérez Lara.

Dentro de los documentos de procedimientos, no se evidencia en la mayoría de ellos controles duales a las actividades relacionadas, lo que ocasiona u ocasionaría riesgos de tipo operativo, de fraude, de imagen y demás”.

- v) Finalmente, los cheques presuntamente alterados y/o cambiados por la empleada infiel no se entregaron en su totalidad, con ocasión del proceso de ajuste y reclamación, tal y como se desprende de los diversos informes parciales elaborados por parte de R&G Espinosa International Adjusters S.A.S. que son aportados como prueba por la misma convocante.

Mencionó que ES CIERTO que, mediante comunicación fechada del 26 de agosto de 2019, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** objetó la reclamación presentada. Sin embargo, manifestó que la parte actora omitió referenciar que dicha objeción se corresponde con la solicitud de indemnización y/o reclamación presentada por el **CENTRO COMERCIAL**

LOS MOLINOS P.H., por intermedio de Willis Towers Watson, que fue radicada ante la aseguradora el 25 de julio de 2019 y no el 04 de febrero de 2019.

Resaltó que NO ES CIERTO que **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** haya reconocido en la comunicación el contenido, naturaleza, tipología y alcance de las conductas fraudulentas presuntamente cometidas por Astrid Lorena Pérez Lara en su calidad de funcionaria (así como de los demás empleados que participaron en el fraude) del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, pues como se desprende del documento en referencia la enunciación de las conductas incurridas por dicha persona corresponden a las conductas identificadas por el asegurado en su comunicación del 25 de julio de 2019.

Precisó que lo literalmente consignado en la objeción fue lo siguiente:

“En la citada comunicación se identificaron las siguientes conductas fraudulentas por parte de la empleada Astrid Lorena Pérez: i) Falsificación de servicios públicos; ii) alteración y falsificación de extractos bancarios (...); iii) Alteración y falsificación de los encargos fiduciarios (...) iv) Falsificación de consignación por recaudos de eventos de mercadeo”.

Enfatizó que NO ES CIERTO que **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** reconozca que el fraude implique valores correspondientes a “(...) apropiación del dinero de los parqueaderos, recibo en efectivo cuotas de administración de dos clientes (Clínica Menta y Zimbabwe, copropietarios del Centro Comercial Los Molinos P.H.) que no se consignaron, (...)”, pues tal y como se desprende del documento en referencia, dicha enunciación constituye un recuento de lo manifestado por el propio asegurado en su comunicación del 25 de julio de 2019.

Aclaró que la transcripción parcial realizada por el apoderado del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** a la objeción realizada con fundamento en las exclusiones y condiciones del contrato, NO ES UN HECHO sino una transcripción de un fragmento de una prueba documental, sin contexto alguno.

Señaló que ES CIERTO que con ocasión de los hechos y la información suministrada, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, concluyó que resultaban aplicables las exclusiones No. 3.27 y 3.33, según se aprecia en la carta de objeción de fecha 26 de agosto de 2019.

Indicó que NO ES CIERTO que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** hubiera contratado a la firma Universal Risk Solutions, pues dicha entidad fue contratada por el corredor de seguros Willis Towers Watson S.A. Adicionalmente, manifestó que NO ES CIERTO que se hubiera realizado una auditoría interna del asegurado, en la medida en que el informe expedido por Universal Risk Solutions no es el resultado de una auditoría integral, sino de una revisión de riesgos, con alcance limitado.

Resaltó que NO ES CIERTO que se hubiese realizado efectivamente una auditoría interna que haya tenido como resultado el informe por parte de Auren Consultores Medellín S.A.S. en el año 2018, pues, por una parte, dicho informe fue proferido el 04 de febrero de 2019, esto es, con posterioridad al presunto descubrimiento del siniestro, y, por otra, dicho informe no es el resultado de una auditoría interna sino de una actuación externa.

Alegó que NO ES CIERTO que la Revisoría Fiscal realizara auditorías en la oficina principal del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, pues como se manifestó por el apoderado del propio demandante, fueron simples “revisiones periódicas” de la información contable y financiera. En el mismo sentido, la empleada infiel indicó en su declaración —la cual por demás fue allegada de forma parcial por el extremo actor— lo siguiente: “(...) *nunca, por decir la revisora, hizo de pronto lo que está haciendo Auren en este momento, de consultar, de revisar si efectivamente estaban los saldos o no estaban los saldos, ella solamente miraba y todo así*”.

Adicionalmente, las gestiones de la revisoría fiscal y la práctica de una auditoría, contrario a lo que parece entender el apoderado de la parte actora, constituyen dos (2) ejercicios claramente diferenciados, con lo cual resulta claro que no puede tenerse como un informe de auditoría interna un documento que es el resultado del ejercicio de las actividades propias de la revisoría fiscal.

Señaló que NO ES CIERTO que hubiera existido “(...) *un control dual en el proceso de pago de proveedores*”, pues como se desprende de las pruebas obrantes en el expediente, es claro que dicha revisión no se realizaba. Al respecto, la administradora del Centro Comercial, manifestó en su declaración lo siguiente:

“PREGUNTA: Cuando uno firma un cheque quiere decir que uno hace como un control, muchos cheques necesitan muchas firmas es porque supuestamente yo encuentro que aquí Jaime y Giovanna verificaron toda la información. Entonces la pregunta es, eso es verdad o simplemente no estábamos ejerciendo el control? Giovanna. Porque en estos cheque, yo me contestó yo mismo, pero tú misma me vas a rectificar ahorita; en estos cheques, es que son cheques muy cercanos, Muy cercanos, de mucho valor; que tú deberías a ver dicho, si voy a firme el cheque. Ah salió malo? Muéstreme el cheque malo, muéstreme, muéstreme el cheque que yo ya firme, entonces (...).

RESPUESTA: Efectivamente es un tema de confianza, ósea (sic) me confíe. Me confíe que venía revisado y me confíe y la verdad no lo advertí”.

De igual forma, dijo que no era cierto que se realizara un doble control porque, según lo estableció el ajustador designado, con ocasión del informe parcial allegado al plenario por el extremo actor, lo cierto es que:

“(...) los documentos de procedimientos tienen sus versiones o un control de cambio con año de elaboración 2018, es decir, no se evidencian documentos relacionados a procedimientos durante los acontecimientos de fraude por parte de la exfuncionaria Astrid Lorena Pérez Lara.

Dentro de los documentos de procedimientos, no se evidencia en la mayoría de ellos controles duales a las actividades relacionadas, lo que ocasiona u ocasionaría riesgos de tipo operativo, de fraude, de imagen y demás”.

La afirmación según la cual la destinación de los cheques era para “(...) el pago de servicios públicos” y que los mismos “(...) no podían tener restricciones en su negociabilidad (...)”, NO ES UN HECHO, sino una consideración subjetiva. Sin perjuicio de lo anterior, la Convocada puso de presente que era viable restringir el cobro de los cheques al funcionario en favor del cual se giraban los mismos, quien era siempre una persona diferente a la tesorera.

Dijo que la tesorera sí participaba en dicho proceso de recaudo de parqueaderos en la medida en que en el informe de riesgos de Universal Risk Solutions se consignó, como una recomendación el que:

“(...) la tesorería suspenda el recaudo de efectivo por cualquier concepto. Los usuarios de parqueadero con pago por mensualidades deben hacer dicho pago en un banco autorizado, tal como se hacen los pagos de cuotas de administración”.

Dijo la Convocada que, habiéndose conocido ese proceder desde noviembre de 2017, esto es la fecha de expedición del informe rendido, no se adoptaron las medidas pertinentes, ni se realizaron las investigaciones e indagaciones de rigor, en la medida en que en dicho documento se consignó, lo siguiente:

“Mensualmente la Tesorería expide la factura manual para los usuarios que tienen cupo asignado, los cuales deben pagar esta factura directamente en la Tesorería, y en efectivo. La tesorera es quien recauda el dinero, y lo envía a depósito en el banco en el mismo Centro Comercial. Para expedir la factura el área de Sistemas entrega a la tesorería un reporte con la relación de usuarios que deben pagar”.

Aclaró que, según la información suministrada, el registro que realizaba Atlas era del dinero que se le entregaba a éste por parte de la Tesorería y no del recaudado o recibido de los clientes del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, pues esta última no era función de la transportadora. De esta forma, precisó que tal registro no acredita ninguna clase de doble control como lo pretende hacer ver el apoderado de la Convocante.

Alegó que NO LE CONSTA que el área de mercadeo realizaba los eventos de acuerdo a un presupuesto, llevando un control de lo recaudado y que la Tesorera tenía su propio registro de lo recibido y consignado por parte de mercadeo. Preciso que tampoco le consta que de acuerdo con el procedimiento adoptado por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, el pago de las cuotas de administración debía hacerse por transferencia o cheque, puesto que se trata de un hecho completamente desconocido por la aseguradora, que no debía ni debe conocerlo, al no haber sido partícipe del mismo. En consecuencia, se atiende a lo que se pruebe en el proceso.

Manifestó que la cobertura de la póliza sólo procedía para cheques girados con sello de restricción de negociabilidad.

Aclaró que el informe con fecha 15 de enero de 2020 elaborado por Deloitte, Asesores y Consultores Ltda. se proyectó con la finalidad de complementar el expedido por dicha compañía en agosto de 2019 ante la nueva información presentada por el asegurado y que presuntamente no había sido entregada por la administración anterior.

Resaltó que no le consta que los documentos reflejen procesos reales que llevaba a cabo el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** que fueron construidos con los empleados del asegurado, puesto que se trata de un hecho completamente desconocido por la aseguradora, así como tampoco que la *“(...) construcción, elaboración y preparación había ocurrido con antelación a la fecha de su elaboración formal (...)”*.

En todo caso, llamó la atención en que, con ocasión de este proceso arbitral, se afirmara que los procedimientos existían antes de su *“elaboración formal”*.

Respecto de los hechos relativos a la *“vinculación y desvinculación”* de la señora Astrid Lorena Pérez Lara del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** indicó que no le consta ninguno de los supuestos fácticos aducidos por la parte demandante, así como tampoco le consta que Auren Consultores Medellín S.A.S. fuese contactada por parte del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en septiembre de 2018 para ejecutar una auditoría externa. En todo caso precisó que las condiciones particulares de la póliza, concretamente la exclusión No. 3.34. se refiere clara e inequívocamente a auditorías internas.

Resaltó que NO LE CONSTA que la firma auditora al realizar una circulación aleatoria de cuentas en noviembre de 2018 detectara inconsistencias en las cifras reportadas en los estados de cuenta de cartera, tampoco que *“(...) en la contabilidad figuraba que un copropietario adeudaba Cuatro Millones de Pesos M.L. (\$4.000.000), pero al corroborarlo directamente con el copropietario manifestaba que debía sumas mucho mayores”*, y que con ocasión de lo anterior se confirmase la totalidad de la cartera encontrándose que la cartera real a cargo de los copropietarios era mayor

a la reportada por la Tesorera en sus informes. Sin perjuicio de lo anterior, llamó la atención para que se tome en consideración que:

- i) Las circunstancias en que fueron recibidos los bienes enunciados por parte de la empleada infiel del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** no son claras, pues no se allegó como prueba copia de los respectivos acuerdos o negocios jurídicos celebrados para tal fin.
- ii) En momento alguno la parte actora presentó como prueba el avalúo comercial del vehículo Renault Captur modelo 2018. Sin embargo, la Convocada manifestó que la cuantificación del valor de dicho bien es artificialmente baja si se toma en consideración que a día de hoy con la depreciación correspondiente y transcurridos más de dos (2) años, dicho tipo de vehículo posee, según su modelo, un valor superior al anunciado por la parte actora, tal y como se desprende de la guía de valores -Referencia de valor de Vehículos- de Fasecolda.
- iii) No se ha presentado por la parte actora como prueba el avalúo comercial del apartamento del edificio Kore Apartamentos P.H. en Sabaneta, Antioquía, presuntamente recibido de la empleada infiel. Por lo anterior, el valor comercial de dicho inmueble no se encuentra debidamente acreditado y, en todo caso, podría haber sido mayor.
- iv) La afirmación según la cual el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** ha podido identificar que Astrid Lorena Pérez Lara se apropió de Mil Setecientos Setenta Millones Cuatrocientos Dieciséis Mil Quinientos Cuarenta y Dos Pesos (\$1.770.416.542), NO ES UN HECHO, sino una consideración subjetiva realizada por el apoderado de la parte demandante.

Finalmente, resaltó que NO LE CONSTA que la composición de los Mil Setecientos Setenta Millones Cuatrocientos Dieciséis Mil Quinientos Cuarenta y Dos Pesos (\$1.770.416.542), sea la indicada por la parte actora en la tabla denominada “Valor Reclamación Final”, puesto que se trata de un hecho completamente desconocido por la aseguradora. Igualmente manifestó que tampoco le consta que la diferencia existente entre el resultado de la auditoría y la suma expuesta en este hecho corresponda con el dinero del que no se ha logrado identificar la modalidad de apropiación.

Precisó que la afirmación según la cual la señora Astrid Lorena Pérez Lara confesó las circunstancias y supuestos fácticos anunciados en este numeral, NO ES UN HECHO, sino una consideración subjetiva realizada por el apoderado de la parte demandante.

Destacó que, como se desprende de los Descargos rendidos el 14 de diciembre de 2018 por el Contador Gustavo Enrique Castaño, la existencia de irregularidades en los extractos bancarios había sido advertida, por lo menos en dos (2) oportunidades con antelación al presunto descubrimiento de los hechos.

En todo caso resaltó que, de lo dicho por el apoderado de la Convocante, quedaba claro que los hallazgos que menciona fueron descubiertos por la realización de una auditoría externa lo que muestra que nunca se había hecho una con anterioridad.

2.2.2. Excepciones Propuestas

En el escrito de contestación a la demanda, la Convocada se opuso a las pretensiones declarativas y de condena y propuso varias excepciones en relación con el fondo del asunto:

Primera Excepción: Eficacia de las Exclusiones Aplicables al Contrato de Seguro

Se refirió a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código de Comercio que dispone que, sin perjuicio de las restricciones legales, el asegurador, al momento de celebrar el contrato de seguro puede, “(...) *a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos (...)*” el interés o la cosa asegurada, el patrimonio o la persona del asegurado de acuerdo con lo que estime conveniente.

Resaltó que el establecimiento de exclusiones en los contratos de seguro es una práctica común, que parte de la estructura misma de ese arquetipo negocial, con raíces técnicas y actuariales. Indicó, además, que la inclusión de exclusiones en un contrato de seguro tiene una correspondencia en la prima cobrada por el asegurador la cual, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tiene que ser “*suficiente*” para cubrir los riesgos asumidos, fundada en la facultad que otorga el artículo 1056 del Código de Comercio a las aseguradoras, en la medida en que es precisamente a través del establecimiento de dicha tipología de cláusulas que se delimita el alcance de la obligación asumida y se hace posible definir la prima cobrada como contraprestación.

Manifestó que las exclusiones deben consignarse **a partir** de la primera página de la póliza, lo cual hace referencia a que se consignen junto con los **AMPAROS** de forma continua, sin límite en su extensión, y no únicamente en la primera página de la póliza.

Señaló la Convocada que el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 sólo aplica para las denominadas condiciones generales y no a las condiciones particulares que se consignen en la póliza.

Concluyó que, en el caso en concreto, no se presentó un incumplimiento de las normas reseñadas por parte de **SBS Seguros Colombia S.A.**, puesto que la compañía de seguros consignó en caracteres destacados y a partir de la primera página del clausulado general del contrato de seguro la totalidad de amparos y exclusiones que delimitaron el riesgo asegurado. Manifestó, además, que los amparos y exclusiones fueron modificados de común acuerdo vía condiciones particulares, conforme lo dispone la Circular Básica Jurídica, para una aplicación coherente, garantista y posible del precepto legal consignado en el Art. 184 del EOSF.

Precisó que el propósito del artículo 44 de la Ley 45 de 1990 -Art. 184 del EOSF-, fue evitar el abuso contra la parte adherente en contratos de seguros para que los consumidores de seguros no fueran objeto de cláusulas sorpresivas o vejatorias, de difícil lectura o revisión, que pudieran asaltar su buena fe.

Señaló que, en gracia de discusión, aun cuando se entienda que la sanción de ineficacia pretendida aplica a los amparos y exclusiones fijados vía condiciones particulares, lo cierto es que la finalidad informativa de la norma en comento se cumplió con creces, por lo que no puede ser aplicable una sanción de ineficacia liminar o de pleno derecho contra una exclusión que no fue impuesta o predispuesta por el asegurador.

Indicó que la finalidad de la norma se cumplió por cuanto el asegurado tuvo conocimiento de dichas cláusulas y las aceptó al seleccionar la cotización, en donde expresamente se consignaron las disposiciones contractuales hoy cuestionadas por el asegurado. Además, reiteró que las exclusiones se encontraban en idénticos términos en las condiciones particulares aplicables a las vigencias anteriores suscritas por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

Agregó que la Convocante no puede beneficiarse de la sanción de ineficacia de pleno derecho consagrada en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 -subsumida en el artículo 184 numeral 20 del EOSF- y en el artículo 897 del Código de Comercio, puesto que: i) en primer término, el asegurado contó con la ayuda de un profesional en la contratación del seguro, quien lo acompañó en la negociación de los amparos y las exclusiones, así como en general en la implementación de su programa de seguros; ii) en segundo lugar, siendo esto lo más importante, el asegurado conoció en todo momento los términos y condiciones del contrato, los cuales incluían los amparos y exclusiones, tanto así que se optó por modificarlos mediante múltiples pactos específicos consignados en endosos a la póliza originalmente expedida; y, finalmente iii) de aceptar tal pretensión se estaría convalidando, aún en detrimento de la máxima buena fe que rige el contrato de seguro, una actuación contraria a las pautas de conducta asumidas por el asegurado a lo largo del vínculo jurídico entre las partes del contrato sometido a análisis del Tribunal.

Segunda Excepción: Ausencia de cobertura de toda pérdida en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados de conformidad con la exclusión 3.27., modificada vía condiciones particulares, de común acuerdo por las partes del contrato de seguro de instituciones financieras

En punto de esta excepción, manifestó que se pactó una exclusión relativa a las **pérdidas en relación con las cuales se identifique la no salida a vacaciones de los empleados del asegurado por al menos dos (2) semanas consecutivas al año**, consignada en forma idéntica durante dos (2) vigencias continuas y sus ulteriores prórrogas.

Dicha exclusión fue especial y específicamente pactada en consonancia con la voluntad contractual de las partes, como una modificación y reemplazo de la cláusula 3.27. del Clausulado General aplicable.

Según la Convocada, resulta claro que se configuran los presupuestos que acreditan una ausencia total de cobertura en la medida en que, en el proceso de ajuste realizado por R&G Espinosa International Adjusters S.A.S., se identificó y acreditó la no salida a vacaciones entre 2016 y 2018 por al menos dos (2) semanas consecutivas de diversos empleados de la copropiedad asegurada, entre los cuales se encuentra la señora Astrid Lorena Pérez Lara.

Tercera Excepción: Ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de cheques girados sin sellos restrictivos de negociabilidad.

Indicó la Convocada que en las **Condiciones Particulares** del seguro se pactó una exclusión relativa a la ausencia de cobertura de las pérdidas derivadas o ligadas con cheques girados sin sellos restrictivos de negociabilidad.

Por tanto, no habrá lugar al pago de indemnización en relación con las pérdidas presuntamente resultantes o ligadas al cobro indebido de cheques por parte de la funcionaria infiel, toda vez que estos fueron expedidos, según se encuentra **CONFESADO** con los hechos del escrito petitorio, sin sellos que limitaran su negociabilidad.

Cuarta Excepción: Ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de pérdidas en que se identifique la no realización de una auditoría interna por lo menos una vez en cada período de doce (12) meses.

En punto de esta consideración, se dijo que en las **Condiciones Particulares** del seguro se pactó una exclusión relativa a que no habría cobertura de las pérdidas del asegurado en que se

identificara la no realización de una **auditoría interna de la oficina principal** por lo menos una (1) vez en cada período de doce (12) meses.

Por tanto, no puede haber lugar al pago de indemnización toda vez que el asegurado no realizó ninguna auditoría interna a sus instalaciones con anterioridad al descubrimiento, pues lo único que se realizaba al interior de la copropiedad eran revisiones aleatorias, parciales y aisladas por parte de la Revisora Fiscal, **las cuales no configuran una auditoría interna, sino que son simplemente su ejercicio normal de funciones legales y estatutarias.**

De otra parte, aun si se considerara que las auditorías externas equivalen a las auditorías internas, lo cierto es que también se configurarían los presupuestos para la aplicación de la exclusión, en la medida en que la primera auditoría externa practicada a las instalaciones u oficinas del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, tuvo lugar a finales de 2018, con ocasión de las actuaciones adelantadas por Auren Consultores Medellín S.A.S. La mencionada firma de auditoría sólo profirió el correspondiente informe el día 04 de febrero de 2019, es decir, con posterioridad al conocimiento del siniestro reclamado en el trámite del proceso arbitral.

Lo anterior, esto es, la ausencia de una **auditoría interna** para cada periodo de doce (12) meses y, por lo tanto, la total ausencia de cobertura del seguro bajo revisión, resulta evidente si se toma en consideración lo siguiente:

- En primera medida, reitera que **NO ES CIERTO** que la Revisoría Fiscal realizara **auditorías internas** en la oficina principal del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, como expresamente lo manifestó el apoderado del propio demandante.
- Adicionalmente, sin que ello sea discutido por la parte actora, no se allegó al plenario documento alguno que demuestre la realización de una auditoría a las instalaciones del Centro Comercial en el año 2016. En este sentido, no se acreditó que se hubiesen revisado y auditado, a la luz de los parámetros técnico-contables, así como de las normas de auditoría, las operaciones realizadas por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**.
- De igual forma, es claro que el informe elaborado por **Universal Risk Solutions** en el mes de noviembre de 2017, por demás titulado como “Risk Survey” (Revisión de Riesgos o Encuesta de Riesgos), contrario al dicho de la parte actora, no fue contratado por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, ni tampoco corresponde de ninguna forma a una auditoría interna (no solo por su alcance sino porque fue realizado por una firma externa). Corresponde a una **revisión o inspección de riesgos**, que se lleva a cabo a través de un procedimiento realizado de acuerdo con una metodología tipo cuestionario para identificar y evaluar factores que

podrían implicar la materialización de un riesgo para la sociedad, sin que en momento alguno se realicen, en desarrollo de este, pruebas de evidencia, corroborativas u otras actividades técnicas que permitan sostener que es equivalente a una auditoría interna bajo las normas técnicas y financieras.

- En punto de lo anterior, dicho estudio de riesgo, elaborado para **Willis Towers Watson**, no fue contratado por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, como incorrectamente lo señaló el apoderado de la demandante en el capítulo de hechos de la demanda, y tiene un alcance limitado. Por lo tanto, es nuevamente evidente que no constituye una auditoría de ninguna clase.

Quinta Excepción: Ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de “no segregación de funciones”.

La Convocada indicó que en el contrato de seguro se pactó una exclusión relativa a la falta de cobertura de las pérdidas derivadas y/o ligadas con la determinación de funciones y deberes de cada empleado de forma tal que no le sea posible a ninguno adelantar de principio a fin una transacción.

Por lo tanto, a su juicio no había lugar al pago de indemnización alguna en relación con las presuntas pérdidas reclamadas por el extremo actor, toda vez que no existía ninguna segregación de funciones.

Sexta Excepción -subsidiaria-: Ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de ausencia de doble control de pagos y/o transferencias

Manifestó la Convocada que en el contrato de seguro se pactó una exclusión relativa a la ausencia de cobertura de las pérdidas derivadas y/o ligadas con la ausencia de doble control en los procedimientos de pago y/o transferencias.

Por lo anterior, a su juicio, no puede haber lugar al pago de indemnización en relación con las presuntas pérdidas reclamadas por el Convocante, toda vez que, como se encuentra acreditado, concurren los supuestos fácticos que estructuran y fundamentan la aplicación de la exclusión analizada, ya que no existía ninguna clase de doble control frente a la realización de pagos por parte de los empleados del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** y en el manejo, en general, de las operaciones de la copropiedad.

Séptima Excepción -subsidiaria-: Ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de

perdidas cuya prueba dependa únicamente de una cifra negativa en los estados financieros.

Señaló la Convocada que en la póliza se pactó una exclusión relativa a que no habría cobertura de las pérdidas cuya prueba dependa únicamente de una cifra negativa en los estados financieros.

Por lo tanto, en el presente caso, de acreditarse, con ocasión del debate probatorio, los supuestos fácticos que estructuran y fundamentan la aplicación de la exclusión analizada, no habrá lugar al pago de indemnización alguna por las presuntas pérdidas reclamadas por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

Octava Excepción -subsidiaria-: Inexistencia de obligación de indemnizar en cabeza de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. por no acreditación de los elementos del Art. 1077 del Código de Comercio.

Sobre el particular, la Convocada hizo referencia a que no existió una reclamación que cumpliera los requisitos del Art. 1077 del Código de Comercio, en la medida en que la accionante nunca perfeccionó una reclamación en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** por los hechos o circunstancias referenciados o constitutivos del siniestro No. 002-404-1000058. Lo anterior, en la medida en que en ningún momento probó la cuantía del siniestro, sino solamente se limitó a afirmar el monto del supuesto perjuicio, sin soporte alguno.

Resaltó que corresponde al asegurado, acreditar “(...) *la cuantía de la pérdida (...)*”, situación que no se ha presentado en el caso objeto de estudio por el Tribunal, porque el asegurado ha omitido demostrar la configuración de las condiciones de cobertura conforme con el texto del amparo, así:

“1.1. INFIDELIDAD DE EMPLEADOS.

SBS COLOMBIA SE COMPROMETE A INDEMNIZAR AL ASEGURADO LAS PERDIDAS QUE SUFRA COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE O ACTO DESHONESTO COMETIDO POR ALGÚN EMPLEADO, YA SEA QUE ACTÚE SÓLO O EN COLUSIÓN CON OTROS.

SIEMPRE QUE DICHOS ACTOS SEAN COMETIDOS CON LA INTENCIÓN MANIFIESTA/PRINCIPAL DE CAUSAR QUE EL ASEGURADO INCURRA EN DICHA PÉRDIDA O DE OBTENER LUCRO FINANCIERO PARA ELLOS MISMOS Y ES DESCUBIERTO POR EL

ASEGURADO POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DEL PRESENTE CONTRATO” (Destacado en la contestación)

En línea con lo anterior, según la Convocada, el asegurado omitió demostrar la cuantía del siniestro porque:

- Indicó que, según la parte Convocante, la presunta pérdida derivada de los hechos referenciados como fraudulentos, asciende a la suma de dos mil cuatrocientos dieciséis millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$2.416.696.956) porque, según manifiesta, dicha cifra corresponde a la diferencia entre los saldos registrados en la contabilidad y los correspondientes a los extractos reales a corte del 31 de diciembre de 2018.
- Ahora bien, en relación con esta suma, manifiesta el asegurado que el monto de trescientos siete millones novecientos treinta y seis mil pesos (\$307.936.000) se corresponden con la cartera que habría sido irregularmente eliminada de la contabilidad y que fue presuntamente reconocida por los deudores. Por lo tanto, indica que se trataría de pagos de cuotas de administración que se encuentran pendientes de cancelación en favor de la propiedad horizontal, razón por la cual deben restarse de la pérdida presuntamente sufrida por la Convocante — tal y como la copropiedad lo reconoce en las diversas pruebas documentales allegadas al plenario—.
- De igual forma, según la Convocante a los dos mil ciento ocho millones setecientos sesenta mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$2.108.760.956) presuntamente constitutivos de la pérdida, una vez sustraídas las cuotas de administración pendientes, debe restarse, tanto la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000), como la suma de doscientos veinticuatro millones ochocientos setenta y dos mil pesos (\$224.872.000) por concepto de un vehículo tipo Renault Captur 2018 y un apartamento ubicado en el edificio Kore apartamento P.H. en el municipio de Sabaneta, Antioquía, respectivamente, que habrían sido entregados a título de reparación por la Tesorera presuntamente infiel.
- Finalmente, manifiesta el asegurado que de la suma restante, esto es, mil ochocientos treinta y tres millones ochocientos ochenta y ocho mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$1.833.888.956), pudo identificar, sin que se especifique el procedimiento por el que se llegó a tal conclusión o cuál es el soporte probatorio para ello, que la empleada infiel se habría apoderado únicamente de dineros por un valor de mil setecientos setenta millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos cuarenta y dos pesos (\$1.770.416.542), compuestos por:

- Mil seiscientos cuarenta millones ochocientos setenta y seis mil noventa y dos pesos (\$1.640.876.092) por concepto de cheques cobrados indebidamente.
- Cincuenta y siete millones veintidós mil setecientos pesos (\$57.022.700) por concepto de dineros del recaudo de parqueaderos no consignados.
- Cinco millones seiscientos cuarenta y seis mil seiscientos cincuenta pesos (\$5.646.650) correspondientes a la presunta apropiación de los pagos en efectivos de la cartera realizados por la Clínica Menta.
- Un millón quinientos mil pesos (\$1.500.000) relativo a la presunta apropiación de saldos cancelados a la cartera adeudada por el negocio “Zimbawe”.
- Sesenta y cinco millones trescientos setenta y un mil cien pesos (\$65.371.100) por concepto de consignaciones falsas de dinero de eventos.

Conforme a lo expuesto, dijo la Convocada que en la enunciación de los perjuicios realizada por la parte actora en la demanda se dice que se sufrió una pérdida, neta de deducible y antes de tomar en consideración el límite asegurado, de mil setecientos setenta millones cuatrocientos dieciséis mil quinientos cuarenta y dos pesos (\$1.770.416.542). No obstante, según la aseguradora, la copropiedad en ningún momento indicó a qué obedece cada uno de los cinco conceptos que componen dicho rubro o por qué, por ejemplo, cada uno de los cheques cobrados aparentemente de forma irregular habrían causado una pérdida que se corresponda con una proporción de dicha suma global. Por lo anterior, concluye la Convocada, se inobservó la carga legal que le impone el artículo 1077 de. C. de Co que radica en cabeza de la parte asegurada la tarea de acreditar la cuantía de la pérdida.

Novena Excepción -subsidiaria-: Improcedencia del pago de intereses de mora por ausencia de mora y/o de responsabilidad contractual de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

No encontrándose demostrada la existencia de un incumplimiento contractual, pues no ha existido, ni existe, un siniestro cubierto por la póliza No. 1000116, no debe haber lugar al reconocimiento de indemnización alguna por concepto de “*intereses de mora*” derivados de aquel.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, si en el presente caso y en gracia de discusión, se llegase a probar la existencia de una responsabilidad civil contractual en cabeza de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, es menester indicar que los intereses moratorios derivados del presunto incumplimiento contractual, sólo podrían deberse, al tenor de lo dispuesto en el

artículo 1080 del C. de Co., a partir de la terminación del plazo de un mes que otorga la ley a la aseguradora para proceder al pago del siniestro, plazo que sólo podrá iniciar su cómputo en el presente proceso a partir de la fecha en que se establezca, en este caso, la extensión y cuantía de la pérdida.

Décima Excepción -subsidiaria-: Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro No. 1000116.

Solicitó la aseguradora que, según lo que se acredite con ocasión del presente trámite arbitral, se tenga en consideración que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, el asegurado cuenta con un plazo de dos (2) años para obtener por parte de su compañía de seguros el pago de la prestación indemnizatoria a que hubiera lugar con cargo a la póliza de seguro, término que empezará su cómputo, según establece el artículo en mención, a partir del momento en que tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Para el caso que nos atañe, el cómputo del término de prescripción empezó a contabilizarse en el momento del descubrimiento de los hechos e irregularidades presuntamente constitutivos del fraude, razón por la cual habría operado el fenómeno de la prescripción extintiva.

Undécima Excepción -subsidiaria-: Pérdida de la indemnización en caso de estructurarse los presupuestos para la sanción consagrada en el Art. 1097 del Código de Comercio

Según **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, de acreditarse que el asegurado, con ocasión de su actividad o inactividad, renunció a derechos frente a terceros se configurarán los presupuestos para dar aplicación a la sanción de pérdida de derecho a la indemnización contemplada en el artículo 1097 del Código de Comercio, en los siguientes términos:

“Artículo 1097. Prohibición de renunciar derechos contra terceros. El asegurado no podrá renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro. El incumplimiento de esta obligación acarreará la pérdida del derecho a la indemnización”.

Duodécima Excepción -subsidiaria-: Aplicación del deducible a cargo del asegurado

La Convocada manifestó que el deducible corresponde a una estipulación contractual que obliga al asegurado a “(...) *afrentar la primera parte del daño, sobre la cual le está vedada la suscripción de un seguro adicional, so pena de terminación del contrato primitivo*”. Este tipo de cláusula resulta válida y legítima en armonía con el artículo 1103 del Código de Comercio.

En concordancia con lo anterior, en la póliza para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019, se dispuso:

DEDUCIBLES

COBERTURA: ACTOS DESHONESTOS Y FRAUDULENTOS DE LOS TRABAJADORES, COBERTURA EXTORSIÓN, DINERO O VALORES - DAÑOS, DESTRUCCIÓN O DESAPARICIÓN, CUIDADO CUSTODIA Y CONTROL, COSTOS DE RECONSTITUCIÓN, HONORARIOS LEGALES, ACTOS FRAUDULENTOS COMETIDOS POR OTRAS PERSONAS.

DEDUCIBLE: \$40.000.000,00 POR TODA Y CADA PERDIDA

En caso de una sentencia desfavorable, será necesario que el panel arbitral reconozca el deducible pactado.

Décima Tercera Excepción -Subsidiaria-: Procedencia de la sentencia anticipada

Con ocasión de lo establecido en el numeral 3º del artículo 278 del Código General del Proceso, la Convocante solicitó al Tribunal Arbitral que, en caso de que en el transcurso del proceso se encontraran probadas algunas de las excepciones allí consagradas -cosa juzgada, transacción, caducidad, prescripción extintiva y la carencia de legitimación en la causa-, diera aplicación a la figura de la sentencia anticipada y, en consecuencia, se diera por terminada la controversia.

Décima Cuarta Excepción: Genérica

Solicitó dar aplicación a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 282 del Código General del Proceso.

2.3. Los alegatos de la Parte Convocante

Del escrito de alegatos de la Parte Convocante, el Tribunal destaca los siguientes puntos, sin perjuicio de que más adelante, en sus consideraciones, vuelva sobre los mismos.

2.4.3.1. En su escrito de alegatos, la parte Convocante reiteró sus peticiones.

2.4.3.2. Se refirió al siniestro, su cuantía y acreditación. También sostuvo que la aseguradora aceptó la ocurrencia del siniestro y su cuantía, pero discutía la ausencia de cobertura del contrato de seguro por la aplicación de las pretendidas exclusiones.

2.4.3.3. Insistió en sus argumentos sobre la ineficacia de ciertas estipulaciones contractuales del contrato de seguro por medio de las cuales se pretendieron pactar exclusiones al contrato. Indicó que el contrato de seguro es un contrato de adhesión, que **SBS SEGUROS**

COLOMBIA S.A., redactó las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato de seguro y que las condiciones contractuales estaban predisuestas por la aseguradora. Recordó que, a su juicio, las pretendidas exclusiones SON INEFICACES DE PLENO DERECHO, porque no están en la primera página de la póliza y ni siquiera a partir de ésta.

Al respecto, señaló que fue la aseguradora la que redactó las condiciones contractuales y aunque indicó que las condiciones particulares reflejaban un proceso de libre negociación, lo cierto es que es un dicho sin fundamento, porque esas condiciones fueron redactadas por el asegurador e, incluso, al responder la pregunta número 8 del interrogatorio de parte, el representante legal de la sociedad convocada indicó que no había participado en el proceso de negociación del contrato o sus renovaciones. Así las cosas, a su juicio, quedó claro que los términos contractuales y las pretendidas exclusiones se definían unilateralmente por la aseguradora y no de manera consensuada.

2.4.3.4. Hizo nuevamente un recuento de la reclamación, en los mismos términos que en la demanda, para enfatizar en la obligación de pagar los intereses de mora a cargo de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** y a favor del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

2.3.1. Los alegatos de la Parte Convocada

Del escrito de alegatos de la Parte Convocada, el Tribunal destaca los siguientes puntos, sin perjuicio de que, más adelante, en sus consideraciones haga referencia nuevamente a los mismos como fundamento de sus determinaciones.

2.3.1.1. Entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** existió una relación contractual que se prolongó por más de seis (6) años.

2.3.1.2. En el contrato de seguro se pactaron entre las partes y vía condiciones particulares una serie de exclusiones relativas a: i) la no salida a vacaciones de los empleados del asegurado por al menos dos (2) semanas consecutivas por año (No. 3.27); ii) el giro de cheques sin sellos restrictivos de negociabilidad (3.38.); y iii) la no realización de una auditoría interna a las oficinas del asegurado al menos una (1) vez en cada período de doce (12) meses (No. 3.33).

2.3.1.3. El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, en momento alguno de la ejecución contractual, ni su corredor de seguros, realizaron anotación, objeción, pregunta, oposición, glosa u observación al contenido y ubicación de las exclusiones y amparos aplicables al precitado contrato de seguro.

2.3.1.4. Adujo que el descubrimiento no se produjo durante la cobertura de la única vigencia de la póliza que podría afectarse de acuerdo con la fecha fijada por la demandante como primer conocimiento del fraude, por lo que no puede hablarse de la configuración de un siniestro bajo la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 hasta las 16:00 horas del 15 de junio de 2019.

2.3.1.5. En todo caso, si se considerara que sí existió un siniestro en la vigencia que pretende afectarse, lo cierto es que no ha habido una reclamación extrajudicial en los términos del Art. 1077 del Código de Comercio. Así mismo, tampoco se logró acreditar la extensión y cuantía de la pérdida.

2.3.1.6. En cualquier caso, si se pretendiese afectar una vigencia previa a la contemplada en la Póliza de Seguro No. 1000116 para el periodo comprendido entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 hasta las 16:00 horas del 15 de junio de 2019, lo cierto es que el derecho a obtener una indemnización habría prescrito en virtud del paso del tiempo al haber transcurrido más de 2 años desde el momento en que el asegurado tuvo conocimiento del hecho y la presentación de la demanda, sin que en momento alguno se hubiese interrumpido tal cómputo.

2.3.1.7. Finalmente, de no haberse acreditado con antelación al presente trámite la ocurrencia y cuantía de un siniestro objeto de cobertura conforme lo requiere el artículo 1077 del Código de Comercio, no habrá lugar en ninguna circunstancia y en atención a lo dispuesto en el canon 1080 del mismo cuerpo normativo, a condenar a la Convocada al pago de intereses de mora en favor de la Convocante con antelación al fallo por medio del cual se dirima la discusión existente en torno a la existencia de los elementos estructurantes de un siniestro indemnizable y su magnitud.

3. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

3.1. Capacidad de Parte

Son partes en este proceso, de un lado, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS PH**, como Convocante, y de otro, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, como Convocada. Las partes han comparecido al presente proceso por conducto de sus representantes, y apoderados judiciales previamente reconocidos.

3.2. Demanda en forma

En los términos de los artículos 82, 83, 84, 88 y 206 del Código General del Proceso, el Tribunal encuentra que la demanda reúne los requisitos legales. La decisión admisorio fue debidamente notificada y se encuentra ejecutoriada y en firme.

3.3. Competencia del Tribunal Arbitral

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula vigesimocuarta de las condiciones generales aplicables al contrato de seguro arriba descrito, y literalmente dispone:

“Condición 24 – Arbitramento.

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 (incluida la cámara de comercio de Bogotá) que las partes determinen de común acuerdo, según las siguientes reglas:

A. 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 acordado de común acuerdo entre las partes, a solicitud de cualquiera de ellas.

B. El tribunal decidirá en derecho.

No obstante, lo convenido en la presente condición, las partes acuerdan que la presente condición no podrá ser invocada por SBS Colombia, en aquellos casos en los cuales un tercero (damnificado) demande al asegurado ante cualquier jurisdicción y éste a su vez llame en garantía a SBS Colombia”.

En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de las pretensiones declarativas y de condena elevadas por la Convocante en su demanda, en los términos en que fueron descritas anteriormente en esta providencia, concluye el Tribunal que las diferencias existentes entre las Partes, y que se sometieron a arbitraje, se encuentran cobijadas por la amplitud de la cláusula compromisoria que habilita a este Tribunal a decidir respecto de todas las diferencias que surjan en relación con la Póliza 1000118, “SEGURO DE PROTECCIÓN CONTRA ACTOS FRAUDULENTOS (IRF- CRIME MANAGER)”.

3.4. Conclusiones sobre los presupuestos procesales

De los apartes precedentes se concluye que: (i) la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente; (ii) se encuentran reunidos los presupuestos procesales, a saber, la capacidad de las partes, la demanda en forma y la competencia del Tribunal Arbitral; y (iii) durante el desarrollo del trámite arbitral no se configuró defecto alguno que invalide en todo o en parte las actuaciones surtidas. Por lo anterior, procede el Tribunal a estudiar las pretensiones de la demanda, así como las excepciones propuestas en contra de esta.

4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

4.1. El Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros.

Como consideración inicial, es preciso mencionar que el contrato de seguro es de aquellos cuya interpretación es restrictiva, tal y como lo ha venido reconociendo la Corte Suprema de Justicia¹, de tal forma que la interpretación de los amparos, las coberturas y las exclusiones debe ser realizada conforme al acuerdo de voluntades de las partes intervinientes en su suscripción: *“de manera que en la póliza, o en alguno de los anexos en mención, esté precisamente asumido por el asegurador el evento dañoso acaecido que motiva la reclamación y aparezca insoslayable, en la misma póliza o en los documentos complementarios la necesidad jurídica de indemnizar a cargo del asegurador, cuando de seguros de daños se trate”*.²

El seguro de infidelidad y riesgos financieros, fue autorizado en Colombia en el año 1997 mediante el artículo 4º de la Ley 389 del mismo año, cuando se establecieron las modalidades de delimitación temporal conocidas como “por descubrimiento” para los seguros de infidelidad y riesgos financieros y “por reclamación” o “claims made” para los seguros de responsabilidad civil. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“esta norma franqueó el paso a dos tipologías negociales distintas al tradicional seguro basado en la ocurrencia”*³.

Se trata de una póliza de carácter exclusivo y excluyente, como quiera que tiene formas propias, pues, solo opera por descubrimiento:

“(…) se trata de riesgos específicos en relación con los cuales el legislador permite amparar hechos ya sucedidos al iniciar la vigencia del seguro, pero aún desconocidos para las partes y que se evidencian durante la misma, pero no es una regla general”.⁴

Conforme a la práctica del sector asegurador colombiano, la cobertura es otorgada para amparar el daño que pudiera ocasionarle al tomador un empleado en caso de que existiera indebida disposición de bienes o dineros del empleador. Este seguro tiene la finalidad de: *“proteger a las empresas de los perjuicios que pueden sufrir como consecuencia de la infidelidad de sus empleados,*

¹ Jurisprudencia reiterada en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (i) del 24 de mayo de 2005, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; (ii) 19 de diciembre de 2008, Sala de Casación Civil, M.P. Arturo Solarte Rodríguez; (iii) del 6 de julio de 2009, Sala de Casación Civil, M.P. William Namén Vargas; (iv) del 30 de agosto de 2010, Sala de Casación Civil, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; (v) del 5 de julio de 2012, Sala de Casación Civil, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

² Tribunal Arbitral de Palmar del oriente Ltda. y ACE Seguros S.A. Laudo de 16 de julio de 2002. Disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21539/407_V_PALMAR_DE_ORIENTE_LTDA_VS._ACE_SEGUROS_y_COMPA%C3%91IA_DE_SEGUROS_COLMENA_16_07_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de diciembre de 2019. Radicado: SC5217-2019. Actor: Cámara de Comercio de Bogotá. Demandado: QBE Seguros S.A. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2013, Radicado 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472). Actor: HOSPITAL SAN ANTONIO DE GUATAVITA Demandado: LA PREVISORA COMPAÑIA DE SEGUROS

por fraudes, el hurto calificado, en el transporte de valores, por la falsificación o alteración de firmas, por el dinero falso, el crimen por computador, etc.; sobre esta clase de pólizas, el numeral 3 del artículo 185 del Decreto 663 de 1993, establece que “[e]n los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador”.⁵

Al respecto, el Tribunal Arbitral del trámite adelantado por Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. (Caso 15891) consideró:

“De hecho, muestra la experiencia que la ocurrencia de una defraudación en tanto permanece oculta e inadvertida, resulta inane. Ninguna consecuencia genera desde el punto de vista económico en el ente asegurado, y así mismo ningún efecto produce en la relación aseguraticia. Es sólo cuando la entidad asegurada se percata del acaecimiento de maniobras defraudatorias perpetradas por sus empleados, o por terceros (respecto de los amparos distintos de infidelidad) y del impacto económico de las mismas sobre su patrimonio, que puede hablarse propiamente de una pérdida. Por ello, el concepto basilar en esta modalidad es el “Descubrimiento” entendido como el hallazgo o develamiento de tales maniobras y de sus consecuencias económicas, así las mismas no se hayan aún precisado en toda su tipología y extensión. En torno de la introducción de la modalidad de Descubrimiento para este tipo de seguros ha puntualizado la jurisprudencia:

*“De la sola lectura de la norma, se desprende sin dificultad que la medida allí comprendida, de acuerdo con la cual la cobertura podrá circunscribirse al **descubrimiento** de pérdidas durante la vigencia del seguro así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, es una excepción a la regla general que señala que la responsabilidad del asegurador sólo surge cuando el siniestro se produce dentro del término de vigencia de la respectiva póliza y que admite que el hecho de la pérdida haya sido anterior a la iniciación de la cobertura del seguro, siempre que el conocimiento del mismo se produzca durante el término de su vigencia, **pero es una excepción que sólo se predica, así mismo, de ciertos y determinados seguros: los de manejo y riesgos financieros.**”* (negrilla fuera del texto original)”

Por lo que puede afirmarse que la ley 389 de 1997 introdujo la posibilidad de amparar hechos que hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia, pero que sean descubiertos durante esta.

“En torno a la adopción de esta legislación especial, la doctrina ha considerado que:

“El criterio inspirador era dotar al sector asegurador de un apoyo internacional de reaseguro para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más racionales a favor de los asegurados atendiendo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2013, Radicado 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472). Actor: HOSPITAL SAN ANTONIO DE GUATAVITA Demandado: LA PREVISORA COMPAÑIA DE SEGUROS.

necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.” Luis Alberto Botero, Patricia Jaramillo, Fernando Rodas, “Diez años de la Ley 389 de 1997”, en Memorias del XXV Encuentro Nacional de Acoldece. Aspectos sustantivos y procesales del contrato de seguro, pág. 60”⁶.

4.1.1. Naturaleza y alcance

El amparo por infidelidad está referido en esencia a la *«pérdida resultante directamente de actos deshonestos o fraudulentos por **empleados del asegurado cometidos solo o en confabulación con otros**, con la intención manifiesta de causarle al asegurado que soporte tal pérdida»* (se resalta), lo que significa que los «empleados» son vistos de manera aislada y autónoma por las decisiones que tomaron fraudulentamente, no con el fin de cumplir el objeto social sino para ir en contra del mismo⁷.

La base de análisis de este tipo de pólizas va a partir necesariamente de los actos que sean imputables al empleado, lo que significa que debe existir intención de hacer o ejecutar una acción que tendrá como fin último la existencia de un hecho lesivo, que conlleve a la configuración de un siniestro.

A este respecto, se trae a colación el Laudo Arbitral que dirimió el 11 de octubre de 2001 la controversia surgida entre Andino Capital Markets Comisionista de Bolsa y La Interamericana Compañía de Seguros, a saber:

“(…) Otra consideración que debe ser tomada en cuenta en el momento de analizar el contenido de un amparo de estas características, es que resulta un hecho indudable dentro de los precedentes de este tipo pólizas, que las mismas no están diseñadas para cubrir los riesgos operacionales que nacen del ejercicio de los negocios normales de la entidad bancaria o financiera, ni para cubrir tampoco la mala administración de los negocios, entendida como los simples errores de criterio que en algún momento pueden inducir a los empleados a llevar a cabo negocios que no obstante permitidos por la ley o sin contrariarla, generan riesgos especiales que se realizan en perjuicio de la expectativa de lucro de la entidad financiera.

“(…)

⁶ Tribunal Arbitral de FNA Vs MAPFRE. Laudo de 10 de julio de 2020. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2020/07/8-Laudo-FNA-Vs-Mapfre-10-de-julio-de-2020.pdf>

⁷ Tribunal Arbitral de FNA Vs. MAPFRE. Laudo 10 de julio de 2020. Disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://fasecolda.com/cms/wp-content/uploads/2020/07/8-Laudo-FNA-Vs-Mapfre-10-de-julio-de-2020.pdf>

*“Una conducta semejante implica necesariamente dos condiciones adicionales, que el propósito y la conducta misma en la que se materializan se oculte al asegurado y se ejecute contra su voluntad manifiesta o presunta, y que sea de tal naturaleza que escape a los riesgos propios de la actividad financiera ejercida por el asegurado. Esta última condición en la póliza se traduce expresamente en la exclusión contenida en el numeral 20º. la cláusula 3ª. del texto de sus condiciones generales. (...)”*⁸

Esta decisión arbitral marca pautas claras frente a la forma en que debe operar la póliza de infidelidad, imponiendo la carga al empleador en el caso particular de:

*“demostrar un comportamiento voluntario o intencional de su empleado contrario a los deberes propios de su cargo o a la confianza depositada en él, movido por una intención torcida de causar daño al asegurado u obtener una ganancia ilícita”, precisando además que: “[u]na conducta semejante implica necesariamente dos condiciones adicionales, que el propósito y la conducta misma en la que se materializan se oculte al asegurado y se ejecute contra su voluntad manifiesta o presunta, y que sea de tal naturaleza que escape a los riesgos propios de la actividad financiera ejercida por el asegurado...”*⁹

4.1.2. Consideraciones sobre la modalidad de aseguramiento bajo el sistema de descubrimiento

La modalidad de aseguramiento por descubrimiento tenía fundamento hasta el año 1997 en el artículo 23 de la Ley 35 de 1993, incorporado luego en el artículo 185 del Decreto 663 de 1993, conforme al cual «[e]n los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador» (núm. 3).¹⁰

Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1997, el cimiento jurídico cambió al establecido en el inciso primero del artículo 4º de la referida Ley, de conformidad con el cual:

“ARTÍCULO 4º. 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.

⁸ Tribunal Arbitral de Andino Capital Markets Comisionista de Bolsa Vs. La Interamericana Compañía de Seguros. Laudo 11 de octubre de 2001. Disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21506/263_V_ANDINO_CAPITAL_MARKETS_vs_LA_INTERAMERICANA_CIA_DE_SEGUROS_11_10_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/21506/263_V_ANDINO_CAPITAL_MARKETS_vs_LA_INTERAMERICANA_CIA_DE_SEGUROS_11_10_01.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Sentencia 19 de diciembre de 2016, Radicación nº 11001-31-03-038-2010-00703-01, (SC18594-2016). M.P. Ariel Salazar Ramírez.

“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”.* (Negrillas, subraya y cursivas fuera del texto original)

De la lectura de la norma se colige que la cobertura sujeta al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia del seguro, puede incluso amparar hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, siempre y cuando estos no hayan sido conocidos por el empleador, lo que constituye una excepción a la regla general en virtud de la cual la responsabilidad del asegurador sólo surge cuando el siniestro se produce dentro del término de vigencia de la póliza. Dicha excepción sólo se predica para las pólizas de seguros de manejo, riesgos financieros y responsabilidad civil.

Cabe resaltar que el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento de pérdidas, implica necesariamente que la realización de la conducta lesiva en contra del empleador sea absolutamente desconocida para este, de tal suerte que, si se tuvieren indicios o sospechas de la materialización previa de algún riesgo, el mismo debería ser puesto en conocimiento de la compañía aseguradora, dando cumplimiento al artículo 1058 del Código de Comercio.

Frente a ello, el Tribunal de Arbitramento que el 30 de agosto de 2002 dirimió la controversia surgida entre la Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación y Aseguradora Colseguros S.A., señaló:

“que el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento ha de atender a los requisitos de futureidad e incertidumbre que, como atributos esenciales, señala el artículo 1054 del Código de Comercio al riesgo genéricamente concebido, para que sea admisible como asegurable en un contrato de seguro. De suerte que eventos cuya ocurrencia material haya sucedido con anterioridad a la iniciación de la vigencia del contrato de seguro, que sean conocidos por el tomador, han de ser informados al asegurador, pues sólo cuando son desconocidos para el tomador adquiere eficacia el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento, al concretarse la incertidumbre legalmente exigida. En otras palabras, el riesgo asegurado bajo la modalidad de descubrimiento no exceptúa la atención y cumplimiento de los requisitos de futureidad e incertidumbre impuestos por la legislación colombiana (artículo 1054 del Código de Comercio) ni tampoco por la foránea.”¹¹

¹¹ Tribunal Arbitral Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación vs. Aseguradora Colseguros S.A. Laudo 30 de agosto de 2002. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21547>

Lo anterior, sin desconocer que los términos prescriptivos para este tipo de pólizas no operan en el término de dos años desde el acaecimiento de la actuación fraudulenta, sino desde el momento en que una persona de la empresa asegurada, que no esté involucrada en las actuaciones lesivas, tenga conocimiento del hecho.

Para las partes es pacífico que la modalidad sobre la que se suscribió el contrato de seguro objeto de debate, es la de descubrimiento. En efecto, para la parte convocante según expone en el hecho 5.3. de la demanda, “[e]ste contrato de seguro funciona bajo el sistema de descubrimiento, conforme lo señalan las condiciones particulares, pero sobre todo las condiciones generales” y destaca que “la pérdida se descubrió con posterioridad a la fecha de retroactividad y dentro de la vigencia de la póliza, por lo que resulta aplicable el seguro”¹².

La Convocante parte de dos premisas: una fáctica aduciendo que los actos fraudulentos fueron descubiertos durante la vigencia del seguro; y una legal, según la cual son ineficaces las exclusiones contenidas en la póliza.

Por su parte, para la Convocada es igualmente pacífico que “el Contrato de Seguro No. 1000116 funciona bajo la modalidad por descubrimiento, según los términos, límites y condiciones consignados tanto en las Condiciones Generales, como Particulares concertadas con el Centro Comercial Los Molinos P.H.”.

El caso bajo el estudio del Tribunal analiza, en términos generales, el fraude cometido por la señora Astrid Lorena Pérez, quien ostentaba el cargo de tesorera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, entidad esta que pretende, en sede arbitral, la declaratoria de la ocurrencia de un siniestro producto de dicho fraude¹³ y por ende la afectación de la póliza de seguros suscrita con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** Este hecho, bajo el contexto de la modalidad que se describe, se puso de presente, una vez fue descubierto, ante el corredor de seguros en documento fechado del 4 de febrero de 2019 y posteriormente a la aseguradora convocada, entidad que, por medio de comunicación fechada del 26 de agosto de 2019, objetó el siniestro, frente a la cual fue presentada solicitud de reconsideración en septiembre de 2019 y en documento fechado del 8 de octubre de 2020 fue confirmada la objeción

Dicha situación se enmarca dentro del concepto de aseguramiento bajo el sistema de descubrimiento.

¹² Expediente digital, carpeta principal, subcarpeta Tramite de la demanda, escrito de demanda, hecho 5.3

¹³ Texto de la demanda subsanada PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *Se declare la ocurrencia de un siniestro en el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. producto de las alteraciones fraudulentas y falsificaciones y, en términos generales, el fraude cometido por la que era la tesorera del CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H., señora ASTRID LORENA PÉREZ. Y, en consecuencia, se declare que SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., a través del contrato de seguros mencionado en los hechos de la demanda, ampara el siniestro y por ende debe indemnizar al CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H., en su condición de tomador, asegurado y beneficiario por la totalidad de las pérdidas sufridas por este, hasta el límite del monto indemnizable.*

4.1.3. Consideraciones sobre la descripción de los riesgos objeto de la cobertura y las exclusiones, en la póliza de seguro objeto de la controversia

Procede el Tribunal a hacer un recorrido puntual sobre las normas mas relevantes relacionadas con la descripción de los riesgos objeto de la cobertura y las exclusiones en la póliza de seguro objeto de estudio, que le servirán de insumo para las decisiones que, basados en los hechos y el recaudo probatorio, habrá de tomar, así:

Conforme al artículo 1046 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 3° de la Ley 389 de 1997, la póliza es el documento que permite probar el contrato de seguro, el cual debe llenar un cúmulo de requisitos, a saber:

“Artículo 1046. Prueba del contrato de seguro – póliza

“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

“Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

“La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

“PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.”

De allí, que las pólizas de seguros desde su esencia misma deban reunir exigencias que están dadas por la ley, propendiendo por la transparencia, publicidad y buena fe, como principios rectores necesarios para la suscripción de cualquier tipo de contrato. Estas, particularmente, tienen reglas claras en cuanto a la descripción de los riesgos objeto de cobertura y las exclusiones, frente a las cuales el Tribunal se pronunciará más adelante.

Conforme a la Legislación Nacional, los requisitos están dados de la siguiente forma:

- La Ley 45 de 1990, en su artículo 44 establece:

“Artículo 44. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

“1o. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, a la presente Ley y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

“2o. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

“3o. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.”

- Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 184 N° 2, señala:

“Artículo 184. Régimen de pólizas y tarifas

“1 [Numeral modificado por el artículo 42 de la Ley 795 de 2003]. Modelos de pólizas y tarifas. La autorización previa de la Superintendencia Bancaria de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo.

“En concordancia con lo dispuesto por el artículo 2o. de la Ley 389 de 1997, los modelos de las pólizas y sus anexos deberán enviarse a la Superintendencia Bancaria para su correspondiente depósito, en las condiciones que determine dicho organismo.

“No obstante, lo anterior la autorización previa de la Superintendencia Bancaria será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo.

“2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

“a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

“b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

“c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.” (...)

- Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011 artículo 37:

“Artículo 37. Condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Las Condiciones Negociales Generales y de los contratos de adhesión deberán cumplir como mínimo los siguientes requisitos:

“1. Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales. En los contratos se utilizará el idioma castellano.

“2. Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.

“3. En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco, En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías.

“Serán ineficaces y se tendrán por no escritas las condiciones generales de los contratos de adhesión que no reúnan los requisitos señalados en este artículo.” (Cursivas fuera del texto original)

Circular Básica Jurídica del 07 de 1996, modificada por la Circular 029 de 2014, expedida por Superintendencia Financiera:

“1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros

“Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el art. 184 numeral 2º EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

“1.2.1.1. En la carátula

“Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del Código de Comercio.

“En caracteres destacados o resaltados (es decir que se distingan del resto del texto de la impresión) el contenido del inciso primero del art. 1068 Código de Comercio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

“1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones) Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos

lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral.”

Y, la intención común en el contrato de seguro suscrito en el caso que nos ocupa, como se desarrollará mas adelante, parte de un contrato de adhesión en el que el paso del tiempo morigeró dicha naturaleza ya que la voluntad de las partes, con ayuda e intervención del corredor de seguros como intermediario de la comunicación, define algunas nuevas condiciones aplicables a la cobertura y altera otras existentes, lo que guía aun con mayor precisión el proceso de suscripción del seguro, especialmente en sus renovaciones, pues se tuvo la posibilidad de debatir aspectos a incluir y excluir de la cobertura objeto del contrato de seguro, por lo que podría afirmarse que conocía de *prima facie* las coberturas y exclusiones.

4.1.4. El Siniestro en el Seguro de Infidelidad. Naturaleza y Alcance.

El Código de Comercio en su artículo 1072 define el siniestro como “*la realización del riesgo asegurado*”, definición esta que, de cara a la delimitación temporal del riesgo bajo modalidad de descubrimiento, contempla matices que, a pesar de su consagración legal, desde el año 1997 con la expedición de la Ley 389, generan importantes controversias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Para el caso que nos ocupa es importante partir de lo expuesto por la Convocante como primera pretensión principal en la demanda en el sentido de que se declare la ocurrencia de un siniestro en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** producto de las alteraciones fraudulentas y falsificaciones y, en términos generales, el fraude cometido por quien era la tesorera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, señora Astrid Lorena Pérez.

Ello implica que el siniestro lo conformaría la pérdida que haya sufrido el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** como consecuencia de un fraude o un acto deshonesto cometido por la tesorera señora Astrid Lorena Pérez, ya sea “*que actúe sola o en colusión con otros*” y “*siempre que dichos actos sean cometidos con la intención manifiesta/principal de causar que el asegurado incurra en dicha pérdida o de obtener lucro financiero para ellos mismos y es descubierto por el asegurado por primera vez durante la vigencia del presente contrato*”¹⁴ (se destaca).

¹⁴ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Virtuales Radicadas con la Demanda, Anexos SBS Seguros, Anexo No. 2, Seguro de Protección contra actos fraudulentos, página 1.

Algunos autores afirman que la Ley 389 de 1997 no pretendió modificar el concepto de siniestro que ya se encuentra establecido en el artículo mencionado del Código de Comercio, sino que consideró la posibilidad de asegurar el riesgo putativo en el seguro de responsabilidad civil, porque el siniestro sigue siendo el hecho externo que ha causado el daño y que, conforme a la nueva ley, puede cubrirse siempre y cuando el asegurado desconozca que ese hecho ha ocurrido o, por lo menos, sus consecuencias dañosas¹⁵.

Ahora bien, para efectos de las reclamaciones por los riesgos amparados, la carga probatoria, al igual que en cualquier modalidad, recae sobre la parte que en la relación contractual tiene la calidad de asegurada, conforme al artículo 1077 del Código de Comercio:

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

Lo que no cambia en ninguna forma el concepto de siniestro, pues no deja de ser un hecho imputable a algún empleado del asegurado, que debe ser demostrado y reclamado por el asegurado, para que nazca la obligación del asegurador. Por esta razón, parte de la doctrina considera que sin reclamación, aunque haya ocurrido un daño previo, no habrá finalmente siniestro y, por tanto, tampoco indemnización a cargo de la compañía aseguradora, motivo por el cual entre estos dos momentos hay una *“estrecha relación, una especie de matrimonio, sin que ello implique una fusión o fundición.”*¹⁶

Por otro lado, partiendo de la misma transcripción que hace la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de julio de 2014, puede inferirse que esta corporación reconoce que la cobertura en los seguros en que se pacta una modalidad de cobertura como la que es objeto de estudio en este trámite arbitral, se circunscribe a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, *“[...] así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”* y que también se entenderán 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”*¹⁷, característica que, como es sabido, comparten tanto los seguros de infidelidad y riesgos financieros como los de responsabilidad civil.

¹⁵ Modalidad de cobertura por reclamación o “Claims made” en Colombia. Autor: Begué Hoyos, María del Pilar, Valencia Cardona, Daniela. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros - Volumen 30 - Número 54, 2021

¹⁶ Modalidad de cobertura por reclamación o “Claims made” en Colombia. Autor: Begué Hoyos, María del Pilar, Valencia Cardona, Daniela. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros - Volumen 30 - Número 54, 2021

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de julio de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz, SC10048-2014, Exp. 11001310301520080010201

4.2. El contrato de seguro celebrado entre el Centro Comercial Los Molinos y la Aseguradora SBS Seguros Colombia. Partes y sujetos intervinientes.

A continuación, el Tribunal realizará una breve descripción del 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.

4.2.1. La póliza No. 1000116.

El 21 de enero de 2013¹⁸, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** —para ese entonces denominada Chartis Seguros S.A.—, expidió la póliza No. 1000116, mediante la cual se instrumentalizó un contrato de seguro de protección contra actos fraudulentos, con vigencia en el periodo comprendido entre las 16:00 horas del 10 de enero de 2013 y las 16:00 horas del 10 de enero de 2014. El tomador, asegurado y beneficiario de la póliza fue el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** Según se lee en el texto de la póliza, el asegurado actuaba a través del intermediario de seguros “Willis S.A. Medellín” (Willis Towers Colombia)¹⁹.

La modalidad de cobertura pactada fue por descubrimiento. Las coberturas de la póliza, sus valores asegurados y el deducible aplicable fueron los siguientes:

COBERTURA	SUBLÍMITE POR EVENTO	LÍMITE AGREGADO	DEDUCIBLE POR TODA Y CADA PÉRDIDA
Actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Empleados no identificados, temporales y de firmas	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Pérdidas dentro de los predios	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Pérdidas fuera de los predios (tránsito)	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Pérdidas por billetes falsificados	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Pérdidas por falsificación de títulos valores	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Cheques falsificados	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Motín, conmoción civil y daño malicioso	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Cobertura extorsión	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Extensión de cobertura/amparo automático de locales y empleados adicionales	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00

¹⁸ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.1. Póliza No. 1000116 – Anexo 0. Folio 2.

¹⁹ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.1. Póliza No. 1000116 – Anexo 0. Folio 2.

Extensión de falsificación	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Anexo de telex	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Costo neto financiero	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Reemplazo de títulos valores	\$30.000.000.00	\$270.000.000.00	\$30.000.000.00
Dinero o valores – daños, destrucción o desaparición	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Cuidado custodia y control	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Costos de reconstitución	\$300.000.000.00	\$300.000.000.00	\$30.000.000.00
Uso de especialistas investigadores	\$100.000.000.00	\$100.000.000.00	\$30.000.000.00
Servicios de consultores de pre-pérdida	\$100.000.000.00	\$100.000.000.00	\$30.000.000.00
Honorarios legales	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00
Pérdidas por giros postales y billetes falsificados	\$1.000.000.000.00	\$1.000.000.000.00	\$30.000.000.00

El amparo previsto en la sección 1.1. de las condiciones generales de la póliza corresponde al de infidelidad de empleados, el cual se estipuló en los siguientes términos:

“1.1. INFIDELIDAD DE EMPLEADOS.

*“SBS COLOMBIA SE COMPROMETE A INDEMNIZAR AL **ASEGURADO** LAS PÉRDIDAS QUE SUFRA COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE O ACTO DESHONESTO COMETIDO POR ALGÚN **EMPLEADO**, YA SEA QUE ACTÚE SOLO O EN COLUSIÓN CON OTROS.*

*“SIEMPRE QUE DICHOS ACTOS SEAN COMETIDOS CON LA INTENCIÓN MANIFIESTA/PRINCIPAL DE CAUSAR QUE EL **ASEGURADO** INCURRA EN DICHA **PÉRDIDA** O DE OBTENER LUCRO FINANCIERO PARA ELLOS MISMOS Y ES **DESCUBIERTO** POR EL **ASEGURADO** POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DEL PRESENTE CONTRATO.”²⁰*

En cuanto a las exclusiones, en las condiciones generales se convino, entre otras, la siguiente:

“CONDICIÓN 3. – EXCLUSIONES.

“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN CASO DE “PÉRDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA

²⁰ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 02, Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos —IRF— Crime Manager. Folio 1.

CANTIDAD SE RELACIONE CON CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS:

“(…)

“3.27. LA **PÉRDIDA** DIRECTA O INDIRECTA ORIGINADA POR LA NO SALIDA A VACACIONES DE LOS **EMPLEADOS** DURANTE UN PERIODO MÍNIMO DE DOS SEMANAS CONSECUTIVAS POR AÑO DURANTE LAS CUALES EL **EMPLEADO** NO DESEMPEÑARÁ DEBERES Y PERMANECERÁ LEJOS DE LOS LOCALES DEL **ASEGURADO**. PARA LOS EFECTOS DE ESTA EXCLUSIÓN Y EN CASO DE SINIESTRO SE REVISARÁ LA SALIDA A VACACIONES TANTO DEL **EMPLEADO** O **EMPLEADOS** QUE CON SU ACTUAR CAUSÓ O CAUSARON O CONTRIBUYÓ O CONTRIBUYERON DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO, ASÍ COMO DE TODO OTRO **EMPLEADO** QUE HAYA TENIDO INJERENCIA EN ÉL O EN LAS ÁREAS INVOLUCRADAS EN LA **PÉRDIDA** Y EN LAS ÁREAS DE CONTROL.

Por su parte, en las condiciones particulares se incluyeron las siguientes cláusulas:

“1) Fecha de retroactividad: Enero 10 de 2013.

“2) Se elimina en su totalidad la Condición 6 - Garantías del texto de condiciones generales. En su reemplazo se incluye el Endoso No. 1 - MODIFICATORIO DE EXCLUSIONES CRIME MANAGER.”²¹

Mediante el Endoso No. 1, las partes pactaron la inclusión de una serie de exclusiones adicionales a las contenidas en la Condición No. 3 de las condiciones generales de la póliza. Al respecto, se indicó lo siguiente:

“ENDOSOS No. 1

“ENDOSO MODIFICATORIO DE EXCLUSIONES

“No obstante lo dispuesto en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos No. [espacio en blanco], concertada entre CENTRO

²¹ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.1. Póliza No. 1000116 – Anexo 0. Folio 5.

COMERCIAL LOS MOLINOS como Tomador y CHARTIS SEGUROS, las partes acuerdan añadir los siguientes numerales:

“En la CONDICIÓN 3 - EXCLUSIONES; se añade los siguientes numerales: CHARTIS SEGUROS no asume responsabilidad alguna y por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en caso de Pérdida derivada de o relacionada con o cuya cantidad se relacione con cualquiera de los siguientes eventos:

“3.33. La Pérdida resultante de la no realización de un arqueo o corte de cuentas de dinero y títulos valores, por lo menos una (1) vez cada quince (15) días.

“3.34. La Pérdida resultante de la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.

“3.35. La Pérdida resultante directa o indirectamente de no mantener un libro o manual con todas las normas e instrucciones escritas emitidas por el asegurado en relación con todos los aspectos de su negocio y con la definición de funciones de cada empleado, las cuales se actualizarán con la regularidad que se requiera.

“3.36. La Pérdida resultante directa o indirectamente de no determinar las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno les sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.

“3.37. La Pérdida resultante directa o indirectamente de no reportar cualquier transacción que origine cambio en la propiedad o control ejercido sobre el asegurado y en caso de que el asegurado deje de informar la transacción, dentro de los treinta (30) días calendario de la fecha en que se llevara a cabo dicha transacción, constituirá la decisión del asegurado terminar este seguro a partir del comienzo del plazo de treinta (30) días mencionado.

“Las demás disposiciones o condiciones particulares y generales de la póliza original continúan vigentes.”²²

En la condición 4 de las condiciones generales se dispuso que, para los efectos de esta póliza, se entendería por acto fraudulento lo siguiente:

“4.1. ACTO FRAUDULENTO

“SIGNIFICA:

²² Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.1. Póliza No. 1000116 – Anexo 0. Folios 6-7.

“(I) LA ADULTERACIÓN O FALSIFICACIÓN O ALTERACIÓN FRAUDULENTE DE CUALQUIER DINERO, VALORES O INSTRUCIÓN CON BASE EN EL CUAL EL ASEGURADO HA ACTUADO O SE HA FUNDADO, INCLUYENDO LA ADULTERACIÓN DE CHEQUE(S) RECIBIDO(S) O

“(II) LA ADULTERACIÓN O ALTERACIÓN FRAUDULENTE DE CUALQUIER CHEQUE O PROMESA ESCRITA SIMILAR DEL ASEGURADO PARA PAGAR UNA SUMA REAL QUE REPRESENTA DINERO GIRADO CONTRA LA CUENTA DEL ASEGURADO EN ALGÚN BANCO EN EL CUAL EL ASEGURADO MANTIENE UNA CUENTA CORRIENTE O DE AHORROS;

“(III) EL USO FRAUDULENTO DE ALGUNA TARJETA DE CRÉDITO CORPORATIVA, EMITIDA AL ASEGURADO O A ALGÚN EMPLEADO DEL ASEGURADO PARA PROPÓSITOS DE NEGOCIO EN AQUELLOS CASOS EN QUE DICHA TARJETA ES ADULTERADA O ES OBJETO DE UNA ALTERACIÓN FRAUDULENTE EN EL ENTENDIDO QUE EL ASEGURADO Y EL EMPLEADO HAN DADO CABAL CUMPLIMIENTO A LAS DISPOSICIONES, CONDICIONES U OTROS TÉRMINOS EN CONFORMIDAD CON LOS CUALES LA TARJETA FUE EMITIDA Y EN EL ENTENDIDO QUE EL ASEGURADO ERA LEGALMENTE RESPONSABLE POR DICHA PÉRDIDA;

“(IV) FRAUDE COMPUTACIONAL O TRANSFERENCIA DE FONDOS.”²³

En cuanto a la definición de “descubrimiento” se indicó que:

“4.13. DESCUBIERTO O DESCUBRIMIENTO SIGNIFICA CUANDO ALGÚN ASEGURADO O CUALQUIERA DE LOS DIRECTORES DEL ASEGURADO, ACCIONISTAS, DIRECTORES DE DEPARTAMENTO, EJECUTIVOS PRINCIPALES, FIDEICOMISARIO O EQUIVALENTES DE ALGÚN ASEGURADO, TIENE CONOCIMIENTO DE CUALESQUIERA ACTO O ACTOS DE LOS CUALES PUEDE ESPERARSE RAZONABLEMENTE QUE DEN ORIGEN A UNA PÉRDIDA CUBIERTA

²³ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 02, Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos —IRF— Crime Manager. Folio 13.

POR LA PRESENTE PÓLIZA AÚN CUANDO EL MONTO O LOS DETALLES EXACTOS DE LA **PÉRDIDA** NO SEAN CONOCIDOS EN EL MOMENTO DEL **DESCUBRIMIENTO**. DICHO **DESCUBRIMIENTO** CONSTITUIRÁ CONOCIMIENTO POSEÍDO O **DESCUBRIMIENTO** HECHO POR CADA ASEGURADO.²⁴

4.2.2. Las renovaciones y prórrogas de la póliza No. 1000116

El contrato de seguro cuyos pormenores fueron descritos anteriormente fue renovado en distintas oportunidades, mediante los anexos que a continuación se señalan:

1. Según consta en el Anexo No. 1, expedido por AIG Seguros Colombia S.A. —antes Chartis Seguros S.A., y ahora **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**—, el 20 de enero de 2014 se renovó la póliza No. 1000116 para la vigencia comprendida entre las 16 horas del 10 de enero de 2014 y las 16 horas del 12 de mayo de 2015²⁵. En dicha oportunidad, se estableció como fecha de retroactividad el 10 de enero de 2013, se mantuvo el amparo de actos deshonestos y fraudulentos de los empleados y se conservaron las exclusiones contenidas en las condiciones generales. Además, mediante el Endoso No. 1, convinieron las siguientes exclusiones:

“ENDOSO MODIFICATORIO DE EXCLUSIONES

“No obstante lo dispuesto en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos No.-1000116 concertada entre CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS como Tomador y AIG SEGUROS, las partes acuerdan añadir el siguiente numeral:

“En la CONDICIÓN 3 - EXCLUSIONES; se añaden los siguientes numerales:

“AIG SEGUROS no asume responsabilidad alguna y por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en caso de Pérdida derivada de o relacionada con o cuya cantidad se relacione con cualquiera de los siguientes eventos:

“3.33 Pérdida resultante de la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.

²⁴ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 02, Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos —IRF— Crime Manager. Folio 16.

²⁵ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.2. Póliza No. 1000116 – Anexo 1. Folio 2.

“3.34 Pérdida resultante directa o indirectamente de no mantener un libro o manual con todas las normas e instrucciones escritas emitidas por el asegurado en relación con todos los aspectos de su negocio y con la definición de funciones de cada empleado, las cuales se actualizarán (sic) con la regularidad que se requiera.

“3.35. La Pérdida resultante directa o indirectamente de no determinar las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno les sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.

“3.36. La Pérdida resultante de la no realización de un arqueo o corte de cuentas de dinero y títulos valores, por lo menos una (1) vez cada quince (15) días.

“3.37 Exclusión OFAC. La compañía no será responsable de realizar ningún pago bajo ninguna sección de esta póliza o de hacer pago alguno bajo extensión por ninguna reclamación de pérdida que surja, cuando el asegurado o el beneficiario bajo esta póliza sea un ciudadano, o un instrumento de gobierno de un país contra el cual, cualquier ley y/o regulaciones que gobiernan esta póliza y/o a su asegurador, su casa matriz o la última entidad controladora, ha establecido una prohibición u otra forma de sanción económica que tiene el efecto de prohibir al asegurador proporcionar la cobertura, tramitar el negocio, o de otra forma ofrecer los beneficios económicos al asegurado o a cualquier otro beneficiario bajo esta póliza.

“Se entiende y acuerda que no habrá beneficios ni pagos a ningún beneficiario que se declare incapaz de recibir los beneficios económicos bajo las leyes y/o las regulaciones que gobiernan esta póliza y/o al asegurador, su casa matriz o la última entidad controladora.

“Todos los demás términos y condiciones no modificados por el presente endoso, continúan vigentes y sin modificación alguna.”²⁶

2. El 1 de junio de 2015, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** expidió el Anexo No. 2, mediante el cual se renovó la póliza No. 1000116 para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2015 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2016²⁷. Se pactó como fecha de retroactividad el 10 de enero de 2013. Se mantuvieron los amparos y exclusiones contenidos en la vigencia anterior.

²⁶ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.2. Póliza No. 1000116 – Anexo 1. Folios 6-7.

²⁷ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 02, Póliza 1000116 2015-2016.

3. El 1 de junio de 2016, mediante anexo el No. 3, se renovó la póliza No. 1000116 con cobertura desde las 16:00 horas del 12 de mayo de 2016 y hasta las 16:00 horas del 12 de mayo de 2017²⁸, en los mismos términos pactados en la vigencia anterior.

4. Mediante anexo No. 6, el 5 de julio de 2017 se renovó nuevamente la póliza para la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2017 y las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018. En esta renovación se estableció como nuevo valor asegurado de la cobertura de actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores la suma de \$1.500.000.000.00 COP, con un límite agregado de \$3.000.000.000.00 COP y un deducible de \$40.000.000.00 COP, por toda y cada pérdida²⁹. Mediante el Endoso No. 1, se eliminó la exclusión contenida en el numeral 3.27 de las condiciones generales y, en su lugar, se incluyó la siguiente:

“Toda Pérdida directa o indirecta del asegurado en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control.”³⁰

Adicionalmente, en el Endoso No. 1, se incluyeron las siguientes exclusiones:

“(…) SBS SEGUROS no asume responsabilidad alguna y por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en caso de pérdida derivada de o relacionada con o cuya cantidad se relacione con cualquiera de los siguientes eventos:

“3.33 Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.

“3.34 Toda pérdida resultante directa o indirectamente en que se identifique la no existencia de un libro o manual con todas las normas e instrucciones escritas emitidas por el asegurado en relación con todos los aspectos de su negocio y con la definición de funciones de cada empleado, las cuales se actualizaran con la regularidad que se requiera.

²⁸ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 02, Póliza 1000116 2016-2017.

²⁹ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.6. Póliza No. 1000116 – Anexo 6. Folio 2.

³⁰ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.6. Póliza No. 1000116 – Anexo 6. Folio 7.

“3.35 Toda pérdida directa o indirecta en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno les sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.

“3.36 Toda Pérdida proveniente de o que tenga origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas.

“3.37 Se excluye cualquier Pérdida de dinero y/o valores cuando los mismos sean transportados en vehículos de transporte público, a pie o en vehículos propios del asegurado sin el debido acompañamiento de al menos un guardia armado.

“3.38 Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad.

“3.39 Pérdidas en relación con transferencias de fondos a terceros que no se encuentren debidamente calificados como proveedores y clientes autorizados del Asegurado y donde no haya existido además una verificación previa de la información del destinatario incluyendo números de cuentas bancarias por parte de personal autorizado.

“3.40 Pérdidas en relación con entrega de dinero, valores o mercaderías del Asegurado a terceros que no se encuentren debidamente calificados como sus proveedores y clientes autorizados y donde no haya existido además una verificación previa de la información de dicho proveedor o cliente por personal autorizado del Asegurado.

“3.41 Exclusión OFAC. El Asegurador no será responsable de proporcionar cobertura o hacer algún pago si el realizarlo pudiera ser considerado como una violación de alguna de las leyes o regulaciones de Sanciones Económicas, lo que expondría al asegurado, su casa matriz o su entidad controladora a una sanción estipulada bajo estas leyes o regulaciones.”

5. Mediante el Anexo No. 9, el 1 de junio de 2018 se renovó la póliza No. 1000116 con vigencia desde las 16:00 horas del 12 de mayo de 2018 hasta las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019. Las coberturas pactadas para esta renovación, sus valores asegurados y sus deducibles fueron los siguientes³¹:

³¹ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.8. Póliza No. 1000116 – Anexo 9. Folio 2.

COBERTURA	SUBLÍMITE POR EVENTO	LÍMITE AGREGADO	DEDUCIBLE POR TODA Y CADA PÉRDIDA
Actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores	\$1.500.000.000.00	\$3.000.000.000.00	\$40.000.000.00
Cobertura extorsión	\$1.500.000.000.00	\$3.000.000.000.00	\$40.000.000.00
Dinero o valores – daños, destrucción o desaparición	\$500.000.000.00	\$500.000.000.00	\$40.000.000.00
Costos de reconstitución	\$200.000.000.00	\$200.000.000.00	\$40.000.000.00
Uso de especialistas investigadores	\$100.000.000.00	\$100.000.000.00	\$40.000.000.00
Honorarios legales	\$1.500.000.000.00	\$3.000.000.000.00	\$40.000.000.00
Actos fraudulentos cometidos por otras personas	\$1.500.000.000.00	\$3.000.000.000.00	\$40.000.000.00

En esta renovación se mantuvieron en idénticos términos las condiciones generales y particulares acordadas en la vigencia anterior.

6. Por solicitud del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, mediante el Anexo No. 10³², la póliza se prorrogó, en los mismos términos y condiciones, por el término de quince (15) días. Es decir, la póliza cubría la vigencia comprendida entre las 16:00 horas del 12 de mayo de 2019 y las 16:00 horas del 27 de mayo de 2019.

7. Finalmente, mediante Anexo No. 11³³, la póliza No. 1000116 fue prorrogada una segunda vez, por solicitud del asegurado, por el término de diecinueve (19) días adicionales. Significa, entonces, que la póliza fue prorrogada desde las 16:00 horas del 27 de mayo de 2019 y hasta las 16:00 horas del 15 de junio de 2019. Esta prórroga se convino “*bajo los mismos términos y condiciones de la póliza actual y sin aumento del límite de responsabilidad anual*”³⁴.

4.2.1.1. Conclusiones sobre el contrato de seguro objeto de controversia

Realizada la reseña del contrato de seguro que vinculó al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones, que servirán como soporte a las decisiones que habrán de adoptarse en este laudo arbitral:

1. La póliza No. 1000116 es una póliza de “Protección contra actos fraudulentos”, - según su denominación textual- cuyo objeto consistía en amparar las pérdidas en que incurriera el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, como consecuencia

³² Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.9. Póliza No. 1000116 – Anexo 10.

³³ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.10. Póliza No. 1000116 – Anexo 11.

³⁴ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.10. Póliza No. 1000116 – Anexo 11. Folio 5.

de los actos deshonestos o fraudulentos cometidos por algún empleado, o por los actos fraudulentos cometidos por alguna otra persona.

2. El asegurado actuó a través del corredor de seguros Willis Towers Watson S.A. en la celebración del contrato de seguro y en el proceso de sus renovaciones y prórrogas.
3. La póliza se pactó bajo la modalidad de cobertura por descubrimiento, en la medida en que en la condición 1 de las condiciones generales se convino que “*SBS COLOMBIA se compromete a indemnizar al asegurado las pérdidas que se descubran, por primera vez, durante la vigencia del presente contrato de seguro y que hayan ocurrido después de la fecha de retroactividad especificada en la carátula de la póliza (...)*”.
4. Las exclusiones contenidas en las condiciones 3.27, 3.33 y 3.35 de la vigencia del 12 de mayo del 2018 hasta el 12 de mayo de 2019, fueron incorporadas al contrato de seguro desde la póliza primigenia. Si bien la redacción incorporada en las estipulaciones respectivas pudo haber sufrido algunas modificaciones, no se alteró el sentido y el alcance del clausulado original.
5. Las exclusiones contenidas en las condiciones 3.36 y 3.38 de la póliza con vigencia entre el 12 de mayo de 2018 y el 12 de mayo de 2019, se incluyeron mediante el Endoso No. 1 contenido en el Anexo No. 6, para la vigencia comprendida entre el 12 de mayo de 2017 y el 12 de mayo de 2018. Estas exclusiones se mantuvieron en las posteriores renovaciones y prórrogas de la póliza.

4.2.3. La reclamación presentada por el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. y la objeción realizada por SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Según fue indicado por el Convocante en el libelo introductorio, y aceptado por la aseguradora convocada en la contestación de la demanda, en el mes de diciembre de 2018 el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** presentó aviso de siniestro a su corredor de seguros Willis Towers Watson S.A. El aviso fue reiterado por escrito en el mes de enero de 2019.

Posteriormente, el 6 de febrero de 2019, el señor Jaime Andrés Salazar Ospina, actuando en calidad de administrador encargado del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, remitió una comunicación escrita, fechada el 4 de febrero de 2019, dirigida al director de indemnizaciones de Willis Towers Watson S.A., mediante la cual manifestó su intención de presentar “*reclamación formal y afectación a la póliza de empleados en relación con el siniestro ntw 40468 presentado en nuestra copropiedad.*”³⁵ La reclamación tuvo como fundamento los siguientes hechos:

³⁵ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 03, Comunicación formal aviso de siniestro.

1. En noviembre de 2018, mientras se llevaba a cabo la auditoría anual de la copropiedad, se realizó una circularización aleatoria de cuentas por cobrar a cargo de los copropietarios. En dicha oportunidad, se encontraron algunas inconsistencias en las cifras reportadas en los estados de cuenta de los copropietarios. Por lo anterior, se circularizó la totalidad de la cartera y se encontró que la cartera real a cargo de los copropietarios era superior a la presentada por la tesorera en sus informes y que coincidía con la información incorporada en la contabilidad.
2. La señora Astrid Lorena Pérez Lara fungió como tesorera de la copropiedad desde el 16 de marzo de 2015 y hasta el 28 de noviembre de 2018. En el desempeño de sus funciones, la tesorera incurrió en una serie de irregularidades que afectaron los intereses y el patrimonio de la copropiedad.
3. Las irregularidades consistían, en síntesis, en la manipulación de la realidad financiera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, la adulteración y falsificación de extractos bancarios y la violación de los manuales y procedimientos propios del cargo de tesorera.
4. Según la investigación que se llevó a cabo en la copropiedad, se estableció que las irregularidades ocurrieron desde mayo de 2015 y hasta noviembre 30 de 2018.
5. La señora Astrid Lorena Pérez Lara es la única responsable de tales irregularidades, según su declaración. Por lo anterior, ofreció reparar el daño entregándole a la copropiedad un vehículo Renault Captur, modelo 2018, avaluado comercialmente en la suma de \$50.000.000.00 COP, junto con un apartamento ubicado en el Municipio de Sabaneta avaluado a la fecha de presentación de la reclamación en \$224.872.000 COP.
6. Una vez conocidos los hechos, la copropiedad tomó medidas preventivas e investigativas para el esclarecimiento de los hechos.

A la reclamación se adjuntaron los siguientes documentos: (i) el certificado de existencia y representación legal de la copropiedad; (ii) constancia de la denuncia penal formulada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en contra de los involucrados en las irregularidades; (iii) informe fechado el 4 de febrero de 2019 realizado por la firma de auditoría Auren Consultores Medellín S.A.S. que da cuenta de los hallazgos e irregularidades constatados; (iv) certificación del monto de la pérdida económica consolidada, suscrito por el representante legal de la copropiedad; (v) documentos para acreditar el monto de la pérdida económica sufrida por la copropiedad; (vi) resumen de la liquidación del contrato laboral de la señora Astrid Lorena Pérez Lara, en el que se incluye su hoja de vida y las constancias de las

vacaciones que disfrutó esta empleada; (vii) informe con recomendaciones de mejoramiento rendido por Auren Consultores Medellín S.A.S. el 4 de febrero de 2019; y (viii) los manuales de funciones del área financiera.

Mediante comunicación del 12 de diciembre de 2018, reiterada a través de comunicación fechada el 3 de abril de 2019, la firma R&G Espinosa, designada por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.S.** para la atención y ajuste de la reclamación presentada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, solicitó una lista de documentos para poder continuar con el estudio correspondiente³⁶. El 16 de abril de 2019, la copropiedad dio respuesta al requerimiento realizado por el ajustador. Dicha respuesta fue ampliada mediante escrito del 22 de julio de 2019³⁷, en el que, además, se manifestó que algunos de los documentos solicitados ya habían sido entregados a R&G Espinosa los días 11 y 12 de julio de 2019, durante las visitas que realizó a la firma al Centro Comercial.

Posteriormente, el 26 de agosto de 2019 **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.S.** presentó objeción formal a la reclamación formulada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, que fue recibida por la aseguradora el 25 de julio de 2019 por intermedio del corredor de seguros de la copropiedad³⁸. La objeción se fundamentó en que, después de analizados los documentos aportados por la copropiedad aquí Convocante, la aseguradora consideró aplicables cinco (5) exclusiones contenidas en las condiciones particulares de la póliza No. 1000116. Particularmente encontró lo siguiente, de acuerdo con la documentación aportada:

- a) Los empleados involucrados en la pérdida sufrida por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** no tomaron como mínimo dos semanas consecutivas de vacaciones, como se exige en las condiciones particulares de la póliza. En este sentido, encontró aplicable la exclusión No. 3.27³⁹.
- b) El asegurado no contaba con un área de auditoría interna y, por consiguiente, parte de la labor de auditoría interna era realizada por la Revisora Fiscal. Sin embargo, se constató que la Revisoría Fiscal no realizó auditorías en la oficina principal, y no se

³⁶ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 04, Comunicación R&G Espinosa.

³⁷ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 05, Comunicación CCLM a R&G Espinosa.

³⁸ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 06, Objeción aviso de siniestro.

³⁹ “3.27. Toda Pérdida directa o indirecta del asegurado en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro, así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control.”

realizaron auditorías a los ingresos por concepto de parqueaderos. Por lo anterior, concluyó que resultaba aplicable la exclusión No. 3.33⁴⁰.

- c) Adicionalmente, se constató que no existía control dual en (i) el proceso de pago a proveedores mediante cheques, pues estos se giraban sin un destinatario específico, sin sello restrictivo y, además, no había un control para verificar que los dineros hubiesen llegado al destinatario correcto; (ii) en el pago de parqueaderos, dado que las cajeras entregaban el dinero a los recaudadores, que dependían de la empleada infiel, para que posteriormente ella lo entregara a la transportadora Atlas, sin que estuviera previsto un control para verificar que el dinero efectivamente fuera entregado a la transportadora; (iii) en el recaudo de parqueaderos por mensualidades, porque la señora Astrid Lorena Pérez Lara era quien elaboraba los recibos y recibía el dinero, sin que existiera una verificación interna sobre dicho recaudo; y (iv) en el recaudo de efectivo por los conceptos de eventos o cuotas de administración, pues no existía un proceso para la verificación del dinero que ingresaba. Con base en lo anterior, la aseguradora encontró aplicables las exclusiones No. 3.35⁴¹ y 3.36⁴².
- d) Finalmente, al revisar los cheques objeto de la pérdida reclamada, la aseguradora constató que ninguno de ellos portaba un sello restrictivo de negociabilidad. De esta manera, encontró aplicable la exclusión No. 3.38⁴³ de las condiciones particulares.

Por las razones anteriormente reseñadas, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** indicó que no podría atender favorablemente la solicitud de afectación de la póliza realizada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** y, en consecuencia, procedió a objetar formalmente la reclamación.

Posteriormente, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** solicitó que el caso fuera nuevamente revisado, por cuanto consideró que la administración anterior pudo haber entregado la información incompleta. En el marco de esa solicitud, entre otras cosas, el Convocante allegó documentos nuevos, que fueron estudiados por Deloitte, Asesores y Consultores Ltda., —firma que fue contratada conforme al amparo de Uso de Especialistas Investigadores pactado dentro de la póliza No. 1000116—, quien en diciembre de 2019 realizó un informe complementario del primer reporte que en agosto de 2019, y a petición de SBS

⁴⁰ “3.33 Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.”

⁴¹ “3.35 Toda pérdida directa o indirecta en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno les sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.”

⁴² “3.36 Toda Pérdida proveniente de o que tenga origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas.”

⁴³ “3.38 Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad”.

SEGUROS COLOMBIA S.A., habían emitido Willis Towers Watson Colombia Corredores de Seguros S.A., R&G Espinosa y el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, “*como parte del proceso del Centro Comercial Los Molinos (...) contra la señora Astrid Lorena Pérez Lara por la ocurrencia de una serie de irregularidades en el desarrollo de sus funciones como Tesorera del Centro Comercial.*” El mencionado informe complementario tenía como objetivo “*realizar una investigación con el fin de identificar y/o corroborar irregularidades presentadas en el desarrollo de los procesos administrativos desarrollados en relación con los recursos a cargo de la Tesorera del Centro Comercial Los Molinos, durante 4 años (entre 2015 y 2018) junto con las recomendaciones de controles a implementar.*”⁴⁴

El referido informe fue enviado por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** el 16 de enero de 2020. En esa oportunidad, la aseguradora le manifestó a la copropiedad lo siguiente: “*por nuestra parte, con la remisión de este informe se cumplen los compromisos acordados con ustedes por lo que no existe ninguna gestión adicional por parte de nosotros*”⁴⁵.

Mediante comunicación de septiembre de 2020, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** presentó un escrito de insistencia de siniestro y reclamación ante **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**⁴⁶. La aseguradora dio respuesta a dicha solicitud el 8 de octubre de 2020, oportunidad en la que se reiteraron los argumentos expuestos el 26 de agosto de 2019, objetando formalmente la reclamación⁴⁷.

4.3. La conducta de las partes en la etapa precontractual y contractual

Todo contrato que nace en virtud de la voluntad libre y espontánea de dos personas, parte de la buena fe, como principio rector de la relación contractual que se pregona para ambas. De ahí la necesidad en el contrato de seguro de dar información veraz del estado del riesgo a la compañía de seguros, quien asume dichos riesgos conforme a las declaraciones del tomador.

En referencia a ello, la Corte Constitucional en sentencia C-232 de 1997, señaló lo siguiente: “*Como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe*”.

⁴⁴ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 10, SBS – Informe Fase II CCLM – diciembre 2019.

⁴⁵ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 10, Carta remisión informe complementario.

⁴⁶ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 24, Reclamación SBS Seguros. CCLM VF.

⁴⁷ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta No. 01. 129447 PRUEBAS VIRTUALES RADICADAS CON LA DEMANDA INICIAL, Anexos SBS SEGUROS, Anexo 25, Reclamación SBS Seguros. CCLM VF.

En la Sentencia T-902 de 2013, se establecieron los siguientes criterios, a saber: “(i) no estipular condiciones indeterminadas, ambiguas o vagas que actúen en contra de los intereses del asegurado; y si las integran al contrato, (ii) deberán interpretarse a favor del adquirente por virtud del principio pro consumatore, el cual es una figura que permite proteger a los usuarios de los contratos de seguro y propender por la eliminación de todos los elementos que generan inseguridad en la ejecución del contrato”. Criterios que, como se dijo, pretenden la protección de ambos contratantes al momento de la suscripción del seguro, hasta el momento en que se pretenda hacer efectiva alguna o todas las coberturas contratadas.

No obstante, continuando con las consideraciones contenidas en el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral de Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo contra Mapfre Seguros Generales De Colombia S.A. (Caso 15891), se esboza lo siguiente:

“la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adular o desvirtuar la voluntad plasmada en él’ (CCLV, 568). A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios – o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, ‘los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural’ (se destaca), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa.”

En la etapa precontractual como contractual, para el caso que nos ocupa, las partes eran concedoras de las condiciones generales y particulares del seguro, esto es, de sus coberturas y exclusiones, al punto de que fueron objeto de varias renovaciones, sin que hubiera lugar a inconformidad manifiesta por alguna de las partes. Tanto es así, que, mediante varias comunicaciones enviadas por el corredor de seguros Willis Towers Watson a la compañía de seguros, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, solicitó la renovación del Contrato de Seguro No. 1000116 en los mismos términos en que la respectiva póliza venía siendo expedida, lo cual fue debidamente aceptado por la compañía de seguros, tal y como se reseñó en apartado anterior de esta providencia.

En la comunicación sostenida entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, y la compañía de seguros con la intermediación del corredor de seguros Willis Towers Watson, no hubo manifestación alguna frente a la ubicación de las coberturas y/o exclusiones pese a

que se presentaron varias renovaciones y dentro de ellas, la adición de nuevas exclusiones y la modificación de algunas garantías por exclusiones, por lo que no es de recibo para el Tribunal la alegación del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, respecto su ineficacia por su ubicación, según se explicará más adelante.

A luz de lo dispuesto en el artículo 863 del Código de Comercio “*Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen*”.

Lo anterior, supone que ambas partes actúen con fundamento en dicho principio, comportándose con probidad, honestidad, rectitud y transparencia, evitando, por ende, generar incumplimientos que deriven en una responsabilidad precontractual y que conlleven a una reparación de los perjuicios que por dicha circunstancia se generen.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

*“Abora bien, nótese que para ninguna de las tesis doctrinales antes reseñadas cobra relevancia jurídica la entrega de la póliza, de certificados o anexos y, ello es así por razón que con la modificación que el artículo 1º de la Ley 389 de 1997 le hiciera al artículo 1036 del Código de Comercio, **el contrato de seguro pasó de ser solemne a simplemente consensual**, eliminándose la póliza como signo objetivo de su celebración y perfección, se impone admitir que dicho documento, se redujo a servir solamente de medio probatorio y, por lo tanto, hoy en día carece de la importancia que le señala el artículo 1066 ibídem, en cuanto a tener la fecha de su entrega como punto de partida para el conteo del mes siguiente que el tomador del seguro cuenta como plazo máximo para el pago de la prima, ello por razón que hoy por hoy la expedición de ese documento no tiene significado de perfección del contrato de seguro, de allí que su entrega al tomador carece de relevancia sustancial⁴⁸”.*

En el caso particular, se presume que ambas partes contratantes suscribieron el contrato bajo la premisa de la buena fe, dando cumplimiento a las exigencias correspondientes, empero, teniendo en cuenta que existe discusión frente al contenido de la póliza en cuanto a la ubicación de las exclusiones y coberturas, cabe mencionar lo señalado por Hernán Fabio López Blanco, al referirse a la prueba documental escrita que, *grosso modo*, advierte la posibilidad de que se entienda suscrita una póliza de seguros cuando en ella confluyen la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato de seguro, requisitos sin los cuales no puede entenderse probado el contrato de seguro⁴⁹. Nótese que dentro de las exigencias para la existencia del contrato no se hace referencia alguna a las coberturas y exclusiones, con lo cual no se les resta importancia, sino que simplemente se aclara la postura frente a la obligatoriedad

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de diciembre de 2021, expediente SC5290-2021 (2012-00268-01). M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁴⁹ Comentarios al Contrato de Seguros (2004), Autor: Hernán Fabio López Blanco. Pág. 39.

de que se consignen en la primera página de la póliza, dándose libertad probatoria para hacer valer el amparo afectado.

4.3.1. Deberes y obligaciones

Resalta el Tribunal la existencia de especiales deberes que enmarcan el comportamiento de las partes en el contrato de seguro, tanto deberes de prestación como deberes secundarios de comportamiento, siendo especialmente relevantes los de informar e informarse, los que más destacan su especial característica de ser un contrato basado en la ubérrima buena fe, y sobre los que, para el presente debate, resulta pertinente realizar un análisis particular.

La declaración del estado del riesgo en los términos dispuestos por el artículo 1058 del Código de Comercio demarca el principal deber de información en cabeza del tomador del seguro, por cuanto que, a partir de ello, el asegurador, a quien se le hará traslado del mismo, puede conocer los hechos y circunstancias que determinan su estado con base en lo cual se estipulan las condiciones del contrato. Esta declaración, en riesgos relacionados con la Infidelidad de empleados, se materializa usualmente (como efectivamente ocurrió con el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** para los años 2013 y 2019⁵⁰) a través de un cuestionario dispuesto por la aseguradora y orientado por el mercado de reaseguro, que por la especialidad del riesgo que se asume, busca recabar información precisa y detallada sobre la condición financiera de la entidad, su sistema de compras, régimen de auditorías, controles de inventarios, cuentas bancarias, personal, seguridades físicas y controles, entre otras circunstancias.

Tan relevante es dicha información para la determinación del estado del riesgo, que su reticencia o inexactitud son severamente castigadas por el legislador con la nulidad relativa del contrato o al ajuste de la indemnización, en caso de siniestro, a su real estado. Así mismo, ostenta el tomador o el asegurado el deber de mantener el estado del riesgo durante la vigencia del contrato, de tal forma que, si se presenta una variación o agravación, la misma deberá ser notificada a la aseguradora y en la medida en que ello fuese omitido, se puede llegar a producir la terminación del contrato (artículos 1058 y 1060 del Código de Comercio). Paralelo a ello, las normas de protección al consumidor financiero, establecidas en la Ley 1329 de 2009 así como en el Estatuto del Consumidor y las circulares emitidas al respecto por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, en particular la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, han desarrollado una serie de derechos y obligaciones en cabeza del consumidor financiero que si son analizadas igualmente bajo el prisma del carácter profesional y empresarial de una

⁵⁰ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Contestación, Formulario IRF. Entiende el Tribunal que existen dos solicitudes de seguro. Una, de enero 10 de 2013 y otra, del 10 de abril de 2019. Según lo consignado en esta declaración, se viene trabajando este tipo de póliza desde el año 2007.

entidad asegurada -como ocurre en el caso que se analiza-, se erigen como elementos de un sistema armónico de equilibrio para el correcto desarrollo del contrato.

La citada Ley 1328 de 2009 en su artículo 6⁵¹ establece las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros, entendidas como auténticos deberes entre los que se destaca el siguiente: “*b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.*”

Atañe este aspecto, de manera especial, a la conducta que debe observar un profesional dedicado como en este caso, al comercio, que ostenta específicos manuales de procedimiento para la gestión jurídica y de seguros⁵² de su organización, a través de los cuales evidencia y deja en claro su profesionalidad y rigurosidad para la concreción de sus contratos, en este caso, el de seguro, con las limitaciones, exclusiones y garantías a las que volitivamente puede acceder.

No obstante, la misma norma deja en claro que el no ejercicio de estas prácticas propias en manera alguna implica la pérdida o desconocimiento de derechos ni es eximente para las entidades vigiladas, en este caso, la aseguradora, del cumplimiento de sus obligaciones especiales, entre las que se encuentra la de “*c) Suministrar información comprensible y publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de sus productos y servicios ofrecidos en el mercado.*” Este deber no es ni puede ser absoluto, y en igual sentido no podrá interpretarse, desde la arista del consumidor, como un derecho omnímodo e ilimitado. Como se ha expresado, al tomador-asegurado, en especial al que ostenta un distintivo carácter profesional, le asiste el deber y la carga de informarse.

⁵¹ “**Artículo 6º. Prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros.** Las siguientes constituyen buenas prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros:

b) Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.

Parágrafo 1º. El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes. De igual manera, no excime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros.

Parágrafo 2º. Los consumidores financieros tendrán el deber de suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran. Del mismo modo, informarán a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.”

⁵² Expediente Digital, Pruebas Virtuales, Anexos SBS Seguros, Anexo No. 22, Procedimientos administrativos, gestión jurídica y de seguros.

4.3.2. Principio de la buena fe contractual y del *in dubio pro consumatore* en el contrato de seguro.

El seguro ha sido reconocido universalmente como un contrato de especial buena fe o de “*ubérrima buena fe*”, en atención a la estricta aplicación de dicho principio ya que no solo indica la manera como debe analizarse la conducta de las partes frente al cumplimiento de los deberes contractuales, sino también frente a los efectos jurídicos de su incumplimiento. Por ello, en el contrato de seguro se predica una lealtad recíproca de las partes frente al acuerdo de voluntades, la cual, en caso de vulneración, aparece como un elemento moderador de los efectos mismos del contrato, al determinar la existencia o inexistencia de todos o de parte de estos en el momento de la declaración del estado del riesgo por parte del tomador, o posteriormente, al no cumplir con sus respectivos deberes de información⁵³.

El principio de buena fe en Colombia, encuentra consagración en la propia Constitución Nacional, artículo 83: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas*”.

Igualmente, el principio se encuentra recogido en los artículos 1603 del Código Civil⁵⁴ y 871 del Código de Comercio, y debe estar presente en todas las fases del *iter* contractual, pues inicia desde las mismas tratativas, según lo ordena el canon 863 del Código de Comercio al establecer que “*las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual*”, y se extiende hasta la fase posterior a la terminación del contrato.

La Corte Constitucional considera el principio de buena fe un principio que se erige como un pilar del contrato de seguro, comoquiera que en él se realizan declaraciones que están directamente relacionadas con los riesgos que se habrán de asumir por parte de la aseguradora, así como con las condiciones del contrato, que se sujetan a parámetros de lealtad y honestidad desde su celebración hasta su ejecución, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de adhesión (Sentencia T-086, 2012).

Ahora bien, el *in dubio pro consumatore* en el contrato de seguro conforme al artículo 34 de la Ley 1480 de 2011, es proteccionista frente al consumidor al establecer que las condiciones generales de las pólizas de seguro serán interpretadas y aplicadas de la forma más favorable al consumidor, de tal suerte que, si llegare a existir una contradicción entre cláusulas, prevalecerán

⁵³ Naturaleza jurídica del contrato de seguro y sus implicaciones en el régimen de reticencia e inexactitud de la información, como causal de nulidad relativa, por dolo o culpa del tomador. Autora: Paula Lorena Casadiego Leal. Universidad de los Andrés. Maestría de Derecho Privado. 2018.

⁵⁴ C.C. Artículo 1603. “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella*”. C. de Co. Artículo 871. “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

aquellas que sean más favorables al consumidor. Por lo anterior, la carga procesal pasa a estar en cabeza de la entidad aseguradora, al considerarse que está en mejor posición contractual.

Al respecto, le Ley 1480 de 2011 indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 34. INTERPRETACIÓN FAVORABLE. Las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor. En caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 129 de 2018 incluyó la interpretación *pro consumatore* dentro de un catálogo de reglas aplicables cuando en la respectiva relación se presenta una asimetría entre las partes, señalando lo siguiente:

“Específicamente en tratándose de contratos de adhesión, como lo es el de seguros, está la interpretación «pro consumatore» o favorable al consumidor (art. 78 Constitución Nacional); la «contra preferentem» en virtud de la cual las cláusulas ambiguas dictadas por una de las partes debe interpretarse en su contra (art. 1624 ib); la de confianza del adherente, según la cual las disposiciones deben comprenderse en su acepción corriente o habitual desde el punto de vista del destinatario; entre otras (sentencia citada).”⁵⁵

Se trata por tanto de una regla de interpretación que está llamada a ser aplicada cuando, en primer lugar, el carácter adhesivo del contrato se manifiesta en la imposibilidad que haya tenido el asegurado de discutir los términos del contrato de seguro por cuanto que las condiciones son dispuestas por la aseguradora y, en segundo lugar, cuando para el intérprete es insoslayable la ambigüedad y ausencia de claridad en los términos empleados.

4.3.3. La intervención del corredor de seguros en la formación y desarrollo del contrato.

La Real Academia de la Lengua, máximo referente para efectos de hallar el sentido lingüístico o usual de las palabras o los conceptos, ha definido al corredor de seguros de la siguiente manera:

“Corredor de seguros. 1. m. Agente mediador en el contrato de seguro”.

Por su parte, el artículo 1340 del Código de Comercio, lo define en los siguientes términos:

“Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de febrero de 2018. M.P. Aroldo Wilson Quiróz Monsalvo.

negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”

Conceptos de los que se puede extraer su función principal como mediador o intermediario en la relación contractual para la suscripción del seguro, papel que en el caso particular fue desempeñado por Willis Towers Watson.

Más adelante, el artículo 1347 del Código de Comercio, específicamente se refiere a ellos de la siguiente forma:

“Son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador.”

Este precepto sirve de marco a la actividad de Willis Towers Watson dentro del proceso precontractual, contractual e incluso post-contractual de los actores dentro del presente proceso arbitral.

El artículo 1341 del Código de Comercio, establece que los corredores tienen derecho a la remuneración por la gestión que hayan realizado:

“ARTÍCULO 1341. <REMUNERACIÓN DE LOS CORREDORES>. El corredor tendrá derecho a la remuneración estipulada; a falta de estipulación, a la usual y, en su defecto, a la que se fije por peritos.

“Salvo estipulación en contrario, la remuneración del corredor será pagada por las partes, por partes iguales, y la del corredor de seguros por el asegurador. El corredor tendrá derecho a su remuneración en todos los casos en que sea celebrado el negocio en que intervenga.

Cuando en un mismo negocio intervengan varios corredores, la remuneración se distribuirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario.”

Es sabido que, con anterioridad al perfeccionamiento de los contratos, se adelantan unos tratos preliminares tendientes a definir los términos en los que una persona haría una oferta a otra y en los que ésta profiere su aceptación. Y “[e]n el contrato de seguros, como en toda convención sinalagmática existe un proceso preliminar de elaboración que da comienzo a una serie de tratos, conversaciones y deliberaciones entre asegurado y asegurador hasta culminar en la firma de la póliza”⁵⁶.

⁵⁶ “BENÍTEZ DE LUGO, Raimundo. *Tratado de Seguros. Volumen I* Pág. 133 REUS, Madrid 1955”. Citado en: Barrera Tapias, Carlos Darío, “La formación del consentimiento en el contrato de seguros”, ACOIDESE 40 años, Bogotá, D.C., 2001, Pág. 3.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de agosto de 2000, señaló al respecto lo siguiente:

(...) En este orden de ideas, la Corte considera que sólo en la medida en que se verificara una actividad dirigida a ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación, que es la actividad intermediadora que establece el artículo 1347 del C. de Comercio, se estaría en presencia de un contrato de corretaje. Otras funciones, entre ellas la asesoría para la elaboración del pliego de licitación (sic), puede adicionar o complementar la actividad del corredor, pero per se y aisladamente consideradas, no pueden estructurar el contrato de corretaje. De modo que la asesoría así prestada... correspondería con independencia de su eficacia a un contrato de prestación de servicios o a otro de naturaleza similar, pero no a uno de corretaje, pues se repite como colofón, las labores propias del corredor como actividad subsiguiente a la asesoría para la elaboración del pliego de licitación, no se logran verificar, así sea cierto que el resultado de la convocatoria pública haya sido la celebración de diferentes contratos de seguro con varias compañías aseguradoras”⁵⁷

Observa el tribunal que, de conformidad con los hechos narrados en la demanda y en la contestación, las actuaciones de Willis Towers Watson, respecto del contrato de seguros perfeccionado entre **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, fueron debidamente aceptadas por ambas partes, deduciendo que su actuar estuvo conforme a las directrices que le fueron encomendadas, es decir, las actuaciones del corredor Willis Towers Watson se sitúan tanto en la fase precontractual del contrato de seguro como en la ejecución y desarrollo del mismo, pues, además, hizo parte de las negociaciones de las coberturas y exclusiones consensuadas entre las partes, de la renovación de la póliza e incluso tuvo conocimiento del siniestro y de su reclamación antes que la misma compañía de seguros, dando cumplimiento al ejercicio de su labor de intermediación sin que ello implique que sus actuaciones dentro de la negociación lo hubieran hecho parte del contrato.

No obstante, dada la envergadura de la intervención del corredor Willis Towers Watson en el proceso de la referencia, no puede dejarse de lado la importancia que tuvo dentro del proceso y que su intervención fue tal, que logró varias renovaciones de la misma póliza, en esencia con las mismas condiciones salvo algunas modificaciones en torno a exclusiones y garantías, ante lo cual se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El corredor Willis Towers Watson, si bien no hizo parte del contrato de seguro, de su intermediación dependía la suscripción de la póliza, enmarcando su actividad en el artículo 1340 del Código de Comercio.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de agosto de 2000. Expediente 5383, M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

2. Inicialmente su actuación puede considerarse acorde con su función, pues logró el fin principal como corredor que es la suscripción de la póliza, en la esfera de su actividad como lo dispone el artículo 1347 del Código de Comercio.
3. Dentro de sus funciones como corredor está el deber de información, que adquiere mayor relevancia como transmisor de la misma para ambas partes; es el emisario del cual depende la formación del criterio tanto para el asegurador como para el asegurado con miras a la concreción de la negociación y quien conoce, de primera mano, el alcance del riesgo, el interés asegurable, así como las coberturas y exclusiones.
4. Para ambas partes, tomador y asegurador, se puede derivar una confianza razonable de que el corredor transmite información clara y veraz.
5. En el caso particular, Willis Towers Watson como corredor debía transmitir con absoluta claridad los amparos y exclusiones establecidos en la póliza, propuestas por la aseguradora, siendo esto punto de partida de las diferencias que se presentaron entre las partes

Sin embargo, es dable mencionar que, si el siniestro hubiera tenido lugar en la primera vigencia de la póliza, la pretensión de inaplicación de las exclusiones por la ubicación de las mismas dentro del documento, tendría probablemente un tinte distinto a la que debe tener para el momento en que se presentó la reclamación y se objetó el siniestro, cuando se tiene que existieron varias renovaciones de la póliza de infidelidad.

Dichas renovaciones dan cuenta de la seguridad que tenía el tomador frente a la suscripción de la póliza, y que la misma había sido contratada en debida forma, dejando de lado la posibilidad de pretender la inaplicación de las exclusiones, sobre todo si desde el inicio de la relación contractual hubo negociación frente a algunos amparos y exclusiones, y posterior a ello las diferentes renovaciones se dieron con las mismas condiciones pactadas al inicio de la relación aseguraticia.

Ahora bien, puede notarse que el corredor de seguros es un prestador de servicios integral para ambas partes; dentro de dicha integralidad el corredor debe brindar información sin causar perjuicio a una parte o a la otra, sin tomar partido por una u otra, no obstante la dificultad que la realidad practica ello conlleva, partiendo de la premisa según la cual es el tomador-asegurado quien nombra al corredor de seguros y paga a la postre su remuneración una vez se concrete el negocio, ya que uno de los componentes de la prima de seguro es la comisión de seguro que devenga el corredor.

Así las cosas, podría comenzar a entenderse o a asumirse la labor del corredor, ya no como de simple intermediación, pues su intervención en el sector asegurador es más de índole profesional proveyendo servicios calificados de asesoría en el tratamiento, manejo y administración de riesgos, que de simple información.

Así las cosas, se desprende de las relaciones entre los contratantes y el corredor, un deber de dar información completa a las partes del contrato de seguros. Y en desarrollo del tracto sucesivo que para el corredor conlleva el acompañamiento al asegurado quien lo nominó y para la aseguradora que lo aceptó, se observa como deber importante el de proveer lo necesario para que el asegurado entienda a plenitud la mejor manera de trasladar el riesgo a la aseguradora, bien contratando un seguro convencional, especial, con niveles de retención (deducibles, franquicias, etc.) acorde a su realidad patrimonial, actuarial o estadística, y en igual sentido, proveer lo indispensable para que los productos que ofrece el mercado de seguros se acoplen o acomoden al riesgo conocido y estudiado que soporta el asegurado, de tal forma que logre que las condiciones del contrato de seguro, para riesgos especializados como el de la infidelidad de empleados de un sector específico de la economía, sin desconocer la generalidad de las condiciones de contratación, corresponda a un análisis concreto y particular de dicho riesgo.

4.3.3.1. Carácter vinculante de sus actuaciones

Los intermediarios de seguros son agentes fundamentales en el mercado de seguros, por lo que sus funciones cada vez se vuelven más especializadas en busca de satisfacer las necesidades tanto de consumidores de seguros como de las compañías aseguradoras⁵⁸.

De acuerdo con pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se ha definido el contrato de corretaje, así:

“Por su virtud, una parte llamada corredora, experta y conocedora del mercado, contrae, para con otra denominada cliente, encargante o proponente, a cambio de una comisión, la obligación de gestionar, promover, inducir y propiciar la celebración de un negocio, poniéndola en conexión con otra u otras, sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con alguna de ellas”⁵⁹.

Conforme lo ampliamente expuesto en puntos anteriores, se evidencia que las normas y la jurisprudencia definen la figura del corretaje, en esencia, como un simple intermediario entre las partes. No obstante, resulta fundamental su intervención, toda vez que sus actos

⁵⁸ Análisis Jurisprudencial “La Intermediación y el Contrato de Seguros”. Jonh Freddy Moran Cubides. Universidad Javeriana. 2014, página 22.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1253-2022 de 26 de abril de 2022. Radicación: 11001-31-03-028-2002-00972-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

comerciales y la información que suministran determinan en últimas la celebración o no del contrato de seguro:

“Para el legislador el concepto de parte se predica en forma exclusiva de aquellas personas que comparecen a celebrar el negocio jurídico de seguro; la parte es el estipulante, quien expresa el consentimiento durante el proceso de formación del contrato. El contrato de seguro es bilateral y los dos extremos de dicha relación son el tomador y el asegurador. De esta primera aproximación se deduce claramente que los mal llamados productores de seguros, agentes, agencias o corredores no son parte en el contrato de seguro porque estos sujetos solo cumplen la función de acercar a las partes tomadora y aseguradora para que celebren el negocio jurídico de seguros”⁶⁰.

La importancia de la función de intermediación del corredor, en aspectos tales como la colocación, asesoramiento, investigación y demás, son elementales para que asegurador y asegurado tengan la certeza de encontrarse celebrando un contrato con el lleno de los requisitos legales. Si bien es cierto no es parte del contrato de seguro, su función como analista y recopilador de información para la evaluación de un particular riesgo o grupo de riesgos, bien desde la arista del asegurado o la del asegurador, son determinantes para la cesión del riesgo, las condiciones de aceptación y suscripción y, por ende, para el correcto desarrollo de las prestaciones a las que se obligan una u otra parte.

Tan determinante es su participación, que obligaciones del asegurado como el pago de la prima se materializan usualmente a través del corredor, la entrega de la póliza y sus condiciones y en algunos casos hasta el pago de los siniestros. De ahí que, respetando las fronteras que existen entre uno y otro contrato, el de seguro y el de corretaje, muchas de las prestaciones del primero, se desarrollan por conducto y en función de los compromisos adquiridos en desarrollo del segundo.

Para el caso en concreto, el Tribunal advierte que la información que suministró Willis Towers Watson fue crucial para que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, celebrara el contrato de seguro con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, y lo mantuviese renovado durante más de 6 años, tal y como ya se ha precisado.

4.3.3.2. Deber de información y asesoramiento por parte del corredor de seguros.

En el mercado asegurador, como ya se dijo, en lo que se refiere a la suscripción de pólizas de seguros, pueden intervenir como intermediarios el agente, los agentes y los corredores de seguros, figuras que vienen reguladas por la legislación mercantil y las normas expedidas por la Superintendencia Financiera. Dichos intermediarios son los encargados de identificar las

⁶⁰ Zornosa Prieto, Hilda Esperanza, “Las partes en el contrato de seguros”, ACOEDESE 40 años, Bogotá, D.C., 2001, p. 11.

necesidades de cada usuario y de ofrecer pólizas que se ajusten a ellas, es decir, que amparen la ocurrencia de ciertos riesgos.

Existe entre el tomador y el agente, agencia y/o corredor una relación que tiene como finalidad alcanzar la suscripción del seguro realizando un acercamiento entre tomador y compañía de seguros. El corredor, conforme a los artículos 1340 del Código de Comercio y 40 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, está facultado para ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación, esto es, a facilitar el encuentro de dos o más sujetos que tienen la voluntad de contratar.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, que: *“el corredor puede realizar las siguientes funciones sin que le sean obligatorias: “a) buscar a la persona interesada en negociar con el comitente dentro de las condiciones y propósitos contractuales de éste; b) comunicar a la parte interesada, una vez hallada, la voluntad del comitente de concretar el negocio e indagar las intenciones de aquél respecto de los términos de la oferta; c) trabajar el ánimo de la contraparte si no se muestra a llevar a cabo el negocio; d) transmitir la aceptación del cliente al comitente y persuadir a éste, en caso necesario, sobre los términos del negocio convenido por el corredor. En todas estas etapas de intermediación aparece bien caracterizado el papel del corredor...”*⁶¹.

Así mismo, señala la Corte que el corredor, como simple intermediario, no es un mandatario. *“No tiene la representación del comitente, ni realiza ningún acto jurídico por cuenta de éste. Su intervención se limita a actos materiales para aproximar a los contratantes a fin de que éstos perfeccionen por sí mismos el negocio...”*⁶².

El corredor, como profesional revestido de especiales conocimientos en materia de seguros, reconocido como tal por la Superintendencia Financiera, y sometido a su inspección y vigilancia, asume deberes de información propios y connaturales a su actividad, que se materializan en proveer asesoría a quien lo nombra y designa como intermediario, esto es, al asegurado titular de los riesgos, respecto de la manera y forma más óptima de protegerlo de las contingencias a las que está expuesto, basados en las opciones de aseguramiento que proporciona el mercado de las compañías de seguros. En función de sus conocimientos y experiencia, el tomador- asegurado confía, no solo en su *expertise* sino en la más transparente transmisión de información respecto de las condiciones de aseguramiento (coberturas, exclusiones, garantías, deducibles, precio, principalmente) que el mercado ofrece para su particular riesgo, a través del corredor. Y apelando al conocimiento del riesgo, el corredor pide, solicita y exige al asegurador, la adecuación de sus productos de seguro a las particulares condiciones del riesgo que se le pretende trasladar, con lo cual asume igualmente deberes de

⁶¹ La Intermediación y el Contrato de Seguros. Análisis Jurisprudencial. Autor: Jonh Moran Cubides. Universidad Javeriana. 2014.

⁶² Corte Suprema de Justicia, sentencia de Casación Civil, 6 de octubre de 1954, G.J. No. LXXVIII, pág. 861, reiterada en Sentencia de Casación Civil de 13 de abril de 1955, G.J. No. LXXX, pág. 13.

información hacia el asegurador. En sentido material y en el mundo moderno de los negocios, son los valores agregados que ofrece la intermediación, su real justificación y la base sobre la cual los consumidores de seguros acuden a sus servicios; representan para el asegurador y el asegurado o tomador, tal grado de confiabilidad que son sus consejos y orientaciones los que definen, no solo en función del valor de las primas, sino de las condiciones de cobertura, solidez, respaldo, entre otras, las decisiones de aseguramiento.

Observa el Tribunal que la firma Willis Tower Watson, nominada como corredora de seguros por la Convocante, venía desarrollando la función arriba descrita, según declaró el señor Nelson Gallego, funcionario de esa firma corredora, así:

“Pero después se fue convirtiendo ya en una renovación que no era todo automático, sino que se esperaba hasta el momento de la renovación del programa de seguros para compartirlo con el asegurado, en este caso con la doctora Johanna Castrillón, estaban otros funcionarios, ustedes me van a disculpar, no los recuerdo bien, estaba un señor Jaime que era de la parte administrativa y bueno, había otras dos personas, uno de control de riesgos y abí me van a disculpar, pero toda esa información no la recuerdo, pero vera como un grupo con el que inicialmente se compartía su información, algunas, no en todas las reuniones estaba todas esas personas que le digo, podían estar dos, podían estar tres o podían estar los cuatro y se hacía todo un proceso de renovación.

“En efecto esta póliza se contrató con SBS en su momento y teniendo en cuenta que el centro comercial, lo que conozco, lo que conocí del centro comercial era una entidad que cuidaba sus bienes, cuidaba, seguía recomendaciones y pues incluso en esas reuniones que sosteníamos por renovación a ellos por parte de nosotros como corredor de seguros, les indicábamos qué seguros habían en el mercado, qué necesidades podían tener cuando salió el seguro de infidelidad de riesgos financieros, cuando salió el seguro de riesgos cibernético, cuando salió el seguro de directores y administradores, pues todo eso seguro se les informaban y este fue uno que ellos efectivamente tomaron.

“Incluso recuerdo que en otros centros comerciales nos tocó atender este tipo de cosas y era conocido en el sector, en el gremio el tema de los fraudes y la necesidad de pólizas como estas, en efecto, como asesor en Willis Towers Watson, funcionario de Willis, pues una de las funciones era reunirnos con ellos y mostrarles este tipo de seguros e informarles cómo se contrataba.”⁶³ (se destaca)

De manera particular da cuenta cómo las pólizas eran objeto de revisión por parte de Willis Towers Watson:

“DR. HINCAPIÉ: [00:41:42] Muchas gracias. Don Nelson, se me viene una pregunta adicional a este tema, ¿usted recuerda haber recibido de SBS la póliza completa con amparos y exclusiones en el

⁶³ Expediente Digital. Carpeta Pruebas, Subcarpeta Transcripciones, Testimonio del Señor Nelson Darío Gallego Ríos. Audiencia del 23.03.2022- 00:8:47.

año 2015 y en las posteriores renovaciones? Eso teniendo en cuenta que usted participó, no solamente en la primera emisión de la póliza, sino en un número importante de renovaciones posteriores, ¿usted recuerda si SBS le entregó a usted o a alguien de Willis la póliza completa con amparos o exclusiones, o alguna vez hubo alguna, si lo recuerda, alguna queja al respecto con relación a que la póliza como tal hubiese sido entregada no completa?

“SR. GALLEGO: [00:42:34] No, las pólizas, luego de darle la autorización a la compañía de seguros de expedir la póliza con previa autorización del centro comercial, al interior de Willis se revisaban las pólizas, es parte del proceso, se revisaban las pólizas que estuvieran expedidas acorde a la negociación, la negociación o acorde a la instrucción que se dio a la compañía de seguros de expedición.”

Y su labor de asesoría, contempló valores agregados de transmisión de información, tales como capacitación sobre el contenido y alcance de las coberturas, exclusiones, garantías, así:

“DR. HINCAPIÉ: [00:43:25] ¿Y usted recuerda, señor Gallego, si al interior de Willis se le brindó alguna vez una capacitación, charla, explicación al Centro Comercial Los Molinos acerca de cómo funcionan los amparos, cómo funcionan las exclusiones, cómo funcionan las garantías en ese tipo de seguro?

“SR. GALLEGO: [00:43:43] Sí, sí, por supuesto, por supuesto que esas condiciones se analizaban, por supuesto que sin recordarlo específicamente para que contrataran el seguro y usted me recordó ahora que fue en el 2015 que se contrató el primer seguro, las condiciones de para qué funcionaba, para qué servía ese seguro y cuáles eran las condiciones específicas, pues había que informarlas, si se compartían y se socializaba con la parte administrativa del centro comercial.

“DR. HINCAPIÉ: [00:44:18] ¿Usted recuerda quiénes eran sus interlocutores al interior del Centro Comercial Los Molinos, no, los nombres? Si lo recuerda.

“SR. GALLEGO: [00:44:22] Recuerdo a la doctora Johanna específicamente, pero yo creo que hubo cambios en la parte administrativa, en los directores, pero no recuerdo bien en su momento quién estaba, si todavía estaba Jaime, el coordinador administrativo, no lo recuerdo si ya estaba ahí o si había alguien antes, si había otra persona.”

Y en ese sentido, como proveedor de asesoría e información profesional y especializada, debe observarse la relevancia que sus actuaciones tuvieron para el asegurado y el asegurador.

4.4. Las conductas de la empleada Astrid Lorena Pérez como constitutivas de siniestro a la luz del seguro de infidelidad y riesgos financieros contratado y la Ley

4.4.1. Posición de la demandante

La Demandante considera que se encuentra acreditado el siniestro y su cuantía. A tal efecto señala que se realizó una auditoria a la contabilidad de la Demandante por Auren Consultores, la que encontró incompatibilidades entre la realidad financiera y contable de la Propiedad Horizontal y la información registrada en la contabilidad y otros documentos de esta. Dicha firma identificó que había una diferencia entre los saldos de las cuentas corrientes y de inversiones (Fiducuenta) del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** según lo registrado en la contabilidad y los saldos que aparecerían en los extractos reales, lo que a 31 de diciembre de 2018 da una diferencia de dos mil cuatrocientos dieciséis millones seiscientos noventa y seis mil novecientos cincuenta y seis pesos moneda legal (\$2.416.696.956).

Expresa que la señora Astrid Lorena Pérez aceptó haber cometido el fraude y entregó al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** bienes por valor de Doscientos Setenta y Cuatro Millones Ochocientos Setenta y Dos Mil Pesos Moneda Legal (\$274.872.000).

Añade que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, junto con sus asesores, ha podido identificar que Astrid Pérez Lara en el ejercicio de sus funciones como Tesorera se apropió indebidamente de Mil Setecientos Setenta Millones Cuatrocientos Dieciséis Mil Quinientos Cuarenta y Dos Pesos Moneda Legal (\$1.770.416.542), (luego de descontar la cifra entregada por la tesorera al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**).

Señala que el fraude en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** lo cometió la ex tesorera Astrid Lorena Pérez durante los años 2016, 2017 y 2018, tal y como ella misma lo confesó, por medio de las siguientes modalidades: manipulación y falsificación de extractos bancarios del banco Davivienda de las cuentas corrientes Nos. 039369999824 y 039369999964; manipulación y falsificación de los encargos fiduciarios del banco Davivienda Nos. 60703039300092462, 60703039300012429; manipulación de facturas de EPM y falsificación del sello de pagado del banco; manipulación de cheques; apropiación de dineros en efectivo obtenidos del recaudado de parqueaderos; apropiación de dineros recaudados en eventos realizados en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**; falsificación de soporte de consignación de estos; y apropiación de cuotas de administración de los copropietarios Clínica Menta y Zimbabwe pagadas en efectivo.

Expresa en relación con la manipulación de extractos bancarios que la señora Astrid Lorena Pérez en calidad de Tesorera recibía de contabilidad las facturas de servicios públicos de EPM, le solicitaba a Edda Giovanna Castrillón que le suministrara cheques con la excusa de que se

requerían para un pago urgente de servicios públicos; luego, diligenciaba los cheques para el supuesto pago de servicios públicos a nombre de otra persona y una vez girados los cheques eran endosados a favor de Astrid Lorena Pérez Lara con esta misma instrucción, esto es, cobrarlos y realizar el pago en efectivo de las correspondientes facturas. No obstante, muchos de estos cheques la señora Pérez los cobraba y se apropiaba total o parcialmente del dinero, esto es, no realizaba el pago de las facturas, dejándolas de pagar en ese mes; no pagaba todas las facturas, pagándolas solo parcialmente; o se apropiaba del mayor valor por el que había diligenciado el(los) cheque(s), una vez pagadas las facturas del respectivo mes de manera completa.

Agrega que Astrid Lorena Pérez modificaba los extractos mensuales de las cuentas bancarias dejando solo los retiros por cobro de cheques que se correspondían con las facturas que había asentado en la contabilidad, eliminando de los extractos los retiros por cobro de cheques de los que se había apropiado, para que no quedara un doble gasto o retiro, y modificando el valor de los retiros por cobro de cheques que aparecían por un mayor valor al de las facturas.

Señala respecto del recaudo de parqueaderos que, en algunas ocasiones, la señora Astrid Lorena Pérez recibió del Coordinador de Parqueaderos lo recolectado durante el día con la tarea de custodiarlo hasta que ATLAS pasara por el dinero. La señora Astrid Lorena Pérez aprovechaba esta situación, cancelaba vía correo electrónico el servicio de ATLAS para recoger el dinero y se quedaba, en consecuencia, con el dinero recolectado.

Así mismo, la Convocante señala que la señora Astrid Lorena Pérez Lara recibió en efectivo el pago de varias cuotas de administración de algunos copropietarios y no los aplicó a la cartera del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, sino que se apropió del dinero.

Agrega que la señora Astrid Lorena Pérez se encargaba de la custodia de los dineros recaudados por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en los eventos que realizaba, y se apropió de algunos de los recaudos del año 2018. Agrega que en los extractos que reposaban en contabilidad aparecían las consignaciones, pero estas no se encontraron al verificar los extractos bancarios originales. Afirma que la señora Astrid Lorena Pérez falsificó las consignaciones.

Señala la demandante que el siniestro está acreditado a través la transcripción parcial de los descargos de la ex tesorera Astrid Lorena Pérez, quien confesó haber cometido el fraude. Sobre este documento la parte demandada no hizo manifestación alguna tendiente a su desconocimiento, tacha o solicitud de ratificación. Agrega que adicionalmente se aportaron las grabaciones completas de dichos descargos.

Se refiere al *“Informe parcial CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.- marzo 2019”* del ajustador nombrado por la aseguradora, y en el que calcula los faltantes para el Centro Comercial, que arrojan un mayor valor que el pretendido en este proceso. Agrega que este informe establece y da por ciertos los hechos constitutivos del fraude o siniestro. Así, por ejemplo, a partir de la página 11, parte final, cuando señala los eventos de fraude y se hace una descripción de los mismos. Agrega que en la página 12 expresamente se señala que existió manipulación por parte de la funcionaria Astrid Lorena Pérez Lara y se señala la diferencia entre los saldos en los bancos y el saldo final modificado.

Igualmente, para acreditar el siniestro se refiere a los diferentes documentos aportados al proceso y a las certificaciones presentadas por la firma AUREN CONSULTORES S.A.S. como resultado de su auditoria.

Agrega que otra prueba del fraude es el documento denominado *“CONTRATO DE TRANSACCIÓN PARCIAL Astrid Lorena Pérez LARA – CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.”*, en el cual la señora Astrid Lorena Pérez expresamente acepta su responsabilidad en los hechos y que como muestra de buena voluntad conviene en indemnizar a la víctima de manera parcial.

Se refiere también a la declaración de la señora Erika Álzate, empleada de la firma AUREN CONSULTORES MEDELLÍN S.A.S., en particular en relación con las cuotas de administración en mora y las conductas realizadas en esta materia.

Señala que la cuantía de la pérdida se probó en el proceso, para lo cual refiere al informe que fue elaborado por DELOITTE ASESORES Y CONSULTORES Ltda. para la aseguradora, a los extractos, cheques, comprobantes de egreso y consignaciones.

Señala que el monto del fraude se prueba con las tres certificaciones presentadas por la firma AUREN CONSULTORES S.A.S., de diciembre de 2018, febrero de 2019, y del año 2020, que aparecen aportadas con la demanda, y con todos los documentos de la carpeta Anexos del Fraude.

Igualmente hace referencia al dictamen elaborado por la doctora Gloria Zady Correa y a las observaciones que sobre el mismo plantea la Demandada y a las aclaraciones que hizo la perita en la audiencia de contradicción, para señalar que los comentarios que se hacen no afectan las conclusiones de la perita.

4.4.2. Posición de la Demandada.

La Demandada sostiene que no está demostrada la cuantía y la extensión de la pérdida o esta no se encuentra acreditada.

Expresa que la señora Pérez solo reconoció haberse apropiado de recursos para adquirir un carro y un apartamento. Adicionalmente se refiere a lo expuesto por el perito Jorge Arango quien al referirse al dictamen de la contadora Gloria Zady Correa, señala que no hay hechos, no hay registros, no hay exámenes, no hay experimentos, no hay ejemplos que dentro del documento permitan sostener si, en efecto, esas opiniones de apropiarse, de hurtar, de manipular, desfalcar corresponden al actuar de la señora tesorera. Destaca adicionalmente que la señora Correa Palacio en su declaración señala en relación con quien realizó las conductas lo siguiente: “*SRA. CORREA: [00:39:52] (...), quién las hizo, no tengo ni idea (...)*”.

Agrega que no se puede predicar la existencia de pérdidas con ocasión del traslado de fiducias a cuentas corrientes, porque la señora Astrid Lorena Pérez Lara, no podía retirar dineros directamente de las fiducias, sino que los mismos debían ser trasladados a las cuentas corrientes.

Así mismo sostiene que no se acreditó el mecanismo de apropiación y la cuantía de la pérdida presuntamente derivada del cobro de cheques con soporte en la elaboración de facturas de servicios públicos fraudulentas.

Señala que las salidas de dinero desde las cuentas corrientes del asegurado, ascienden sólo a \$1.133.331.548, si se tiene en cuenta que dicho monto se compondría, conforme a lo expresamente consignado en la página 10 del precitado “dictamen pericial”, por una parte, de los débitos de la Cuenta Corriente No. 039369999824 que ascienden a la suma de \$127.000.000, y, por otra parte, de los débitos de la Cuenta Corriente 039369999964 que ascienden a la suma de \$1.006.331.548. Destaca que esa suma resulta mucho menor y diferente a los dineros presuntamente extraídos mediante el cobro de cheques en cuantía de \$1.640.876.092 según lo expresamente manifestado por el accionante en la demanda.

Sostiene que el mecanismo de apropiación presuntamente utilizado por Astrid Lorena Pérez Lara mediante el cobro de cheques supuestamente destinados al pago de facturas de servicios públicos falsificadas, que es referenciado tanto por la señora Correa Palacio, como por Auren Consultores Medellín S.A.S., resulta incongruente temporalmente por las siguientes consideraciones:

- En que los primeros cheques se cobraron fraudulentamente el 1 de agosto de 2016, sin embargo la falsificación de la factura sería de febrero de 2016.

- Hay ausencia de acreditación de la magnitud de la presunta pérdida por este concepto, y agrega que con la Carpeta No. 13 de los “Anexos Fraudes” sólo se allegaron los soportes correlativos a las Facturas de Servicios Públicos de EPM No. 2416865, No. 2765822, No. 3889897 y No. 3880808, con lo cual resulta IMPOSIBLE COMPARAR contra cualquier otro documento las Facturas de las Cuentas de Servicios Públicos No. 3880812, No. 9206864, No. 9520880, No. 10704931, No. 10704957, No. 10710771, No. 11169935, No. 11169937 y No. 11204651 contenidas en la Carpeta No. 12 de los “Anexos Fraudes”, esto es, aquella donde se incorporaron las facturas presuntamente modificadas por la empleada infiel, no siendo posible establecer cuál sería el alcance de la presunta falsificación de aquellas.
- Agrega que el total de las Facturas de Servicios Públicos de EPM No. 2416865, No. 2765822, No. 3889897 y No. 3880808 contenidas en la Carpeta No. 12 de los “Anexos Fraude” allegada con la demanda, esto es aquellas cuentas en las cuales existen documentos contra los cuales contrastar las diferencias en la Carpeta No. 13 de los "Anexos Fraude", asciende única y exclusivamente a la suma de Ciento Cincuenta y Cinco Millones Noventa y Cinco Mil Ochenta y Dos pesos (\$155.095.082).
- Igualmente hace referencia al informe de la firma ajustadora R&G que señala que el mecanismo así referenciado y presuntamente utilizado para la apropiación de sumas de dinero, no resulta suficiente para explicar las presuntas pérdidas sufridas por el Centro Comercial por el cambio de cheques, pues no sólo el valor de las facturas falsificadas es menor al de los cheques cobrados, sino que, conforme se indica en la página 10 de su informe final de ajuste: *“No fue posible determinar qué soportes se utilizaron para elaborar estos cheques, según las versiones del Asegurado y de la administradora, en efecto, se utilizó como soporte los servicios públicos domiciliarios, entre otros los de EPM?”.*

Señala así mismo que al revisar el total de las facturas que habrían sido falsificadas a lo largo del año 2016 se tiene que las mismas ascienden conjuntamente a la suma de Ochocientos Veintidós Millones Novecientos Dos Mil Setecientos Ochenta y Nueve pesos (\$821.902.789), monto que resulta más de tres (3) veces superior a lo que sostiene la propia convocante en el hecho 5.40. de la demanda fue la pérdida por este concepto para el mismo periodo en cuantía de Doscientos Ochenta y Ocho Millones Ochocientos noventa y Siete Mil Novecientos Cincuenta y Nueve pesos (\$288.897.959) con lo cual se pone, cuando menos, en tela de juicio la veracidad de las manifestaciones conforme con las cuales todos los documentos de la Carpeta No. 12 de los “Anexos Fraude” serían realmente fraudulentos.

Agrega que en la demanda, más específicamente en el hecho 5.40., se indica que se presentó una pérdida por concepto de cobros fraudulentos, mediante este mecanismo, en cuantía de

Cuatrocientos Seis Millones Ciento Tres Mil Ochocientos Treinta y Cinco pesos (\$ 406.103.835) durante el año 2017, sin embargo, una vez revisadas las facturas visibles en la Carpeta No. 12 de los “*Anexos Fraude*” que según la convocante dan cuenta de las “*Facturas Modificadas*”, no se evidencia que una sola de estas facturas se encuentre fechada para dicha anualidad.

De igual manera, se referencia en dicho apartado del escrito petitorio que la apropiación de sumas de dinero valiéndose de este mecanismo para el año 2018, habría ascendido a la suma de Novecientos Veintiún Millones Trescientos Diez Mil Doscientos Veinticuatro Pesos (\$921.310.224); no obstante, al revisar la carpeta con los presuntos soportes de las facturas con fundamento en las cuales se habrían obtenido los cheques se observa que sólo se allegan una serie de documentos, cuya falsedad no se encuentra acreditada, para los meses de marzo y septiembre por lo que hay una diferencia de \$644.625.939 entre lo indicado en el hecho 5.40. de la demanda y los valores consignados en los documentos referenciados como soportes.

Agrega que si se tomaran en consideración TODOS y CADA UNO de los valores consignados en los archivos visibles en la Carpeta 12 de los “*Anexos Fraude*” (lo cual se insiste no debería ser de recibo pues no se acredita de ninguna forma que los documentos allí arrimados sean, por una parte, falsos y, por la otra, que correspondan efectivamente a una real pérdida) el valor de los mismos sólo ascendería a Mil Doscientos Treinta y Siete Millones Setecientos Catorce Mil Ciento Setenta y Dos Pesos (\$1.237.714.172), esto es una suma notablemente inferior a los Mil Seiscientos Cuarenta Millones Ochocientos Setenta y Seis Mil Noventa y Dos Pesos (\$1.640.876.092) que se sostiene en la demanda fueron sustraídos utilizando cheques para el pago de servicios fraudulento.

Agrega que la señora Edda Giovanna Castrillón, antigua administradora de la copropiedad, en sus descargos refirió que estos cheques también se utilizaron para el pago a personas naturales que no tenían registradas sus cuentas.

De otra parte, señala que no se pudo corroborar que los extractos falsificados correspondan al soporte de los cheques, debido a que la cantidad reflejada en los mismos no es concordante con el valor por el que se giraron los cheques que fueron endosados a nombre de la tesorera, por lo que no se puede afirmar que los mismos se hayan soportado para ser girados en servicios públicos.

Se refiere al total de las facturas que habrían sido falsificadas en el 2016 y señala que su monto es tres veces el que sostiene la Convocante.

Expresa que en la demanda, más específicamente en el hecho 5.40., se indica que se presentó una pérdida por concepto de cobros fraudulentos, en cuantía de \$ 406.103.835 durante el año

2017; sin embargo, una vez revisadas las facturas visibles en la Carpeta No. 12 de los “Anexos Fraude” que según la convocante dan cuenta de las “Facturas Modificadas” no se evidencia que una sola de estas facturas se encuentre fechada para dicha anualidad.

De igual manera, señala que en dicho apartado del escrito petitorio se expresa que la apropiación de sumas de dinero valiéndose de este mecanismo para el año 2018, habrían ascendido a la suma de \$921.310.224, no obstante, al revisar la carpeta con los presuntos soportes de las facturas con fundamento en las cuales se habrían obtenido los cheques, se observa que sólo se allegan una serie de documentos cuya falsedad no se encuentra acreditada.

Así mismo, destaca que las alteraciones a las facturas relacionadas en el Hecho No. 5.42. corresponden con una disminución del valor a pagar por las mismas, tal y como se desprende de la literalidad de lo allí consignado, en donde por ejemplo se manifiesta que el valor real de la factura del Contrato de Servicios Públicos No. 2765822 de febrero de 2016 asciende a la suma de \$19.571.296, al tiempo que se indica que el documento falsificado refleja un valor de \$10.882.340; con lo cual no resulta claro, ni puede explicarse, cómo dicha supuesta falsificación habría sido utilizada para cobrar mayores valores mediante el canje de cheques con la finalidad de apropiarse de las diferencias de valores, cuando el importe del documento modificado es menor o inferior al valor real de la factura.

Resalta que la ausencia de acreditación de una pérdida por concepto del canje o cobro de cheques, presuntamente obtenidos con fundamento en facturas falsas, resulta aún más clara, cuando adicionalmente se evidencia que conforme a lo indicado en los descargos rendidos con ocasión del descubrimiento del fraude por la señora Edda Giovanna Castrillón, antigua administradora de la copropiedad, los cheques no sólo eran utilizados para el pago de servicios públicos, sino también para cancelar en efectivo obligaciones reales adquiridas con personas naturales y/o las prestaciones laborales de algunos empleados quienes no figuraban formalmente en la nómina de la entidad y/o la contabilidad, como era el caso del hermano de la administradora, pero cuya vinculación era públicamente conocida y aceptada por los miembros del Consejo de Administración y la Revisoría Fiscal.

Señala que tampoco se encuentra acreditado, de forma alguna, que la totalidad de los cheques que sostiene la convocante se corresponden al valor perdido hubiesen sido cobrados y apropiados por la señora Astrid Lorena Pérez Lara, puesto que basta una simple revisión a la relación de cheques obrante en el plenario para establecer que hay un cheque que no fue endosado a la empleada sino que según el anverso aparece consignado en la cuenta corriente de la demandante; otros cheques fueron endosados por los representantes legales de la copropiedad y no por la tesorera; otro cheque fue endosado al Centro Comercial y/o la señora Pérez simplemente confirmó la operación; otro cheque fue hecho efectivo por la señora Sandra Upegui, quien no ha sido relacionada con el fraude, sin que en el anverso de este

aparezca endoso o autorización alguna de la señora Astrid Lorena Pérez Lara, y otro cheque fue emitido para pago en favor del señor Cristian Osorio Vidal, fue endosado y cobrado por la señora Maribel Maya, quien no fue relacionada con el fraude, con lo cual es claro que no pudo haber sido objeto de apropiación por la empleada presuntamente infiel. Además, otros cheques si bien fueron endosados por el señor Cristian Osorio a la señora Astrid Lorena Pérez, fueron finalmente cobrados por la señora Maribel Maya a quien se le endosaron con posterioridad, tal y como consta en su anverso en donde se aprecia clara e inequívocamente que esta es la última firma o nombre que se consignó en los mismos. Otro cheque referenciado en la demanda y sus anexos como cobrado fraudulentamente por la extesorera, fue canjeado real y concretamente por la señora Maribel Maya.

Expresa la Convocante que no se ha acreditado a la fecha la existencia de una real pérdida y/o, cuando menos, la extensión y cuantía de la presunta infidelidad y, mucho menos, en concreto, la apropiación de los dineros correspondientes a cheques cobrados por la tesorera que hubieran sido emitidos bajo la excusa de pagar facturas de servicios públicos falsas, puesto que en desarrollo del trámite de este proceso se ha limitado simplemente a hacer pasar como falsos y fraudulentos todos los cheques con los que la extesorera hubiese podido tener alguna relación, sin acreditar en momento alguno que aquella se hubiese adueñado de las sumas en cuestión.

Por otra parte, señala que no se acredita la pérdida presuntamente sufrida por la convocante por concepto de parqueaderos. A tal efecto destaca que según el informe rendido por Auren Consultores Medellín S.A.S. de fecha 04 de febrero de 2019, es claro que la administración de los parqueaderos se entregó a partir del 15 de julio de 2018 (esto es con anterioridad a la fecha en que se alega fue descubierto el fraude) a una compañía externa, a saber, The Parking S.A.S. De lo anterior se desprende que para dicha fecha la extesorera aun desarrollaba sus funciones, sin que con posterioridad a la misma hubiese podido apropiarse de dinero alguno correspondiente al recaudo de parqueaderos. Señala entonces que no se explica cómo pudo haber cancelado supuestamente la recogida de sumas de dinero por arte de **Atlas** y apropiarse de las mismas en los intervalos comprendidos entre el 16 al 21 de julio de 2018 y el 24 al 31 de julio de 2018, pues dichas fechas son posteriores a la entrega de la operación a la precitada compañía externa e independiente.

Además, señala que es cuestionable que se incluya como parte de la pérdida total, la suma de \$7.545.300 presuntamente dejada de consignar el 05 de enero de dicha anualidad, pues dicha fecha se encuentra por fuera del rango en el que se sostiene expresamente por la Convocante se dio la apropiación.

En cuanto a la pérdida por cuotas de administración señala que solo un comprobante tiene la firma de la señora Pérez.

En lo que se refiere a las pérdidas de ingresos por eventos señala que ningún valor puede otorgarse a los documentos denominados como “INFORME DE VENTAS_ DINOFOSSIL PARK 2018” (Anexo Fraude No. 21) e “INFORME DE VENTAS_ SUPER HEROES 2018” (Anexo Fraude No. 22), esto es las supuestas pruebas de la apropiación de dineros de eventos, pues tales archivos resultan inadmisibles bajo el ordenamiento jurídico patrio, pues fueron elaborados única y exclusivamente por el accionante para utilizarlos como prueba.

En cuanto a la acreditación del valor real de la recuperación realizada por la copropiedad con fundamento en los bienes entregados por la empleada presuntamente infiel, expresa que las sumas referenciadas no corresponden con la realidad de lo recibido por la Convocante, pues el vehículo automotor fue entregado, conforme consta expresamente en el contrato de transacción allegado al proceso por la propia convocante, por la suma de \$55.000.000 y no por la suma de \$50.000.000 sostenida en el escrito petitorio. Adicionalmente, el señor Rodrigo Muñoz Menéndez, en su calidad de Presidente del Consejo de Administración del Centro Comercial para la fecha de los hechos objeto de discusión, declaró que la recuperación del Centro Comercial habría sido mucho mayor a lo manifestado por la Convocante quien señaló que en total recibieron como 330 millones de pesos.

Agrega que la parte actora en ningún momento del proceso ha aportado, pese a que ello fue objeto de expresa solicitud, los documentos tendientes a acreditar los valores por los que fueron vendidos dichos inmuebles o los negocios jurídicos celebrados para su enajenación.

4.4.3. Consideraciones del Tribunal

El contrato de seguro celebrado entre las partes y contenido en la póliza número 1000116 tiene el siguiente amparo:

“CONDICIÓN 1. – AMPAROS

“SBS COLOMBIA SE COMPROMETE A INDEMNIZAR AL ASEGURADO LAS PÉRDIDAS QUE SE DESCUBRAN, POR PRIMERA VEZ, DURANTE LA VIGENCIA DEL PRESENTE CONTRATO DE SEGURO Y QUE HAYAN OCURRIDO DESPUÉS DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA Y DE ACUERDO CON CADA UNO DE LOS AMPAROS EXPRESAMENTE SEÑALADOS EN LA MISMA, EN LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PREVISTOS PARA CADA UNO DE ELLOS Y HASTA EL VALOR ASEGURADO ESTIPULADO EXPRESAMENTE EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA.

1.1. INFIDELIDAD DE EMPLEADOS SBS COLOMBIA SE COMPROMETE A INDEMNIZAR AL ASEGURADO LAS PERDIDAS QUE SUFRA COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE O ACTO DESHONESTO COMETIDO POR ALGÚN EMPLEADO, YA SEA QUE ACTÚE SÓLO O EN COLUSIÓN CON OTROS. SIEMPRE QUE DICHOS ACTOS SEAN COMETIDOS CON LA INTENCIÓN MANIFIESTA/PRINCIPAL DE CAUSAR QUE EL ASEGURADO INCURRA EN DICHA PÉRDIDA O DE OBTENER LUCRO FINANCIERO PARA ELLOS MISMOS Y ES DESCUBIERTO POR EL ASEGURADO POR PRIMERA VEZ DURANTE LA VIGENCIA DEL PRESENTE CONTRATO”.

De conformidad con la póliza, para que pueda proceder una reclamación con fundamento en el referido amparo se requiere que exista una pérdida, que la misma sea consecuencia del fraude o acto deshonesto de algún empleado, que puede actuar sólo o en colusión con otros, y que dicho acto se haya realizado con la intención principal de causar al asegurado la pérdida u obtener un lucro financiero.

Desde esta perspectiva debe recordarse que de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

Procede entonces el Tribunal a examinar si se encuentran acreditados los diferentes elementos que constituyen el siniestro.

A este respecto considera necesario el Tribunal analizar, por una parte, la conducta del empleado y, por la otra, la pérdida.

4.4.3.1. La conducta del empleado

En relación con este aspecto es pertinente destacar que el amparo puede operar cuando la pérdida es el resultado del obrar de algún empleado del asegurado.

En este punto existen dos aspectos que merecen destacarse: por una parte, quién debe realizar la conducta y por la otra, qué características debe tener esa conducta para que pueda dar lugar a que se produzca un siniestro.

En este punto se aprecia que la póliza exige que la conducta sea de “algún” empleado. A este respecto debe observarse que el Diccionario de la RAE define la expresión “alguno” y a tal efecto indica: *“1. adj. indef. Expresa que no se conoce o no se desvela la existencia de aquello denotado por el nombre al que modifica. ¿Quiere alguna cosa? En algunos países los presupuestos sociales son altos.”*

Lo anterior implica que para establecer la existencia del siniestro puede acreditarse quién fue el empleado que incurrió en la conducta, pero también puede acreditarse que aún cuando no se conoce exactamente cuál fue el empleado que incurrió en la conducta, está claro que la misma fue obra de un empleado.

A este respecto la doctrina internacional ha señalado⁶⁴ que este amparo está dirigido a cubrir también el caso del empleado no identificado, partiendo de la base de que normalmente todos los empleados están cubiertos, por lo que no es necesario identificar el empleado concreto que realizó la conducta, siempre que se acredite que se trató de un empleado⁶⁵.

Señala la doctrina⁶⁶, que ha analizado la jurisprudencia de otros países en esta materia, que si bien es la carga del asegurado probar cada elemento del siniestro, las cortes normalmente concluyen que en la medida en que el asegurado pueda razonablemente probar que la pérdida es causada por la falta de honestidad de un empleado, la aseguradora no puede negar el reclamo por el solo hecho que el asegurado sea incapaz de identificar el responsable concreto.

Otro aspecto que es importante señalar es que el amparo también opera cuando el empleado actúa en colusión con otros. Señala el Diccionario de la RAE que la colusión es el “[p]acto ilícito en daño de tercero”. Como quiera que el amparo no limita quienes pueden ser las otras personas con las cuales el empleado se colude, y no exige que sean empleados, pueden ser terceros. En efecto, si se considerara que la colusión tiene que ser con un empleado sobraría la regla, pues el amparo que solo se refiriera a los empleados lo cubriría.

Por otro lado, debe demostrarse que la conducta debe consistir en un fraude o un acto deshonesto, es decir, según el Diccionario un acto contrario “*a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete*”.

Desde esta perspectiva debe observarse que obra en el proceso la declaración rendida por la señora Astrid Lorena Pérez, quien era la tesorera de la Demandante y empleada de la misma. En su declaración la señora Pérez reconoció la conducta fraudulenta que desplegó y que consistió, por una parte, en falsificar los extractos de las cuentas de la entidad demandada y, por la otra, en apropiarse de recursos de la Demandante.

En efecto, en la declaración que rindió extraprocesalmente y que fue aportada al proceso la señora Pérez manifestó⁶⁷:

⁶⁴ Frank Mays Hull THE ABCs OF UNIDENTIFIABLE EMPLOYEE COVERAGE. The Forum (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law) Vol. 15, No. 5 (Summer 1980), pp. 948-966.

⁶⁵ Mays Hull, Ob. Cit. Pág. 949.

⁶⁶ Mays Hull Ibídem

⁶⁷ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Virtuales Demanda, Anexos SBS Seguros, Anexo No. 12.

“PREGUNTA: *Quiere contarme lo que paso, cronológicamente, ¿Cómo empezó? ¿Desde cuándo?*

“RESPUESTA: *Si señor. La fecha exacta no sé, desde el año pasado o finales del 2016, veníamos con problemas de cartera. Se hizo todo, se llamaba, se le mandaba cartas, pues porque de eso sí tengo yo todo, se enviaba correos, ¿cierto? Algunos pagaban, otros no. Cometí el error, inicialmente cometí el error, de falsificar los extractos. Qué hacía yo en los extractos, no me robaba la plata, qué hacía yo en los extractos, nosotros manejamos cuatro cuentas, ¿cierto?, una de las cosas que hacía era que sumaba cantidades de dineros a los extractos como si los hubieran pagado, pero eso lo colocaba yo, esa plata no existía, nunca existió. Yo esa plata se la aplicaba, por ende los extractos o las cuentas bancarias se veían elevadas, pero realmente esa plata nunca había entrado.*

“PREGUNTA: *¿Cuál era el propósito de eso Astrid?*

“RESPUESTA: *O sea el propósito de eso era que con esa plata yo disminuía la cartera, como si entrara la plata. Ese fue mi primer y peor error que cometí. Entonces comencé a hacer eso.*

...

“PREGUNTA: *Okey y ¿para qué?*

“RESPUESTA: *Para mostrar un informe de cartera baja”.*

Igualmente señaló que se hacían transferencias de las cuentas fiduciarias a las cuentas corrientes. También señaló que se hacían cheques para cambiarlos y pagar en efectivo los servicios públicos, pero en tal caso los servicios públicos no se pagaban en su totalidad, sino en parte, y posteriormente se hacía otro cheque para terminar de pagar. A tal efecto señaló:

“PREGUNTA: *Esta es la parte hasta aquí, diría yo Astrid, la parte fácil, ahora ¿Cuándo se empezó a desviar el dinero del centro comercial a la situación que tenemos ahora?*

“RESPUESTA: *Bueno entonces, después de eso, la fecha exacta no se la puedo decir, no se pagaron unos servicios públicos, unos servicio público no se pagaron totalmente, la fecha no, no recuerdo, pero los servicios públicos no se pagaron en su totalidad Entonces se sacó un cheque para cubrir, primero se sacó el cheque para pagar los servicios por el total de lo que tenían que pagarse ¿cierto?, al no pagarse, entonces saqué otro cheque para terminar, o sea lo que me había gastado para terminar de completar los servicios.*

“PREGUNTA: *Pero vení, ¿el cheque se hizo con todas las formalidades o por qué lo pudiste cobrar si se suponía que era para servicios públicos?*

“RESPUESTA: *O sea como se hacían los cheques, los cheques de servicios públicos se elaboraban a nombre de algún auxiliar en el momento que estuviera conmigo, ¿cierto?, pasaron tres auxiliares*

conmigo, entonces se hacían a nombre del auxiliar no se hacía a nombre mío, o sea era un cheque que era cobrado al portador.

“...

“PREGUNTA: Bueno pero tú haces entonces el cheque a nombre de un auxiliar y ¿entonces te lo endosaste?

“RESPUESTA: Sí, señor.

“PREGUNTA: Ahora sí entiendo. ¿Y entonces la misma factura se deja viva y tu vuelves y la pagas?

“RESPUESTA: Sí, o sea en el paquete que inicialmente sale con todas las facturas, esa factura obviamente no está paga. Después cuando saque el cheque se pagó la factura, la factura se pagó a tiempo.

“PREGUNTA: Pero no a tiempo... ¿o sea porque ya venía por dos?

“RESPUESTA: No, o sea me refiero a que a tiempo es antes del vencimiento.

“PREGUNTA: Pero ¿Cuál?, ¿la nueva o tu hiciste el pago antes del vencimiento?

“RESPUESTA: Antes del vencimiento para que no se generara una doble factura.

“...

“PREGUNTA: El primer pago del que te apropiaste fue antes del vencimiento, al vencimiento hiciste el otro pago.

“RESPUESTA: Hice el otro pago y anexé la factura y en el primer pago quedó el soporte de la factura cancelada.

“PREGUNTA: Ok, perfecto. Ese fue el caso, entonces cuéntame cómo siguió lo otro, porque hay unos retiros muy altos que no son de cuentas de servicios, sino de algo más alto.

“RESPUESTA: Bueno, entonces, el retiro mas alto fue también de unos servicios, los servicios no se pagaron, esos servicios sí no se pagaron.

“PREGUNTA: ¿De cuánto fue este primero?

“RESPUESTA: *No la verdad, no, pues la verdad no tengo.*

“PREGUNTA: *¿Cuánto fue este que me dices más alto?*

“RESPUESTA: *Como de 120 millones creo que fue que don Rodrigo nos dice. ¿Cierto?*

“PREGUNTA: *¿Entonces con ese otro se hizo lo mismo?*

“RESPUESTA: *Sí, se hizo lo mismo, entonces se pagó, se pagaron los servicios públicos*

“PREGUNTA: *Ok, entonces con esa cuenta de servicios también se procedió igual. Muy bien.”*

De esta manera, la señora Pérez reconoció que realizó un acto fraudulento que consistió en hacer girar cheques a nombre de una persona natural con el objeto de cobrarlos para pagar en efectivo los servicios públicos del Centro Comercial. Pero realmente cuando se cobraba el cheque no se pagaba la totalidad de los servicios públicos, sino una parte, la señora Pérez se apropiaba de las sumas que no se destinaban al pago de los servicios públicos. Posteriormente se hacía otro cheque para pagar los servicios públicos. De esta manera señora Pérez se apropiaba de parte de los recursos inicialmente destinados al pago de servicios públicos.

Para el Tribunal lo anterior acredita una conducta fraudulenta de la señora Pérez. En efecto, la señora Pérez señala expresamente **“YO SÉ QUE ROBÉ”** y después dice **“YO ROBÉ”**⁶⁸.

Es pertinente señalar que el amparo exige que se haya actuado con la intención principal de causar al asegurado la pérdida u obtener un lucro financiero. Dicho requisito se encuentra plenamente acreditado en el presente caso, pues como lo reconoció en su declaración, con su conducta la señora Pérez obtuvo recursos para comprar un apartamento y un carro, que después acordó entregar a la Demandada para reparar el perjuicio causado.

Ahora bien, a este respecto debe observarse que como ya se dijo si bien la señora Pérez señaló cuando le preguntaron⁶⁹: *“En cuanto estima usted esto en todo el tiempo Lorena?...CONTESTO: La verdad yo no sé...”*, en todo caso en su declaración indicó que con los recursos compró un apartamento que *“costó 314 millones”*, y una camioneta que costo *“60 pico millones”*, y que para la compra de este automóvil su papá *“sacó un crédito de 30 millones”* y lo demás le dijo a su esposo

⁶⁸ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA4 minuto 3:32

⁶⁹ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA2 minuto 11.59

que se pagaba por cuotas mensuales. Es decir que de la señora Pérez reconoce que se apropió de \$314 millones del apartamento más \$30 millones del carro, esto es \$344 millones.

En esta medida está acreditado que existió un acto fraudulento o deshonesto de un empleado del asegurado realizado con la intención de obtener un provecho.

4.4.3.2. La pérdida.

Como quiera que la Demandante presentó para acreditar la pérdida, además de otros elementos probatorios, un dictamen pericial respecto del cual la Demandada ha planteado una serie de objeciones y reparos, considera el Tribunal que en primer lugar debe analizarse el valor probatorio del dictamen y una vez establecido el mismo, determinar cuál es la pérdida acreditada en el expediente.

4.4.3.2.1. Los reparos al dictamen presentado por la Demandante para acreditar la pérdida

La Demandante aportó con su demanda un dictamen pericial con el fin de acreditar la pérdida sufrida.

La Demandada ha sostenido que dicho dictamen no puede ser tenido en cuenta por las siguientes consideraciones: i) porque no satisface algunos de los requisitos que establece el artículo 226 del Código General del Proceso; ii) porque el perito no observó el Código de Ética de que trata la ley 1673 de 2013; y iii) porque el dictamen tiene errores y defectos.

Procede entonces el Tribunal a examinar los defectos que invoca el apoderado de la Demandante.

4.4.3.2.1.1. El incumplimiento de los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso

La Demandada señala que el dictamen pericial no satisface los requisitos del artículo 226 del Código General del Proceso por las siguientes razones:

- Porque omite *“(..). explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones’ con lo que sin lugar a dudas el documento bajo estudio carece de respaldo en torno a las conclusiones a las cuales arriba, pues los análisis técnicos ‘presuntamente realizados’, no son susceptibles de comprobación”*.

- Porque el dictamen pericial “deberá contener la ‘(...) 1. Identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración’ (Destacado fuera del texto original), por lo que es claro, conforme a la disposición precitada, que en el dictamen pericial debe consignarse expresamente si en la elaboración del documento se contó con la participación de un tercero con fines de contrastación, contradicción y transparencia, situación que tal y como se desprende de la integridad del documento no fue establecida”.
- Porque “no se indica ‘(...) 3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración (...)’, circunstancia que tampoco habría sido cumplida respecto de los eventuales intervinientes en la elaboración del documento pues los mismos no fueron siquiera referenciados y, por lo tanto, no consta en el aludido ‘Dictamen’ su profesión u oficio”.
- Porque al dictamen “deberán acompañarse ‘(...) los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y **los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional técnica o artística**’ (Destacado fuera del texto original), obligación que tampoco fue satisfecha por la señora **Gloria Zady Correa Palacio**”.

Sobre el particular considera el Tribunal:

El artículo 226 del Código General del Proceso determina los requisitos que debe contener el dictamen pericial.

Sobre estos requisitos la Corte Suprema de Justicia ha precisado que las falencias o carencias del dictamen no son suficientes para impedir su recaudo, pues el análisis está reservado a la sentencia, en la cual debe motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe.

En tal sentido en sentencia del 3 de marzo de 2021⁷⁰ expresó dicha Corporación lo siguiente:

“De modo que el análisis acerca del cumplimiento o no de los requisitos enlistados en el citado precepto 226 corresponde a una actividad propia del momento en que se dirime la controversia, razón por la cual la ausencia de los mismos no da lugar al rechazo automático de dicho medio de convicción. Esto es, a que se impida su ingreso al proceso, puesto que los únicos motivos que llevan a esa determinación son los referidos en el artículo 168 ídem, huelga reiterar, respecto de «las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles». Y no existe disposición especial en materia de experticia que autorice excluir la prueba por esa razón.

“La doctrina ha percibido lo mismo que la Corte señala. Por ejemplo, Jordi Nieva Fenoll al respecto sostiene que (...) el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC2066-2021. Radicación N° 05001-22-03-000-2020-00402-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia.

“Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. (...) -Resalta la Corte- (2010. La valoración de la prueba. Marcial Pons. Pág. 292).

Nótese que el autor muestra cómo las imperfecciones del dictamen producirán efectos para el momento de «tomarlo en consideración», actividad que no ocurre sino para el tiempo de la definición del litigio.

Lo mismo se extrae de una lectura cuidadosa del Código General del Proceso. Ciertamente en el artículo 235, al reglamentar lo concerniente a la «imparcialidad del perito», se estipuló:

El perito desempeñará su labor con objetividad e imparcialidad, y deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes.

Las partes se abstendrán de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando deba designar perito.

El juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana crítica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad.

En la audiencia las partes y el juez podrán interrogar al perito sobre las circunstancias o razones que puedan comprometer su imparcialidad (...) (Negrillas y subrayas de ahora).

Como puede ser visto, en lo que respecta a uno de los aspectos trascendentales de la experticia, como lo es la imparcialidad de quien la elabore, el legislador es diáfano en mostrar que dicho aspecto, de un lado, podrá ser objeto del interrogatorio del perito (contradicción en audiencia) y, del otro, será «apreciado» en el fallo, al punto que, en el evento en el que encuentre circunstancias que afecten gravemente su credibilidad, podrá negarle efectos a la misma. Todo lo cual sucede luego de que se decrete la prueba y se permita su incorporación al plenario.

En definitiva, a pesar de que la credibilidad de la pericia depende de la solidez de sus conclusiones, de la imparcialidad e idoneidad del perito, el juez no está facultado para sacar automáticamente del acervo

el informe arrimado con defectos en tales presupuestos porque las falencias o carencias del dictamen no son motivos suficientes para impedir su recaudo, pues ese análisis está reservado para la sentencia, donde deberá motivarse de qué manera esas omisiones disminuyeron la verosimilitud del informe.

Si el dictamen no puede ser excluido del plenario por falta de alguno de los requisitos que establece el artículo 226 del Código General del Proceso, es claro que no se puede prescindir del mismo totalmente al momento de fallar si no se cumplen los requisitos de dicho artículo, como lo solicita la Demandada, pues lo que debe apreciarse es si la falta del cumplimiento de estos requisitos afecta la verosimilitud del informe.

Partiendo de lo anterior, procede el Tribunal a examinar los reparos que formula la Demandante:

4.4.3.2.1.2. La omisión de la explicación de los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones.

Señala el demandante que *“se omitió, al tenor de lo dispuesto en el artículo 226 del C.G.P., ‘(...) explicar los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones’ con lo que sin lugar a dudas el documento bajo estudio carece de respaldo en torno a las conclusiones a las cuales arriba, pues los análisis técnicos ‘presuntamente realizados’, no son susceptibles de comprobación.”*

A este respecto encuentra el Tribunal que si se examina el dictamen pericial se encuentra que en el punto V, titulado Análisis de la Información, se indica que⁷¹ *“se tuvo acceso a los extractos bancarios con los cuales fueron registradas las operaciones contables de Los Molinos Centro Comercial PH,...”* y *“a los extractos bancarios suministrados por la entidad bancaria Davivienda a solicitud de Los Molinos Centro Comercial P.H. para los años 2016, 2017 y 2018 (hasta el mes de noviembre)”*. Agrega que *“Con la información señalada en los dos párrafos anteriores se procedió a hacer la conciliación mensual de los extractos bancarios, mediante el método comparativo...”*.

Por otra parte, en lo relacionado con dineros recibidos en efectivo se señala en el Dictamen que⁷² *“(d)e acuerdo con la documentación analizada, esto es, los informes diarios de caja del parqueadero y los extractos bancarios reales enviados por el Banco Davivienda, se pudo verificar que no todos los dineros recaudados fueron consignados”*.

Igualmente, en lo que se refiere a pagos de cartera en efectivo expresa el Dictamen que *“de acuerdo con la información enviada, pagaron las cuotas de administración en efectivo y no aparece la respectiva consignación en las cuentas bancarias del centro comercial”*.

⁷¹ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 8

⁷² Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 17

En cuanto a los dineros recaudados en eventos y no consignados señala el Dictamen que *“(c)orresponde a dineros recaudados en efectivo por el Centro Comercial provenientes de eventos, los cuales están documentados con consignaciones del Banco Davivienda la[s] cuales se verificaron en los extractos reales enviados por el Banco y no se encuentran abonadas tales dineros”*.

Por lo que se refiere a la Cartera dice el Dictamen que *“(d)e acuerdo con la información suministrada a la suscrita para la elaboración de este dictamen, la firma auditora contratada inicialmente realizó el proceso de confirmación de saldos de cartera con cada uno de los clientes del Centro Comercial”*.

Agregó que⁷³ *“(c)on esta información y con la información contable se procedió a realizar la comparación de la cartera de cada uno de los clientes, llegando a la conclusión que contablemente están registradas unas operaciones de pago de cuotas de administración que no son reales y que la cartera está subvalorada en la suma...”*.

En relación con las facturas de servicios públicos señaló el dictamen⁷⁴: *“(u)na vez analizadas las facturas de servicios públicos con las cuales fueron registradas las operaciones y las facturas reales enviadas por la empresas prestadoras del servicio, se puede concluir que hubo adulteración de las facturas en el sentido de que mensualmente no se pagaba la totalidad de la factura y quedaba un saldo pendiente por pagar y la señora tesorera adulteraba la factura eliminando el saldo total de la deuda, esto es, eliminando el saldo del mes anterior pendiente de pago”*.

Como se puede apreciar, es claro el método empleado por la perita que consistió básicamente en comparar la información real tomada de los extractos suministrados por la entidad financiera, informes de conciliación de cartera, información contable, e información de las facturas y compararlos con los extractos adulterados.

Desde esta perspectiva no encuentra el Tribunal que se hayan omitido los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones. Es obvio que el requisito de cuya omisión se duele la Convocada debe ser analizado de acuerdo con el tipo de experticia de que se trate y con la específica materia que sea objeto de estudio por el perito, por lo que, *n.gr.*, la exigencia de *“experimentos”* o *“investigaciones”* no puede ser igual en todos los supuestos y, por el contrario, deberá ser interpretada según las particularidades del estudio respectivo.

Por consiguiente, no encuentra el Tribunal procedente el reproche en esta materia.

⁷³ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 21.

⁷⁴ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 23.

4.4.3.2.1.3 La identidad de quien participó en la elaboración de dictamen, su profesión u oficio y los documentos que lo habilitan para su ejercicio.

Señala la demandada que existe ausencia de certeza respecto al cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 226 del Código General del Proceso, pues dicha norma dispone que el dictamen deberá contener la “(...) 1. *Identidad de quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración, por lo que es claro, conforme a la disposición precitada, que en el dictamen pericial debe consignarse expresamente si en la elaboración del documento se contó con la participación de un tercero con fines de contrastación, contradicción y transparencia, situación que tal y como se desprende de la integridad del documento no fue establecida*”.

Al respecto encuentra el Tribunal que en el dictamen claramente se señala en su introducción que “[f]ui contratada por LOS MOLINOS CENTRO COMERCIAL P.H., para analizar desde el punto de vista financiero y contable, y con base en la documentación relacionada en los párrafos siguientes, la forma cómo fueron sustraídos los dineros del centro comercial, y el valor de los mismos.”

Por otra parte, expresó que “*manifiesto bajo la gravedad del juramento, que la opinión que emito en este dictamen es independiente y corresponde a mi real convicción profesional, después de haber realizados los exámenes, investigaciones, y practicado las pruebas de auditoría a que había lugar*” (se subraya).

Así mismo agregó “*De acuerdo con los exámenes que he realizado a los documentos que se relacionan en el dictamen...*”. Expresó también que “*...la suscrita tuvo a su disposición, para examen, evaluación y consulta, las siguientes fuentes de información...*” (se subraya)

Del contenido del dictamen se desprende que fue la perita Gloria Zady Correa quien lo suscribe la persona que lo realizó, por lo que se cumplió la exigencia del artículo 226.

Respecto al incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 226 del Código General del Proceso señala la Demandada que la disposición citada exige que al interior del dictamen deberá consignarse “(...) 3. *La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración (...)*”, circunstancia que tampoco habría sido cumplida respecto de los eventuales intervinientes en la elaboración del documento pues los mismos no fueron siquiera referenciados. Agrega que el numeral 3° del artículo 226 del Código General del Proceso dispone que al dictamen deberán acompañarse “(...) *los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional técnica o artística*”

En relación con este aspecto considera el Tribunal que como ya se dijo del dictamen pericial se desprende que quien lo elaboró es la contadora Gloria Zady Correa. En el dictamen igualmente se suministra la información de la señora Gloria Zady Correa indicando que su

profesión es contadora pública, el número de su tarjeta profesional y el del Registro Abierto de Avaluadores.

Ahora bien, si se examina la ley 43 de 1990 se encuentra que de conformidad con el parágrafo 3° el artículo 3° de la misma “*En todos los actos profesionales, la firma del Contador Público deberá ir acompañado del número de su tarjeta profesional*”. En el presente caso la contadora Gloria Zady Correa indicó su número de tarjeta. A lo anterior se agrega que en la página web de la Junta Central de Contadores se puede verificar que la persona sea titular de la tarjeta profesional y que la misma está vigente.

En estas circunstancias con los mecanismos que la propia ley establece se acredita claramente la profesión de quien suscribió el dictamen y que está habilitada para ejercer dicha profesión.

4.4.3.2.1.4 El no cumplimiento del Código de Ética de que trata la ley 1673 de 2013

Señala la Demandante que el “*documento titulado como ‘Los Molinos Centro Comercial P.H.: Dictamen pericial calculo (Sic) de las pérdidas (sic) por concepto de malos manejos financieros – burto’ NO ES SUSCEPTIBLE de ser valorador en el presente trámite procesal, toda vez que al momento de elaborar y/o expedirse el mismo no se observó por parte de la persona que lo suscribió las obligaciones y derroteros del Código de Ética del que trata la Ley 1673 de 2013 -regulado y/o modificado mediante el Decreto 222 de 2014- y demás pautas normativas concordantes, mismas que en atención al tipo de valoración patrimonial que manifiesta haber realizado la señora Gloria Zady Correa Palacio, resultaban de forzosa aplicación*”.

Al respecto encuentra el Tribunal que en el curso de la diligencia de contradicción se le preguntó a la perita Gloria Zady Correa lo siguiente “*¿diga cómo es cierto, sí o no, por favor, que usted no observó el código de ética para la realización de avalúos para la realización de este estudio de acuerdo con lo previsto en la Ley 1673 de 2013?*”

La misma contestó:

“*SRA. CORREA: [00:34:43] No es cierto.*”

“*DR. VIVAS: [00:34:45] ¿No es cierto?*”

“*SRA. CORREA: [00:34:46] No es cierto, yo no estoy cometiendo ningún acto ilegal, yo estoy contando... (Interpelado)*”

“*...*”

“DR. VIVAS: [00:36:23] Perfecto, señor Presidente, muchas gracias. ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que no utilizó el Código de Ética para la realización de avalúos previsto en la Ley 1673 de 2013 para la elaboración del dictamen, sí o no, si lo utilizó o no, nada más? Pero la pregunta es asertiva.

“DR. HINCAPIÉ: [00:36:47] Doctora Gloria.

“SRA. CORREA: [00:36:49] No, no, no, me enredé con la pregunta porque ya no entiendo que me está preguntando.

“DR. VIVAS: [00:36:54] Okey, le repito la pregunta. ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que usted no utilizó el Código de ética para la realización de avalúos en la realización de su dictamen? Este Código previsto en la Ley 1673 de 2013.

“SRA. CORREA: [00:37:13] No y no porque no estoy haciendo ningún avalúo, estoy haciendo una auditoría y estoy mostrando en una auditoría qué fue lo que pasó.”

Lo que puede apreciarse de la respuesta de la perita es claramente que la misma no examinó el Código de Ética previsto por la ley 1673 de 2013. También se desprende de su reacción que ella no conoce el contenido de dicho Código.

Ahora bien, el artículo 13 de la ley 1673 de 2013 dispone lo siguiente:

“Artículo 13. Postulados éticos de la actividad de evaluador. El ejercicio de la valuación, debe ser guiado por criterios, conceptos y elevados fines, que propendan a enaltecerlo; por lo tanto deberá estar, ajustado a las disposiciones de las siguientes normas que constituyen su Código de Ética de la Actividad del Avalador.

“Parágrafo. El Código de Ética de la Actividad adoptado mediante la presente ley será el marco del comportamiento del evaluador inscrito en el Registro Abierto de Avaluadores y su violación será sancionada mediante el procedimiento establecido en el presente título, sin perjuicio de los códigos que desarrollen con base en la presente ley las Lonjas de Propiedad Raíz y las Entidades Reconocidas de Autorregulación.”

Como se puede apreciar, lo que dispone la ley es que el evaluador debe ajustarse a las disposiciones de las normas que establecen los artículos 13 y siguientes de dicho cuerpo normativo, que constituyen el Código de Ética del Avalador. Además, dispone la ley que la violación de dichas normas será sancionada de acuerdo con las reglas que ella establece.

Por consiguiente, lo realmente relevante es que el evaluador no viole las normas que establece la ley. Pero, además, esta última no establece que en caso de violación de sus disposiciones la

sanción sea la pérdida de valor del dictamen rendido, como lo pretende la Convocada. Lo que establece la ley es una serie de sanciones en su artículo 20 que incluyen la amonestación escrita, la suspensión en el ejercicio de la actividad de valuación y la Cancelación de la inscripción al Registro Abierto de Avaluadores, aspectos éstos que, obviamente, no corresponden al estudio del panel arbitral.

4.4.3.2.1.5 La existencia de errores en el dictamen

La parte demandada señala que en el dictamen pericial existen diversos errores.

A este respecto lo primero que debe observarse es que el artículo 228 del Código General del Proceso establece al regular los dictámenes periciales que *“en ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave”*.

Como se puede apreciar, el texto legal no dispone que el dictamen pericial no puede ser objetado por error grave, sino simplemente que si ello ocurre no hay lugar a un trámite especial⁷⁵. Al establecer la ley que no hay lugar al trámite especial de la objeción por error grave, admite implícitamente que la principal forma de cuestionar el dictamen pericial es estableciendo que el mismo incurre en un error grave.

En esta medida considera el Tribunal que para el análisis de los dictámenes periciales y determinar los errores que puede afectarlos es procedente acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

A este respecto conviene recordar que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente sobre el concepto de error grave:

“El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, siendo menester su verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

“Es supuesto ineludible de la objeción al dictamen pericial, la presencia objetiva de un yerro de tal magnitud ‘que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas’, que ‘(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)’ (Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939), por alterar en forma cardinal, esencial o terminante la realidad, suscitando una falsa y relevante creencia en las

⁷⁵ Hernán Fabio López. Código General del Proceso Pruebas, página 364.

*conclusiones (art. 238, n. 4, C. de P. C.), de donde, los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993. Expediente 3446)*⁷⁶

Igualmente, la Corte ha señalado, reiterando jurisprudencia anterior, lo siguiente (sentencia del 12 de agosto de 1997. Radicación 4533):

“(...) ‘si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G.J. Tomo LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desiertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven’.”

De esta manera, no cualquier yerro afecta un dictamen pericial, pues se requiere: “*que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas*”, que “*(...) si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)*” (Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939), por alterar en forma cardinal, esencial o terminante la realidad, suscitando una falsa y relevante creencia en las conclusiones (art. 238, n. 4, C. de P. C.), de donde, los errores intrascendentes e inconsistencias de cálculo, la crítica, inconformidad o desavenencia con la pericia, o la diversidad de criterios u opiniones, carecen de esta connotación por ser susceptibles de disipar en la etapa de valoración del trabajo y de los restantes medios de convicción (Sala de Casación Civil, auto de 8 de septiembre de 1993. Expediente 3446)”.

Resulta pertinente, en todo caso, precisar que en relación con los dictámenes periciales es menester distinguir dos situaciones: los casos en los que el dictamen carece de valor demostrativo porque incurre en un error grave, y aquellos casos en que si bien no se acredita un error grave, el fallador en ejercicio de su facultad de apreciar las pruebas en su conjunto, concluye que el dictamen pericial no acredita aquello que se buscaba probar con él.

Partiendo de lo anterior lo que debe determinar el Tribunal es si los yerros que invoca el demandante tienen trascendencia en este caso para privar de valor el dictamen pericial como lo indica el apoderado de la Demandada, para lo cual pasa a analizar los diversos errores que se señalan.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. sentencia de 9 de julio de 2010, Expediente 11001-3103-035-1999-02191-01). M.P. William Namén Vargas.

En primer lugar, señala la Demandada que la perito Gloria Zady Correa Palacio parte, en el documento por ella suscrito, de una serie de aseveraciones y/o premisas que, en momento alguno, acredita y/o soporta, tal y como es el caso de la atribución de la totalidad de la presunta pérdida alegada por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** única y exclusivamente a las supuestas actuaciones fraudulentas y/o criminales desplegadas y sobre todo a la apropiación por parte de la tesorera, la señora Astrid Lorena Pérez Lara.

A tal efecto el apoderado de la Demandada cita los siguientes párrafos del dictamen:

“De acuerdo con los exámenes realizados a los documentos que se relacionan en el dictamen, tanto la información contable con la información financiera fue manipulada por la señora tesorera Astrid Pérez Lara”

“4. CARTERA LOS MOLINOS CENTRO COMERCIAL P.H. (...) Si bien es cierto los Molinos Centro Comercial P.H. recupera este dinero a través de los cobros a cada uno de los clientes, para nada modifica el valor de los dineros de los cuales se apropió la señora tesorera, el efecto de las operaciones fue netamente contable”

Con el fin de precisar el alcance de las manifestaciones que hace la perito es pertinente examinar el primer párrafo que cita el apoderado de la Demandada en el contexto del dictamen. A tal efecto se encuentra que dicho texto está en la introducción del dictamen y en él se dice:

I. INTRODUCCIÓN

“El 23 de noviembre de 2018 el informe anual de la auditoría de Los Molinos Centro Comercial P.H., adelantada por la firma Auren Consultores Medellín S.A.S., presentó unos hallazgos en la información financiera y contable durante los años 2016 a 2018, en los cuales daban cuenta de los malos manejos tanto de los recursos financieros del Centro Comercial, como de la manipulación de la información contable.

“De acuerdo con los exámenes realizados a los documentos que se relacionan en el dictamen, tanto la información contable como la información financiera fue manipulada por la señora tesorera Astrid Pérez Lara.

“Fui contratada por LOS MOLINOS CENTRO COMERCIAL P.H., para analizar desde el punto de vista financiero y contable, y con base en la documentación relacionada en los párrafos siguientes, la forma cómo fueron sustraídos los dineros del centro comercial, y el valor de los mismos.”

Como se aprecia de la transcripción, el párrafo a que alude la Demandada está en la introducción del dictamen. En el párrafo anterior al mismo se hace referencia al informe de auditoría de la firma Auren Consultores Medellín S.A.S., y en el párrafo subsiguiente se hace referencia a que la contadora Gloria Zady Correa fue contratada para analizar la forma como fueron sustraídos los dineros y el valor de estos.

De lo anterior se infiere que la referencia que hace la perito Correa cuando indica que la información fue manipulada por la tesorera Astrid Pérez Lara, tiene como fuente el informe de auditoría, pero no es una conclusión propia, pues además no era el objeto propio de su trabajo.

Lo anterior se confirma si se examina que en el análisis de la información la perito expresa:

“Para la elaboración de este dictamen, se tuvo acceso a los extractos bancarios con los cuales fueron registradas las operaciones contables de Los Molinos Centro Comercial PH, extractos que de acuerdo con toda la información recibida por la suscrita, tanto de parte de Los Molinos Centro Comercial PH, como de la parte jurídica en este proceso, corresponde a información errónea, falsa, y adulterada por parte de la señora Astrid Lorena Parra Pérez, en su calidad de Tesorera, lo que llevo a afectar el saldo de las cuentas de efectivo y sus equivalentes (cuentas bancarias, cuentas de inversiones).”

Como se puede apreciar, la perita parte de la base de lo que le comunicó el Demandante en el sentido de que la información fue adulterada por la señora Astrid Lorena Parra Pérez, es decir no es una conclusión de la perita.

Finalmente, en este mismo sentido cuando la contadora Gloria Zady Correa fue interrogada en este proceso, se le preguntó por la persona que adulteró la información:

“DR. VIVAS: [00:39:07] Perfecto. Usted menciona en su declaración previa ante solicitud del Tribunal que le consta que adulteración, que hubo apropiaciones, que se perdió dinero y que una persona concreta enredó la contabilidad, ¿cómo puede usted decir que fue una persona específica, cómo le consta que fue una persona específica? No estoy cuestionando que usted encontró unas diferencias, que usted las hizo ahorita, volviéndonos a leer todo su dictamen, ¿cómo le consta quién hizo eso, usted verificó quién hizo eso?”

La contadora Gloria Zady Correa contestó:

“SRA. CORREA: [00:39:52] No, yo no verifiqué quién hizo eso, yo lo que verifico es, cuáles son las diferencias que aparecen en contabilidad y que una persona las hizo, quién las hizo, no tengo ni idea, pero que las hicieron, las hicieron y que hay diferencia y que hay pérdida de dinero...”

Por otra parte, señala el apoderado de la Demandada “*que la señora Gloria Zady Correa Palacio no realizó un ejercicio independiente de comprobación de todos y cada uno los documentos e información que le fue facilitada por el Centro Comercial los Molinos P.H., pues se limitó, como ella misma lo reconoció, a hacer uso de los estados financieros que le fueron entregados, así como algunos documentos de contabilidad y otros soportes, como del informe elaborado por Auren Consultores , que no de la totalidad de estos...*” Agrega que “*la señora Correa Palacio omitió realizar cualquier clase de análisis en relación con los papeles de trabajo de la revisoría fiscal del Centro Comercial y/o con la ejecución de esta labor, dando plena validez a los estados financieros, aun cuando los mismos no eran susceptibles de ser tomados como soportes en la medida en que, conforme lo pudieron constatar los expertos por Jorge Arango Velasco y Melissa Varela Vásquez en su visita a la copropiedad, la contabilidad de aquella: ‘(...) no es llevada de forma adecuada a que pese a contar con una Revisoría Fiscal, no se evidencia que la misma realice las actividades propias de confirmación de saldos que deben ser realizados a buen juicio del contador que se encarga de la Revisoría. Este elemento no fue tomado en cuenta por la Perito que realiza el dictamen...’*”

En relación con lo anterior es claro para el Tribunal que la perito contable no hizo referencia en su dictamen a la circunstancia que anota el apoderado de la Demandada.

Ahora bien, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, para que un error tenga trascendencia es necesario que el mismo incida en las conclusiones.

Desde esta perspectiva debe observarse que en el dictamen pericial se indica lo siguiente⁷⁷:

“Para la elaboración de este dictamen, se tuvo acceso a los extractos bancarios con los cuales fueron registradas las operaciones contables de Los Molinos Centro Comercial PH, extractos que de acuerdo con toda la información recibida por la suscrita, tanto de parte de Los Molinos Centro Comercial PH, como de la parte jurídica en este proceso, corresponde a información errónea, falsa, y adulterada por parte de la señora Astrid Lorena Parra Pérez, en su calidad de Tesorera, lo que llevo a afectar el saldo de las cuentas de efectivo y sus equivalentes (cuentas bancarias, cuentas de inversiones).

Igualmente se tuvo acceso a los extractos bancarios suministrados por la entidad bancaria Davivienda a solicitud de Los Molinos Centro Comercial P.H. para los años 2016, 2017 y 2018 (hasta el mes de noviembre).

Con la información señalada en los dos párrafos anteriores se procedió a hacer la conciliación mensual de los extractos bancarios, mediante el método comparativo llegando a la conclusión que el faltante en las cuentas bancarias con corte a 31 de octubre de 2018, asciende a la suma de \$2.368.124.646,93...”

⁷⁷ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 8.

De esta manera, el trabajo que realizó la perito fue comparar extractos bancarios con los cuales se registraron las operaciones en la contabilidad con los extractos suministrados por la entidad bancaria, para con base en ello establecer el faltante.

Por otra parte, en lo relacionado con dineros recibidos en efectivo se señala en el Dictamen que⁷⁸: *“De acuerdo con la documentación analizada, esto es, los informes diarios de caja del parqueadero y los extractos bancarios reales enviados por el Banco Davivienda, se pudo verificar que no todos los dineros recaudados fueron consignados”*.

Igualmente, en relación con pagos de cartera en efectivo expresa el Dictamen que *“de acuerdo con la información enviada, pagaron las cuotas de administración en efectivo y no aparece la respectiva consignación en las cuentas bancarias del centro comercial”*.

En cuanto dineros recaudados en eventos y no consignados señala el Dictamen⁷⁹ que *“Corresponde a dineros recaudados en efectivo por el Centro Comercial provenientes de eventos, los cuales están documentados con consignaciones del Banco Davivienda la cuales se verificaron en los extractos reales enviados por el Banco y no se encuentran abonadas tales dineros”*.

Por lo que se refiere a la Cartera dice el Dictamen que *“De acuerdo con la información suministrada a la suscrita para la elaboración de este dictamen, la firma auditora contratada inicialmente realizó el proceso de confirmación de saldos de cartera con cada uno de los clientes del Centro Comercial”*.

Agregó que *“Con esta información y con la información contable se procedió a realizar la comparación de la cartera de cada uno de los clientes, llegando a la conclusión que contablemente están registradas unas operaciones de pago de cuotas de administración que no son reales y que la cartera está subvalorada en la suma...”*.

Como se puede apreciar, la información de la cual partió la contadora para hacer sus cálculos y establecer las pérdidas fueron los extractos, los informes diarios de caja del parqueadero, los pagos de la administración realizados por dos personas y las consignaciones en efectivo realizadas a Davivienda que no aparecen abonadas en el Banco. La contadora también verificó que la cartera estaba subvalorada en la contabilidad para lo cual partió de la confirmación de saldos de cartera con cada uno de los clientes del Centro Comercial realizada por la firma auditora contratada, pero precisó que no había pérdida que *“el efecto de las operaciones fue netamente contable”*. Así mismo verificó el pago de servicios públicos respecto de los cuales concluyó *“que no hubo pérdida de dinero por este concepto”*.

Así las cosas, encuentra el Tribunal que la información que toma en cuenta la perita para establecer las pérdidas tiene el soporte que ella señala y por ello no era necesario que la

⁷⁸ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 17.

⁷⁹ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Practicadas, Dictamen Pericial, página 20.

contadora realizara “un ejercicio independiente de comprobación de todos y cada uno los documentos e información que le fue facilitada por el Centro Comercial los Molinos P.H.”

Ahora bien, en la declaración de la perita la misma expresa:

(...) DR. VIVAS: [00:44:06] Perfecto, muchas gracias. En concordancia con todo lo anterior, por favor indique al Tribunal, ¿por qué si los derechos fiduciarios recibidos como parte de la recuperación de la pérdida por el Centro Comercial Los Molinos tenían un valor conforme se consignó en \$224.872.200 pesos, usted solo descuenta de la supuesta pérdida \$224 millones como una cifra distinta?

“SRA. CORREA: [00:44:33] Yo le explicaba ahora que el documento que yo tomo son los estados financieros del año 2018, donde en las revelaciones a hechos posteriores están dando cuenta que recibieron ese apartamento en \$224 millones, yo cito abí, en el dictamen textualmente la nota, la revelación que presentan esos estados financieros.

“DR. VIVAS: [00:44:56] Entonces, de nuevo, solo para precisar, ¿lo único que se tomó en cuenta fueron los estados financieros y no los soportes de esa operación específica?

SRA. CORREA: [00:45:03] Para esa operación específica, sí, señor” (Destacado fuera del texto original)

En relación con este punto es claro para el Tribunal que hay una imprecisión en una cifra indicada por la contadora, lo que debe tener en cuenta el Tribunal, pero ello no afecta la totalidad del dictamen.

Igualmente señala la Demandada que al preguntarle a la perita por el hecho de si ella había revisado los soportes utilizados para arribar a la conclusión presentada por Auren, manifestó haberlo hecho sólo parcialmente, conforme se aprecia de la siguiente transcripción:

“DR. VIVAS: [00:54:48] Okey, perfecto, muchas gracias. Una última pregunta, usted dice en su dictamen que se funda entre otros, o que principalmente los estados financieros, usted ya nos los mencionó y un informe de auditoría de AUREN, sí, ¿usted revisó los soportes con los cuales se hizo la auditoría de AUREN?

SRA. CORREA: [00:55:10] Algunos, no todos” (Destacado fuera del texto original)

Agrega el apoderado de la Demandada que la señora Correa “no sólo no relacionó como un anexo -en violación al numeral 10º del artículo 226 del Código General del Proceso-, la totalidad de los documentos consultados y utilizados, como es el caso del informe rendido por Auren, sino que adicionalmente, en momento

alguno auditó íntegramente las operaciones del Centro comercial, partiendo por lo tanto de sus conclusiones, de información incompleta”, por lo cual considera que el informe no es prueba de la existencia de una pérdida.

En relación con lo anterior encuentra el Tribunal que ciertamente la perita omitió incluir el Informe rendido por Auren Consultores Medellín S.A.S. a que se refiere entre sus anexos. Sin embargo, considera el Tribunal que ello no afecta el mérito del dictamen, pues la realidad es que los apoderados tuvieron a su disposición dicho informe.

Señala la Demandada que la señora Correa Palacio omitió realizar cualquier clase de análisis en relación con los “papeles de trabajo de la revisoría fiscal” del Centro Comercial y/o con la ejecución de esta labor, dando plena validez a los estados financieros, aun cuando los mismos no eran susceptibles de ser tomados como soportes. A tal efecto cita al experto Jorge Arango Velasco quien señala que *“en ningún momento la Perito consideró revisar la existencia de los cuadernos de auditoría del Revisor Fiscal, o indagar por qué, a la luz de las NLA’s, no se llevó a cabo de manera apropiada la confirmación de saldos tan relevantes como la cartera y los saldos en las cuentas bancarias.”*

En relación con este punto advierte el Tribunal que la crítica que se hace al trabajo de la perita Gloria Zady Correa no acredita que las conclusiones a las que llegó hubieran sido distintas si se hubiera hecho la verificación de los documentos que señala la Demandante, pues el fundamento de las conclusiones de la perita en cuanto a las pérdidas producidas no son fundamentalmente los estados financieros, salvo en cuanto se refiere a las sumas recibidas.

Igualmente señala el apoderado que la doctora Correa incurre en errores metodológicos y/o conceptuales, y señala, citando al peritaje de contradicción, que *“El documento bajo revisión confunde las nociones de ‘Pagos de Cartera en Efectivo’ con ‘Cobros de Cartera.’”*

Así mismo el dictamen pericial en contradicción cita como Anexo del análisis de la cuenta 3936999824, al Anexo No 1, siendo este el anexo que se refiere a la cuenta 03936999964. Evidentemente están trastocados los Anexos.

Añade que el documento analizado, en su metodología de cálculo de perjuicios, considera, sin sustento alguno, cifras que no son materiales. A tal efecto la doctora Gloria Zady Correa incluye como supuesta pérdida presuntamente sufrida por el Centro Comercial sumas no materiales como de \$800 pesos. Señala que el perito que *“en la contabilidad y la doctora Correa lo conoce muy bien, se presentan pequeños menoscabos, diferencias temporales, ajustes que hacen que la contabilidad como ente vivo, se mueva y se modifique y se ajuste en el tiempo, considerar que todas las cifras, incluyendo las no materiales, son parte de un presunto perjuicio, es tener una miopía en la metodología con la cual se están tasando los mismos”*⁷⁷

Desde esta perspectiva considera el Tribunal que, como ya se señaló, las circunstancias que conducen a privar de efectos un dictamen son los errores graves, los cuales se caracterizan por su trascendencia en tanto que conducen a que el dictamen no refleje exactamente lo examinado y por ello alteran las conclusiones del trabajo pericial.

Al examinar los errores que se invocan no encuentra el Tribunal que de no haberse producido tales yerros otros serían los resultados del dictamen pericial, por lo que concluye que los defectos señalados no conducen a privar de efectos el mismo.

4.4.3.2.1.6 Conclusiones del Tribunal respecto del dictamen pericial

Con base en lo expuesto considera el Tribunal que, de una parte, los defectos que la Demandada advierte en el contenido del dictamen no afectan su verosimilitud, y de la otra, que los errores que se invocan no existen o en todo caso no tienen el carácter de graves pues no conducen a que las conclusiones del dictamen pericial serían otras. Lo anterior sin perjuicio de señalar que en el valor de la pérdida existe una diferencia entre lo indicado por la perita y los otros documentos aportados al proceso sobre el valor del automóvil recibido en pago, el cual se tendrá en cuenta al estimar la pérdida.

4.4.3.2.2. La pérdida demostrada

Para que la aseguradora deba pagar el siniestro debe acreditarse la pérdida como consecuencia del acto fraudulento o deshonesto del empleado.

Para acreditar la pérdida se aportaron al proceso diferentes elementos probatorios, como son los informes elaborados por AUREN CONSULTORES S.A.S., de diciembre de 2018, febrero de 2019, y del año 2020, el dictamen pericial de la perita Gloria Zady Correa, y el Contrato de Transacción.

En lo que se refiere a los Informes de la firma Auren Consultores, los mismos se hicieron en desarrollo de labores de auditoría. En desarrollo de dichas labores⁸⁰ se compararon los saldos de extractos reales de las cuentas corrientes e inversiones del Centro Comercial con los reportados en la contabilidad, lo que permitió establecer unas diferencias para los años 2015, 2016, 2017 y 2018 que se señala “*corresponden principalmente a los pagos de cheques por ventanilla adulterados,...*” y a tal efecto se señala un valor de \$1.640.668.154.

Igualmente se hace referencia a la apropiación “*indebida de dineros de parqueaderos en diferentes períodos, como se muestra en el siguiente cuadro comparativo de los ingresos de parqueaderos, según el reporte*

⁸⁰ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Virtuales Demanda Inicial, Anexos Fraude, Anexo No. 27, Informe Auren Suma Legal 2020.

administrativo del Centro Comercial, comparado con las consignaciones efectivamente realizadas”, lo cual arroja un valor de \$ 57.022.700.

Asimismo se refirió al recibo “de dinero en efectivo de las cuotas de Administración (no permitido por el manual financiero) de clientes como Clínica Menta y Zimbabwe; los cuales realizaban pagos en efectivo que no fueron aplicados a la cartera del Centro Comercial”, lo cual arroja un monto de \$ 7.146.668.

Igualmente se identificaron consignaciones falsas por \$ 65.371.100.

En el Informe de 2020 se señala que *“se logró identificar la apropiación indebida de dinero por parte de la señora Astrid Lorena Pérez por valor de \$1.770.416.54”.*

Por otra parte, se aportó al proceso el dictamen de la contadora Gloria Zady Correa, quien señala que procedió a confrontar los extractos reales de los Bancos con los extractos adulterados y que *“se procedió a hacer la conciliación mensual de los extractos bancarios, mediante el método comparativo llegando a la conclusión que el faltante en las cuentas bancarias con corte a 31 de octubre de 2018, asciende a la suma de \$2.368.124.646,93...”.*

Explica que en el caso de los extractos bancarios de las cuentas corrientes *“la diferencias corresponden a eliminación en el extracto falso de cheques girados y pagados por ventanilla, consignaciones falsas que no aparecen en el extracto real, o consignaciones que si aparecen en el extracto real que en los extractos falsos aparecen por menor valor”.*

Agrega la perita que al hacer la confrontación de los extractos de la cuenta corriente: *“se pudo evidenciar que hubo cheques cobrados por ventanilla que aparecen registrados en los extractos enviados por el Banco Davivienda (extractos reales), y que no aparecen registrados en los extractos que fueron adulterados con los cuales fueron registradas las operaciones contables; algunos cheques como se presentará a continuación si fueron registrados en esos extractos, pero por un valor diferente al valor real cobrado”.*

Agrega que el valor total de los cheques cobrados por ventanilla y no registrados en los extractos bancarios que reposaban en la contabilidad de los Molinos Centro Comercial P.H., asciende a la suma de \$1.616.519.956.

Añade la perita que de acuerdo con: *“los informes diarios de caja del parqueadero y los extractos bancarios reales enviados por el Banco Davivienda, se pudo verificar que no todos los dineros recaudados fueron consignados en las cuentas bancarias de Los Molinos Centro Comercial P.H.”* Expresa que durante *“los años 2016, 2017 y enero a octubre de 2018, se dejó de consignar la suma de \$27.586.794”.*

Por otra parte, la perita Gloria Zady Correa revisó también los pagos de cartera en efectivo y señaló que existió una pérdida derivada pues: *“los clientes Clínica Menta y Zimbabwe, que de acuerdo*

con la información enviada, pagaron las cuotas de administración en efectivo y no aparece la respectiva consignación en las cuentas bancarias del centro comercial”. Señala que el valor total es de \$ 5.646.650.

Igualmente expresa que hay dineros recaudados en eventos y no consignados lo que “Corresponde a dineros recaudados en efectivo por el Centro Comercial provenientes de eventos, los cuales están documentados con consignaciones del Banco Davivienda las cuales se verificaron en los extractos reales enviados por el Banco y no se encuentran abonadas tales dineros. El total recibido y no consignado en las cuentas del Centro Comercial, asciende a la suma de \$65.371.100”.

En sus conclusiones señala la perita que del “total del desfalco por valor de \$2.032.328.315, se recuperó la suma de \$276.000.000, quedando un saldo pendiente de recuperar por \$1.756.328.315”.

A este respecto lo primero que debe determinar el Tribunal es si realmente existe en este caso una pérdida que esté cubierta por el amparo.

Observa el Tribunal que en su declaración extra proceso la señora Astrid Lorena Pérez reconoció que inicialmente realizó actuaciones fraudulentas y deshonestas para dar la impresión de que existía una cartera menor que la real. Posteriormente, reconoció que se giraban cheques para que una persona natural los cobrara y se pagaran los servicios públicos, pero que en realidad sólo una parte de los recursos provenientes de los cheques se destinaban a pagar los servicios públicos.

Después de revelar dichas circunstancias la señora Astrid Lorena Pérez fue indagada sobre la pérdida de los recursos y al ser preguntada sobre dónde estaba la plata señaló que “estaba pagando un apartamento en Envigado”⁸¹. Agregó que el “apartamento costó 314 millones”. Al volver a ser preguntada sobre el resto del dinero señala que tiene un carro a nombre de su esposo y explica que para adquirir el automóvil su papá “sacó un crédito de 30 millones y lo demás le dijo a su esposo que se pagaba por cuotas mensuales”. Agrega que la “camioneta costo 60 pico millones”⁸².

Al insistirle sobre la diferencia de las sumas que se perdieron con lo que ella dice haber empleado, expresa que “toda esa plata yo no me la robé”⁸³.

De lo anterior se puede concluir que en su declaración la señora Pérez reconoce que se apropió de 314 millones del apartamento más 30 millones del carro, es decir 344 millones.

⁸¹ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA2 minuto 16:2 siguientes

⁸² Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA2 minuto 19 siguientes

⁸³ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA2.

Ahora bien, en el contrato de transacción parcial que suscribió la Demandante con la señora Pérez se expresó como antecedentes del mismo:

“1. Que la señora ASTRID LORENA PEREZ LARA se ha (i) apropiado indebidamente de bienes de La Víctima, (ii) dispuesto fraudulentamente de bienes de La Víctima, (iii) falsificado documentos de La Víctima; (iv) tenido acceso irregular a sistemas informáticos de La Víctima; (v) alterado documentos contables de La Víctima, entre otras conductas por relacionar y por advertir a la fecha, que pueden ser hechos punibles y serán de conocimiento de las autoridades competentes.

“2. Que La Víctima tuvo de estas conductas el pasado jueves 22 de noviembre de 2018 por virtud de la realización de un ejercicio de auditoría propias de su actividad, que provisionalmente han causado daños que hasta la fecha se identifican en una cuantía aproximada de \$2.000.000.000.00.

“3. Que la señora ASTRID LORENA PEREZ LARA ha aceptado su responsabilidad en estos hechos y como muestra de buena voluntad conviene en indemnizar a La Víctima de manera parcial, mediante la entrega a título de dación en pago y por el modo de la tradición de los bienes que a continuación se relacionan, que en su confesión ha reconocido como bienes adquiridos con el producto de las conductas relacionadas en el numeral 1 y los recursos obtenidos por causa de ello...”.

De esta manera hay un reconocimiento por parte de la señora Pérez a través de la transacción que firmó, en la cual no delimita el monto del que se apropió.

Ahora bien, la señora Pérez entregó activos a la Demandante, que según la perita Gloria Zady Correa se recibieron por \$276.000.000. Esta cifra resulta del valor de \$52.000.000 en que se estimó el automóvil, y \$224.000.000 correspondiente al valor del apartamento.

De este modo si se toman las cifras de la perita hay una diferencia de \$68.000.000 entre los recursos de los cuales se apropió y lo que restituyó, que constituiría entonces una pérdida que debería ser resarcida de acuerdo con la póliza.

En todo caso en este punto debe hacerse la siguiente precisión:

En la Demanda se afirmó en el hecho 5.26 que se recibió *“(i) un vehículo Renault Captur modelo 2018 avaluado comercialmente en la suma de Cincuenta Millones de Pesos Moneda Legal (\$50.000.000); y (ii) un apartamento ubicado en el edificio Kore Apartamentos P.H. en el municipio de Sabaneta avaluado en esa fecha en Doscientos Veinticuatro Millones Ochocientos Setenta y Dos Mil Pesos Moneda Legal (\$224.872.000)”.*

De esta manera, como se puede apreciar y lo destacó el apoderado de la Demandada, el valor del apartamento indicado en la Demanda es superior al que tomó en cuenta la perita en

\$872.000. Es pertinente señalar que en su declaración la perita señaló que el valor del apartamento fue tomado de los estados financieros, sin verificar el documento soporte correspondiente.

Adicionalmente, en el Contrato de Transacción al que se ha hecho referencia se señala que se transfieren los siguientes bienes a la víctima: un vehículo “*que se recibe por valor de \$55.000.000.00*” y los derechos fiduciarios vinculados a un apartamento.

De esta manera el valor por el cual se recibieron los bienes citados fue de \$279.872.000.

Ahora bien, la Demandada hace referencia a la declaración del señor Rodrigo Muñoz Menéndez, quien era Presidente del Consejo de Administración del Centro Comercial, y quien expresó:

“(..). SR. MUÑOZ: [01:07:37] Lo único que me faltó decir, doctor Hincapié, es que la tesorera nos pagó una plata, nos entregó un carro, y nos entregó un apartamento. El apartamento lo entregó por no me acuerdo, sino por 230 millones de pesos, creo. Un apartamento por 230 y el carro le dijimos que lo pusiera a vender en casa, una concesionaria aquí en Medellín que se llama Casa Británica. Por el carro creo que dieron como 52 millones de pesos, y el apartamento se vendió cuando nos lo entregó, se vendió unos meses más tarde, porque ella inclusive, todavía ella se lo había comprado a una fiduciaria y la fiduciaria todavía no le había hecho la escritura, entonces finalmente la fiduciaria fue la que nos hizo la escritura a nosotros, pero fue por 280 millones de pesos, 290. Es decir, no fue por los 230 que ella nos lo entregó, pero esta reportado, entre los dos recibimos como 330 millones de pesos”.

Como se puede apreciar, el señor Muñoz señala que cuando se vendieron los bienes se obtuvo un total de \$330.000.000.

En este punto considera el Tribunal que el valor que debe tomarse es el que las partes le asignaron a los bienes en el momento de la transacción, independientemente de lo que ocurrió después con ellos, esto es, si se enajenaron por un mayor o menor valor, pues las partes fijaron un valor por el cual se recibía el bien y por ello el mismo es vinculante para las partes.

De esta manera, frente a la pérdida por las compras que hizo la señora Pérez con recursos que sustrajo de la Demandante, queda un saldo de \$67.127.800 que para el Tribunal es una pérdida que en principio estaría cubierta por la póliza.

Ahora bien, como quiera que la perita Gloria Zady Correa calculó una suma pendiente de recuperar de \$1.756.328.315, que teniendo en cuenta el ajuste que se ha hecho al valor del apartamento y el automóvil sería de \$1.752.456.315, es necesario establecer si dicha pérdida también estaría cubierta por la póliza.

La duda se plantea por cuanto la señora Pérez sólo reconoce haberse apropiado de recursos para comprar un apartamento y un automóvil, y al mismo tiempo expresa que *“Yo colocaba como si entrara plata a la cuenta que nunca entró. Entonces todo lo que hace falta en las cuentas no es porque yo lo tome... Hay cifras que dicen que entraron pero nunca entraron”*⁸⁴. Además, agrega que *“toda esa plata yo no me la robé”* (1:29).

Frente a lo anterior lo primero que debe observarse es que el dicho de la señora Pérez en el sentido de que sólo sustrajo los valores ya señalados no puede considerarse prueba de que no se apropió de más recursos, pues el dicho que favorece al declarante tiene muy escaso valor probatorio, a tal punto que en al aplicar el Código de Procedimiento Civil la jurisprudencia le negaba valor probatorio a la declaración de la propia parte en su favor y señalaba⁸⁵ *“la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”*.

A lo anterior se agrega que, como ya se expresó, el amparo de la póliza cubre también los casos de colusión, lo que implica que cubriría el caso en que la señora Pérez se hubiera puesto de acuerdo con un tercero para que este se apropiara de los recursos. Además, cubre la apropiación por actos deshonestos o fraudulentos de empleados no identificados. En todo caso, debe destacarse que al formular sus pretensiones el Demandante solicitó se declarara la ocurrencia del siniestro por el fraude cometido por la señora ASTRID LORENA PÉREZ, por lo que las pretensiones solo podrían eventualmente prosperar en cuanto el fraude fuera cometido por dicha persona.

Considera el Tribunal que debe analizarse cada uno de los rubros que tomó la perita con el fin de determinar si la pérdida calculada obedece a un acto fraudulento o deshonesto de la señora Pérez, bien sea para sí misma o en colusión con otros.

El primer rubro que analiza la perita se refiere a los cheques cobrados en la cuenta corriente No. 03936999964 Davivienda y que no estaban registrados en los extractos bancarios adulterados, como tampoco en la contabilidad.

En su dictamen la perita Gloria Zady Correa señala que *“hubo cheques cobrados por ventanilla que aparecen registrados en los extractos enviados por el Banco Davivienda (extractos reales), y que no aparecen*

⁸⁴ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ No. 03 Pruebas Practicadas/ 01DescargosAstridLorena/ ASTRID LORENA2 minuto 13:28

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 2016. SC14426-2016. Radicación nº 41001-31-03-004-2007-00079-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

registrados en los extractos que fueron adulterados con los cuales fueron registradas las operaciones contables; algunos cheques como se presentará a continuación si fueron registrados en esos extractos, pero por un valor diferente al valor real cobrado”.

El valor total de esta categoría es de \$1.616.519.956.

En relación con este hecho advierte el Tribunal que es claro que el hecho de que se gire un cheque contra la cuenta corriente de la empresa para ser cobrado por ventanilla y que el cheque no aparezca en el extracto adulterado, implica una conducta deshonesto y fraudulenta. En efecto, cuando se adultera el extracto es claro que no se quiere que quien lleva la contabilidad de la empresa, y los que reciban información con base en ella, se enteren de que dichos recursos se sustrajeron.

Ahora bien, ha de observarse que la señora Pérez reconoció que ella falsificaba los extractos del Banco, para poder disponer de los recursos. Además, en todo caso era ella la que efectuaba el control de los recursos en las cuentas de la entidad, por lo que si se hacían retiros que se eliminaban del extracto ella lo conocía.

De esta manera, si se perdieron recursos por cheques cobrados por ventanilla que no aparecían en los extractos falsificados, es claro que la señora Pérez participó en el acto deshonesto o fraudulento, independientemente de que ella se apropiara de esos recursos o bien hubiera realizado dicha actuación para que un tercero, otro empleado o incluso otra persona que no tuviera tal carácter, pudiera beneficiarse de los recursos.

Por consiguiente, el hecho de que el cheque finalmente no le fuera endosado a ella o cobrado por ella, no significa que el acto fraudulento no se realizó con su participación.

Por otra parte, la Demandada también señala que en los descargos rendidos por *“la señora Edda Giovanna Castrillón, antigua administradora de la copropiedad, los cheques no sólo eran utilizados para el pago de servicios públicos, sino también para cancelar en efectivo obligaciones reales adquiridas con personas naturales y/o las prestaciones laborales de algunos empleados quienes no figuraban formalmente en la nómina de la entidad y/o la contabilidad (...)”*.

A este respecto se aprecia que, de una parte, la señora Castrillón reconoce en los descargos que rindió que se firmaron cheques a nombre de Cristian (que según se desprende de la declaración era un auxiliar contable) porque *“esos proveedores de persona natural necesitaban hacer pagos inmediatos y no tenían cuenta registrada”*. Sin embargo, no se indica que en este caso se adulteraran los extractos. En efecto, una cosa es que se cobre un cheque directamente en caja, y otra cosa, es que ese cheque se elimine del extracto para que no quede reflejado en la contabilidad.

Ahora bien, la Demandada expresa en su alegato que *“la ausencia de acreditación de una pérdida por concepto del canje o cobro de cheques, presuntamente obtenidos con fundamento en facturas falsas, resulta aún más clara, cuando adicionalmente se evidencia que conforme a lo indicado en los descargos rendidos con ocasión del descubrimiento del fraude por la señora Edda Giovanna Castrillón, antigua administradora de la copropiedad, los cheques no sólo eran utilizados para el pago de servicios públicos, sino también para cancelar en efectivo obligaciones reales adquiridas con personas naturales y/o las prestaciones laborales de algunos empleados quienes no figuraban formalmente en la nómina de la entidad y/o la contabilidad, como era el caso del hermano de la administradora, pero cuya vinculación era públicamente conocida y aceptada por los miembros del Consejo de Administración y la Revisoría Fiscal”* y agrega que *“que el giro y pago de esas obligaciones reales de la sociedad mediante el uso de cheques bajo ninguna circunstancia podría considerarse como una pérdida en el patrimonio del CC Molinos”*.

Ahora bien, para aclarar este punto se advierte que en este párrafo la Demandada se refiere a una pregunta sobre contratos que se celebran con familiares que se le formuló a la señora Edda Giovanna Castrillón y en la que se dice:

“Pregunta: Pasemos a otro tema que tiene que ver con los familiares. ¿Qué contratos con familiares hemos hecho o vinculados con familiares hemos hecho? ¿Por qué razón?. Respuesta. Doctor, esto es un tema que no ha sido de la misma manera escondido para nadie. Siempre revisoría fiscal se enteró y siempre decía pida autorización, o sea, no impuesto, ni que se manejara directamente. (...) en una oportunidad mi hermano estaba con otro muchacho que estaba recién venido de Urabá, me dijo “venga que nosotros le podemos ayudar a hacer este tema y yo se los coordino” y yo “pilar, venga hable con revisoría fiscal que no vaya a haber problema de nada y que esté plenamente autorizado el tema”. Patri sabía absolutamente de eso y era la distribución de separatas y de volantes, con el único fin Doctor de optimizar el presupuesto y tener la garantía que no fuéramos a tener una mala distribución como tal. Entonces que era lo que él hacía? Simplemente se contrataban a varios muchachos y él le pagábamos a todos esos muchachos. Autorizados por Ana, autorizados por la Revisora Fiscal en ese momento”.

Como se aprecia del texto que transcribe la Demandada, no se indica que efectivamente se pague sin cheque y menos aún que en estos casos se hayan adulterado los extractos.⁸⁶

Es pertinente señalar que para que opere el amparo se requiere la intención manifiesta/principal de causar que el asegurado incurra en dicha pérdida o de obtener lucro financiero para ellos mismos. Desde esta perspectiva se aprecia que cuando una persona se apropia intencionalmente de recursos ajenos lo hace para obtener un beneficio económico. A lo anterior se agrega que la doctrina ha precisado que este requisito busca excluir aquellas pérdidas que finalmente se producen por negligencia. En el presente caso considera entonces el Tribunal que también está acreditada esta condición.

⁸⁶ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Virtuales Demanda, Anexos Fraude, Anexo No. 14, Página 15 de la declaración.

A todo lo anterior debe agregarse que no se ha planteado ninguna alternativa distinta al fraude que explicara el cobro de cheques por ventanilla que no aparecen reflejados en los extractos falsificados.

Por consiguiente, considera el Tribunal que está acreditada la pérdida de estos recursos como consecuencia de una conducta fraudulenta y deshonesta de la señora Pérez para obtener un beneficio económico, para sí o para un tercero.

La otra categoría que analizó la perita son los dineros recibidos en efectivo y que no fueron consignados o se consignaron por un valor diferente. En este caso la perita Gloria Zady Correa analizó tres categorías que el Tribunal procede a examinar: parqueaderos, pagos de cartera en efectivo y dineros recaudados en eventos y no consignados.

4.4.3.2.2.1 Parqueaderos

En el caso de parqueaderos la contadora Gloria Zady Correa estableció una pérdida de \$27.586.794, la cual obtuvo confrontando los informes diarios de caja del parqueadero y los extractos reales enviados por el banco, de acuerdo con los cuales encontró que no todos los dineros recaudados fueron consignados en las cuentas bancarias.

En este caso, si en el informe diario de caja se indica que se recibieron unos recursos, lo lógico es que esos recursos se consignaran en la cuenta corriente. Si ello no ocurre es porque las personas que tenían el control de esos recursos los destinaron a otros fines. Ahora bien, si el destino de los recursos hubiera sido atender gastos de la empresa, ello habría sido indicado en la contabilidad.

En su alegato la Demandada cita una serie de casos en que los recursos efectivamente fueron consignados en la contabilidad. Así por ejemplo señala que *“las pérdidas derivadas de parqueaderos para el año 2017 fueron tan sólo de Quince Mil Trescientos Cincuenta Pesos (\$15.350), esto es, una suma claramente inferior al recaudo de parqueaderos del día 23 de diciembre de 2017 que, según los documentos aportados por la actora, ascendió a un total de: Catorce Millones Ciento Noventa y Cuatro Mil Quinientos Pesos (\$14.194.500), monto que por demás habría sido aparentemente consignado con un valor de mil pesos (\$1.000) de diferencia en favor de los Molinos con ocasión de la operación 2614 visible en el estado real de la Cuenta Corriente No. 0393 6999 9824 de fecha 26 de diciembre”*.

En relación con lo anterior encuentra el Tribunal al examinar la información en que se basa la perita Gloria Zady Correa que la pérdida que se advierte no se refiere a los recursos que se recaudaron el 23 de diciembre de 2017, sino en todo el segundo semestre de 2017, por lo que la observación de la Demandada no afecta los cálculos de la contadora Gloria Zady Correa.

Señala la Demandada en cuanto a la pérdida de \$24.475.950 que *“por la Propiedad Horizontal en el año 2018, es claro que según lo expresamente consignado en el “Informe parqueaderos final real 2019”, Veinticuatro Millones Ciento Treinta y Ocho Mil Pesos (\$24.138.000) se corresponden con una de las consignaciones falsas, esto es un dinero que no existió jamás, de fecha 27 de julio de 2018”*. A este respecto encuentra el Tribunal que la pérdida precisamente radica en que se pretendió demostrar una consignación que realmente no existió, por lo cual tal conducta tiene el sentido de sustraer los recursos, en la medida en que se pretendió acreditar que sí se hizo una consignación que no se efectuó.

Por otra parte, es necesario precisar que mientras la Demandante señala que la señora Pérez pudo tomar el control de estos recursos, en la medida en que podía cancelar que los mismos fueran recogidos por la transportadora de valores, la Demandada señala que de acuerdo con el segundo informe de Auren Consultores Medellín S.A.S. la administración de los parqueaderos se entregó a partir del 15 de julio de 2018, por lo que no se explica cómo la señora Pérez pudo haber cancelado la recogida de las sumas de dinero por Atlas y apropiarse de las mismas en los intervalos comprendidos entre el 16 al 21 de julio de 2018 y el 24 al 31 de julio de 2018, pues dichas fechas son posteriores a la entrega de la operación a la precitada compañía externa e independiente.

A este respecto encuentra el Tribunal que está acreditada en el expediente la remisión de los correos electrónicos enviados por la señora Pérez cancelando la recogida de los recursos del 16 al 21 de julio de 2018 y del 24 al 31 de julio de 2018⁸⁷. Igualmente, esta acreditado a través del informe de Auren Consultores Medellín S.A.S. que se entregó la administración de los parqueaderos a la firma Parking⁸⁸.

En todo caso, no está establecido en el expediente que los recaudos de parqueadero fueran entregados a la señora Pérez y que ella hubiera entonces realizado una conducta fraudulenta o deshonesto para apropiarse de los mismos.

Como quiera que las pretensiones de la Demanda parten del supuesto que el fraude fue cometido por la señora Pérez, y en este caso con los elementos acreditados en el proceso no se puede establecer dicha circunstancia, el Tribunal considera que en este caso no está acreditado que la pérdida se haya producido por la actuación fraudulenta o deshonesto de la señora Pérez.

⁸⁷ Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ Pruebas/ Pruebas Virtuales Radicadas con la demanda inicial/Anexos Fraude/ Anexo 15

⁸⁸ Informe de Auren del 4 de febrero de 2019 Expediente Digital 129447/02 Pruebas/ Pruebas/ Pruebas Virtuales Radicadas con la demanda inicial/Anexos Fraude/ Anexo 25

4.4.3.2.2. Pagos de cartera en efectivo.

En segundo lugar, la perita Gloria Zady Correa hace referencia a pagos de cartera en efectivo por un total de \$5.646.650. A tal efecto se refiere a la Clínica Menta y Zimbabwe y señala que *“de acuerdo con la información enviada, pagaron las cuotas de administración en efectivo y no aparece la respectiva consignación en las cuentas bancarias del centro comercial”*.

Al examinar los comprobantes de pago que anexó la perita se aprecia que, como lo señala la Demandada, salvo uno, dichos comprobantes no están firmados por la señora Pérez. En efecto en el caso de Clínica Menta el comprobante de \$646.200 esta firmado por Astrid Pérez 50937179. Por consiguiente, si dicho valor no ingresó a las cuentas de la Demandante, la persona que lo recibió en este caso es quien pudo sustraerlo. Salvo en el caso mencionado, en la pérdida de los demás pagos de cartera en efectivo no esta acreditada una participación de la señora Pérez. Por consiguiente, sólo en este caso la misma puede ser responsable.

4.4.3.2.3. Dineros recaudados por eventos.

La tercera categoría que analiza la perita Gloria Zady Correa son los dineros recaudados en eventos y no consignados. Señala la perita que se trata de dineros recaudados en efectivo por el Centro Comercial provenientes de eventos, los cuales están documentados con consignaciones del Banco Davivienda que se verificaron en los extractos reales enviados por el Banco y no se encuentran abonados tales dineros. Agrega que el total recibido y no consignado en las cuentas del Centro Comercial, asciende a la suma de \$65.371.100.

Al examinar el anexo 4 del dictamen pericial, que la perita denomina consignaciones falsificadas, se encuentra una serie de consignaciones en la cuenta en el Banco Davivienda. Dichas consignaciones según indica la perita no aparecen en el extracto del banco.

En este caso se puede considerar que existió una pérdida para el Centro Comercial, pero al mismo tiempo dicha pérdida no aparece reconocida por la señora Pérez ni tampoco corresponde a la conducta que ella desarrolló. En esta medida no se puede afirmar que esta pérdida sea causada por el comportamiento fraudulento o deshonesto de la señora Pérez.

4.4.3.3. Conclusión

De esta manera, el Tribunal concluye que está acreditada la pérdida de \$1.616.519.956 correspondiente a cheques cobrados que no aparecen en los extractos falsificados. A dicha suma debe agregarse la suma de \$646.200 que la señora Pérez recibió en efectivo por administración, y que no fue consignada en las cuentas de la Demandante. Por consiguiente, la pérdida total que puede imputarse a la conducta fraudulenta o deshonesto de la señora Pérez es

de \$1.617.166.156. Ahora bien, la suma recuperada por los activos que entregó la señora Pérez es de \$279.872.000. Por consiguiente, la pérdida total es de \$1.337.294.156. Como el deducible es de cuarenta millones, la suma constitutiva del reclamo que estaría llamada a ser reconocida, si se cumplen los presupuestos establecidos en el contrato de seguro, es de \$ 1.297.294.156.

4.5. Sobre la eficacia o ineficacia de las exclusiones incorporadas en la póliza No. 1000116

Comoquiera que la Convocante pretendió en su escrito de demanda que se declarara la ineficacia de una serie de exclusiones contenidas en la póliza No. 1000116 para la vigencia comprendida entre el 12 de mayo de 2018 y el 12 de mayo de 2019, con fundamento en que ellas no figuran en la primera página de la póliza, le corresponde al Tribunal, en primer término, determinar si las exclusiones alegadas por la Convocada en la objeción del siniestro y como excepciones en el trámite arbitral son eficaces, a la luz de la normatividad y la jurisprudencia aplicable.

4.5.1. Posición de la Convocante

De manera general, la Convocante solicitó en el libelo introductorio que se declare que las exclusiones contenidas en la póliza No. 1000116 que a continuación se enlistan son ineficaces, por cuanto se encuentran ubicadas a partir de la página 4 de las condiciones particulares y de la página 7 de las condiciones generales. Las exclusiones cuya ineficacia se solicita declarar son las siguientes:

“Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.

“Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno le sea posible, por sí solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.

“Toda Pérdida proveniente de o que tengan origen en la falta de doble control en pagos, transferencia de fondos y giros, de tal forma que toda transferencia de fondos, pagos o giros en forma electrónica deba requerir de dos usuarios diferentes e independientes para ser ejecutada o realizada; es decir, que todos los procesos cuenten con segregación de funciones. Así mismo, todas las transferencias de fondos, pagos o giros a través de carta deben cumplir con doble control y la información del destinatario debe ser confirmada de forma previa para que puedan ser procesadas.

“Pérdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad.

“Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control...”.

Con el fin de dar fundamento a su pretensión, la Convocante, en esencia, manifiesta que según el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el literal c) del artículo 184 del Decreto 663 de 1993, tanto los amparos básicos, como las exclusiones, deben constar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, so pena de su ineficacia. Adicionalmente, señala que, en un sentido similar, en el numeral 1.2. relativo a las pólizas y tarifas del Capítulo II, Título IV, Parte II, de la Circular Externa 029 de 2014, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, se establece que “[l]os amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

En este sentido, y teniendo en cuenta que las exclusiones anteriormente reseñadas no se encuentran en la primera página de la póliza -ni tampoco a partir de esta-, según el Convocante, el Tribunal deberá declarar su ineficacia y, como consecuencia, que dichas exclusiones no le resultan oponibles al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

Este planteamiento fue reiterado en el escrito de alegaciones finales de la Convocante, en el que manifestó lo siguiente:

“Reiteramos lo que hemos dicho y es que las pretendidas exclusiones SON INEFICACES DE PLENO DERECHO, porque no están en la primera página de la póliza y ni siquiera empiezan en la primera página de la póliza.

“De hecho, en las condiciones particulares están a partir de la página 4; y en las condiciones generales, de la página 7 y siguientes, por lo cual son ineficaces de pleno derecho y, en consecuencias inoponibles a mi mandante, conforme se dispone con carácter imperativo en la ley 45

de 1990, artículo 44 numerales 1 y 3; en el decreto 663 de 1993, artículo 184 numeral 2, letras a, b y c, y en concordancia con el artículo 100 de dicho decreto, numerales 1 y 3.

“Ni siquiera cumplen con la disposición de la Circular Básica Jurídica contenidas en la Circular Externa 029 de 2014, especialmente en la Parte II Mercado Intermediado, Título IV, Capítulo II que contiene las Disposiciones Especiales Aplicables a las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Contenido, numeral 1 Reglas Generales sobre la operación de seguros, numeral 1.2. Pólizas y Tarifas.”⁸⁹

Concluyó el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** que las normas mencionadas establecen que las pólizas deben ajustarse a las exigencias allí indicadas; que dentro de tales requisitos se dispone que todas las exclusiones deben figurar en caracteres destacados y en la primera página de la póliza; y que, si las estipulaciones contenidas en la póliza no se ciñen a las exigencias normativas, ellas son ineficaces. En este sentido, comoquiera que las exclusiones no se encuentran en la primera página de la póliza —ni a partir de ésta—, deberán ser declaradas ineficaces por el Tribunal.

4.5.2. Posición de la Convocada

Por su parte, la Convocada, al contestar la demanda, propuso la excepción de mérito que denominó “*EFICACIA DE LAS EXCLUSIONES APLICABLES AL CONTRATO DE SEGURO*” y al desarrollarla explicó que según el artículo 1056 del Código de Comercio la aseguradora puede delimitar el riesgo que asume pactando exclusiones en la póliza. Seguidamente, manifestó que los requisitos formales establecidos en los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero solo tienen aplicación en tratándose de condiciones generales, y no así respecto de las condiciones particulares.

Para sustentar lo anterior, indicó que el contrato de seguro, en la mayoría de los casos, es un contrato de adhesión y sus amparos y exclusiones solo constan en las condiciones generales. Por esta razón, el ordenamiento jurídico exige que las exclusiones se consignen en caracteres destacados y en la primera página de la póliza, para que el potencial tomador del seguro pueda tener conocimiento de ellas. En el concepto de la Convocada, ese realce informativo no es necesario en los casos en los que las partes negocian libremente los términos y condiciones del contrato de seguro.

Manifestó, asimismo, que, de acuerdo con la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, las exclusiones no tienen que estar únicamente en la primera página de la póliza, pues pueden consignarse a partir de ésta y de manera continua.

⁸⁹ Expediente Digital, Carpeta No. 1 Principal, Subcarpeta No. 06 Alegatos, 0. CCLM –SBS alegato de conclusión arbitraje. Folio 58.

Indicó, igualmente, que el espíritu y razón de ser de la norma invocada por la parte demandante fue “evitar el abuso contra la parte adherente en contratos de seguros para que los consumidores de seguros (especialmente los indefensos y sin poder de negociación) no fueran objeto de cláusulas sorpresivas o vejatorias, de difícil lectura o revisión, que pudiera asaltar su buena fe”.

Con este fundamento, la Convocada manifestó que en el caso concreto no es posible aplicar la sanción de ineficacia de las exclusiones contemplada en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues las exclusiones objeto de controversia fueron conocidas por la Convocante y fueron reiteradas por el común acuerdo de las partes durante varios años de renovación del contrato de seguro. Señaló finalmente que intentar ahora beneficiarse con la ineficacia de las exclusiones es una actuación contraria a la buena fe y a la doctrina de los actos propios.

Posteriormente, en su escrito de alegaciones finales, la Convocante reiteró los planteamientos realizados en la contestación a la demanda e indicó que el precepto normativo contenido en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 solo es aplicable a las condiciones generales, y no a las condiciones particulares. Para mayor ilustración, el Tribunal pone de presente que la Convocada sintetizó sus argumentos al respecto en los siguientes términos:

*“1) El legislador mediante la Ley 45 de 1990 liberalizó el mercado de seguros en Colombia y permitió por primera vez en la historia que las aseguradoras pudieran ofrecer productos de seguros a sus clientes sin tener que surtir un trámite previo de autorización y aprobación del producto ante la Superintendencia Financiera como estaba en antaño previsto bajo el espectro de la Ley 105 de 1927. La única exigencia que se requeriría a partir de la fecha para ofrecer nuevos productos de seguros cuando la aseguradora ya tuviera aprobado un ramo era depositar previamente ante la Superfinanciera el **clausulado o condicionado general** del producto el cual debería contar con unas mínimas pautas formales de presentación (como clara enunciación de amparos y exclusiones) en la medida que ya no sería previamente revisado y aprobado por el Ente de Control.*

“2) Normalmente los amparos y exclusiones en un contrato de seguro sólo constan en las condiciones generales o en el clausulado y dicha norma fue creada para equilibrar la posición de los contratantes en ese preciso escenario, puesto que el contrato de seguro, en muchos casos, se trata de un negocio jurídico de adhesión, sujeto a condiciones generales de contratación respecto de las cuales es reducido el espacio para discutir y negociar libremente términos y condiciones, sino que únicamente el tomador y/o asegurado adhiere a un texto propuesto o predispuesto por el asegurador.

“3) Ello es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, por lo que exige que las condiciones generales o clausulados sean depositados por las compañías de seguro ante la Superintendencia

*Financiera previo a su uso y por el parágrafo del artículo 1047 del C. de Co. que dispone: “En los casos en que **no aparezca expresamente acordadas**, se tendrán como condiciones del contrato **aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado** en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo” (Destacado fuera del texto original)*

*“4) Es precisamente esa adhesión a un texto predefinido por una de las partes contratantes, la aseguradora, lo que justifica que en aras de la buena fe contractual se determine que **tanto amparos** como exclusiones se consignen en caracteres destacados a partir de la primera página de ese condicionado general, para que los mismos puedan ser identificados por la parte adherente quien no tuvo la oportunidad de discutirlos y/o modificarlos, sino que simplemente se adhirió a los mismos.*

*“5) Ese realce informativo en favor de la parte adherente del contrato evidentemente no es necesario, cuando ésta tiene la posibilidad de negociar y discutir libremente los términos y condiciones generales del contrato de seguro, de manera, que pudo conocer efectivamente **los amparos, exclusiones** y demás términos contractuales e incluso modificarlos y/o cambiarlos de común acuerdo con la compañía de seguros, tal y como en efecto, lo hizo el Centro Comercial Los Molinos P.H. en el caso objeto de estudio.*

*“6) Lo anterior es tan claro que el Asegurado no sólo acordó la modificación y el alcance de algunos amparos, sino que también, consintió expresa e inequívocamente, en atención a los riesgos y la prima, en la modificación a la exclusión 3.27. y la inclusión de las exclusiones 3.33., 3.35., 3.36. y 3.38., **por lo que resulta hoy en día por demás sorpresivo y cuestionable, absolutamente contrario a sus propios actos, que no obstante haber conocido y consentido durante varios años aquellas, pida en este proceso y ante la ocurrencia de un siniestro, que tales exclusiones sean declaradas ineficaces por un formalismo que, por cierto, ni siquiera es requerido tratándose de condiciones particulares porque las mismas son plenamente conocidas por el tomador/asegurado y adicionalmente priman, en caso de contradicción, sobre cualquier otra condición general se hubiere dispuesto por parte de la compañía de seguros.**”⁹⁰*

Adicionalmente, la Convocada indicó que el ordenamiento jurídico nacional no exige que los amparos y exclusiones deban estar únicamente en la primera página de la póliza, pues según lo desarrollado por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Básica Jurídica, los amparos y exclusiones de los contratos de seguro deben figurar de forma continua *a partir* de la primera página de las condiciones generales de la póliza. Teniendo en cuenta lo anterior, la Convocada manifiesta que **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** no incumplió con la

⁹⁰ Expediente Digital, Carpeta No. 1 Principal, Subcarpeta No. 06 Alegatos, 0. Alegatos de conclusión – Centro Comercial los Molinos P.H. VL. Folio 48-49.

normativa antes referenciada, por cuanto se consignaron de manera continua y a partir de la primera página del clausulado general la totalidad de amparos y exclusiones contenidos en la póliza objeto de controversia. Dichas exclusiones fueron luego modificadas de común acuerdo, por la vía de las condiciones particulares, a las cuales, según la Convocada, no le son aplicables las normas enunciadas.

En ese contexto, señala que no podría el Tribunal declarar la ineficacia invocada por la parte Convocante, toda vez que las condiciones cuestionadas en este trámite arbitral fueron consignadas de común acuerdo por las partes en el condicionado particular y se mantuvieron por varios años en el contrato de seguro sin que hubieran sido objeto de inconformidad por parte del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** Esto, aunado a que la Convocante contó con la asesoría de Willis Towers Watson Corredores de Seguros S.A.-un corredor de seguros profesional en la materia- durante la vigencia de la relación contractual, lo que demuestra que la Convocante tuvo pleno conocimiento de las exclusiones que ahora pretende se declaren ineficaces.

Por lo anterior, según **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, la parte Convocante no puede beneficiarse de la ineficacia negocial de pleno derecho consagrada en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990, subsumida en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, porque *“el patrón de conducta contractual que fue observado por aquella, especialmente el hecho de haber conocido plenamente las exclusiones en comento sin haber presentado ninguna salvedad, enerva la necesidad de protección de la parte asegurada ante un conjunto de disposiciones contractuales que ni le eran desconocidas, ni le resultaron sorpresivas y, por consiguiente, no pueden ser inaplicadas por aspectos formales al haber sido particularmente pactadas y aceptada[s] incluso por la parte que hoy pretende su desconocimiento, en manifiesta contradicción a lo que a la fecha ha sido su propia conducta contractual.”*⁹¹

4.5.3. Consideraciones del Tribunal

Definidas en los anteriores términos las posturas de las partes, corresponde al Tribunal determinar si en efecto las exclusiones alegadas por la Convocada en la objeción al siniestro y propuestas como excepciones en el trámite arbitral son ineficaces o si, por el contrario, cumplen con los requisitos de eficacia y pueden, por tanto, ser aplicadas para la definición de la controversia.

⁹¹ Expediente Digital, Carpeta No. 1 Principal, Subcarpeta No. 06 Alegatos, 0. Alegatos de conclusión – Centro Comercial los Molinos P.H. VL. Folio 61.

4.5.3.1. Requisitos de eficacia de las exclusiones en el contrato de seguro. Análisis de la normatividad aplicable. Numeral 3 del artículo 44 de la Ley 45 de 1990; literal c), del numeral 2, del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Con el propósito de garantizar que el consumidor financiero conozca *prima facie* cuáles son los riesgos amparados por el seguro que está contratando, y cuáles son los riesgos que contractualmente se excluyen de su cobertura, el legislador incluyó una regla específica en el literal c) del artículo 44 de la Ley 45 de 1990, según la cual: “*los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.*” (Se destaca). Esta regla fue reproducida en el numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el que se indica que “[*l*os amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”.

En sentido similar, en el numeral 1.2.1.2. de la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia se señala que “[*l*os amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse de manera continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral (...)].”

Es claro, entonces, que en tratándose de la ubicación de las exclusiones en las pólizas de seguro, la normatividad aplicable indica que estas deben estar consignadas en la primera página de la póliza, o, por lo menos, a partir de ella.

Ahora bien, según ya se ha indicado, al estudiar la póliza contentiva del contrato de seguro objeto de la controversia, el Tribunal observa que las exclusiones no se encuentran en la primera página de la póliza. Tampoco se encuentran en la primera página de las condiciones generales. Las exclusiones se encuentran incorporadas a partir de la página 7 de las condiciones generales y de la página 3 de las condiciones particulares. Puntualmente, la exclusión No. 3.27 —invocada por la Convocada al objetar el siniestro— se encuentra ubicada en la página 12 de las condiciones generales. Por su parte, las exclusiones Nos. 3.33, 3.35, 3.36 y 3.38 —también alegadas por la aseguradora en la objeción del siniestro—, se encuentran ubicadas a partir de la página 3 de las condiciones particulares.

Por lo expuesto, una conclusión preliminar sería que el contrato de seguro incorporado en la póliza No. 1000116 no cumple con los imperativos legales, toda vez que no se observa la exigencia relativa a que las exclusiones deben estar en caracteres destacados y en la primera página de la póliza. Sin embargo, el asunto debe ser analizado teniendo en cuenta la finalidad de los requisitos formales a los que se ha hecho alusión, así como el comportamiento de las

partes durante la celebración y ejecución del contrato, y sus renovaciones y prórrogas, pues solo con ese contexto más amplio se podrá llegar a una conclusión definitiva sobre el particular, todo lo anterior teniendo en cuenta lo que al respecto han señalado la jurisprudencia y los antecedentes arbitrales.

4.5.3.2. Antecedentes jurisprudenciales

Observa este panel arbitral que, tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como los Tribunales de Arbitraje, se han encargado de estudiar este particular asunto. La discusión no ha sido pacífica, por cuanto se ha llegado a conclusiones diversas.

Por una parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, ha estudiado diversos asuntos en los que personas naturales, como tomadoras o beneficiarias de contratos de seguro de vida o de responsabilidad civil, han considerado que se les han vulnerado sus derechos fundamentales por parte de las compañías aseguradoras que se han opuesto a sus pretensiones indemnizatorias invocando exclusiones que, en su sentir, deberían ser declaradas ineficaces de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Este es el caso, por ejemplo, de las sentencias STC 514-2015 del 29 de enero de 2015, STC 17390-2017 del 25 de octubre de 2017, STC 13117-2018 del 10 de octubre de 2018, STC 3552-2020 del 1 de junio de 2020 y STC 12213-2021 del 16 de septiembre de 2021. Resalta el Tribunal que, en dichas oportunidades, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los accionantes que, se reitera, eran personas naturales, la Corte Suprema de Justicia ha declarado la ineficacia de las exclusiones que no se encontraban consignadas en caracteres destacados y en la primera página de la póliza.

Por su parte, en sede arbitral se ha planteado la misma controversia relativa a qué consecuencia debe aplicarse a las exclusiones que no cumplan, *prima facie*, con los requisitos normativos sobre su ubicación y forma de redacción. Al respecto, después de analizar las particularidades concretas de cada caso, como, por ejemplo, cómo se llevó a cabo el proceso de contratación de la póliza, si el asegurado contó con asesoría de un profesional experto, o si el asegurado tuvo conocimiento de los amparos y exclusiones de la póliza antes y durante la relación contractual, los Tribunales de Arbitraje se han inclinado por dotar de eficacia a las respectivas exclusiones, aunque ellas no estén en la primera página de la póliza, en la medida en que se haya podido constatar que el asegurado tuvo -o pudo tener- oportuno conocimiento de los términos contractuales, en materia de coberturas y exclusiones.

Así se concluyó, por ejemplo, en el laudo arbitral proferido el 15 de marzo de 2006, en el que se dirimieron las controversias entre la Corporación Club El Nogal y las aseguradoras Chubb

de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., en el que se indicó lo siguiente:

“Es incuestionable, de otra parte, que en el presente caso el asegurado tuvo pleno y cabal conocimiento de la exclusión que nos ocupa, como se explica en otro aparte de este laudo, pues quedó demostrado que él y el corredor que lo asesoró no sólo supieron de su inclusión en el texto de la póliza, sino que analizaron sus efectos y alcance, a tal punto que negociaron y obtuvieron el levantamiento de la exclusión para otros dos módulos, pero la dejaron para el de la responsabilidad civil, por cuanto, después de sopesar sus eventuales consecuencias, estimaron que no tendría aplicación respecto de esta última cobertura.

“Por tanto, se cumplió sin duda la teleología del requisito consistente en que los riesgos y exclusiones aparezcan en la primera página de la póliza, dado que el Club El Nogal tuvo puntual información acerca de los riesgos asumidos por las Aseguradoras y de aquellos que, en virtud de la exclusión, habrían de permanecer en cabeza del asegurado. Contó, además, con la asesoría y respaldo de un profesional de reconocido idoneidad y experiencia, como lo es su corredor lo que atenúa, como lo reconoce la doctrina, la intensidad de la obligación de información del asegurador, reduciéndose, así, la importancia práctica de las menciones que deben aparecer en la primera página de la póliza, dado que estas están dirigidas a informar sobre todo a personas neófitas o profanas en materia de seguros, quienes, además, no suelen acudir a las negociaciones acompañadas de expertos que las asesoren.

“A las anteriores consideraciones debe sumarse otra no menos importante, según la cual el intérprete debe guiarse por el principio de conservación del contrato o de la estipulación específica que se impugne, tratando de encontrar un entendimiento plausible de aquel o de esta que permita preservar su efectividad y poder vinculante (favori negotii), de tal manera que habrá de preferirse el sentido, según el cual lo acordado sea válido y eficaz, en vez de aquel que prive de efectos a lo convenido.

“En consecuencia, respecto de la exclusión a que se ha hecho mención, el Tribunal no accederá a reconocer los elementos configurativos de la ineficacia, toda vez que considera que esta estipulación es válida y vinculante para las partes.”⁹²

En una oportunidad más reciente, al estudiar la eficacia de algunas exclusiones que no se encontraban en la primera página de la póliza, otro Tribunal Arbitral concluyó lo siguiente:

“3.10. Más sin embargo, no obstante que de estar a las precedentes consideraciones habría de concluirse entonces que, en el diferendo a cuya solución apunta el presente Laudo Arbitral, a

⁹² Tribunal Arbitral de Corporación Club El Nogal. vs. Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. Laudo del 15 de marzo de 2006.

pesar de su existencia fáctica sería del caso tener por ineficaces de pleno derecho las exclusiones de cobertura invocadas por las compañías convocadas al contestar la demanda en su contra incoada, lo cierto es que las cosas no podrán sucederse de este modo por fuerza de las razones que a continuación se indican:

“3.11. En atención a fuentes normativas distintas a la ley, cuya fuerza moral no pueden dejar de irradiar una especie litigiosa como la que ocupa la atención de este Tribunal arbitral, que gira en derredor de un arquetipo contractual en el cual la actuación de buena fe adquiere dimensiones superlativas, es imperativo poner el acento en los siguientes detalles, también de inocultable significación y que justifican que en una situación como la que revelan las piezas del expediente de este proceso arbitral, no haya lugar a hacer actuar en defensa del asegurado el sistema protector que integran las normas legales de marras:

“3.11.1. En el presente asunto, la finalidad tuitiva de este conjunto de normas se cumplió, pues la sociedad convocante, como explícita y abiertamente lo confesó su representante legal, con ocasión de la absolución del interrogatorio de parte que le formuló el apoderado de las demandadas, conoció la existencia de las exclusiones en cuestión, con anterioridad al siniestro que alega (folio 12, cuaderno de pruebas número 6), siendo también de su comprensión el recto entendimiento de ellas. Quiere decir lo anterior que, entendido este cuadro normativo con estribo en el método, elemento o momento teleológico, en el asunto “sub examine”, su función institucional protectora de la parte asegurada se cumplió a cabalidad.

*“3.11.2. Habiendo la sociedad convocante conocido de tiempo atrás la existencia de estas exclusiones, con mucha antelación a la época del hecho jurídico constitutivo del siniestro, jamás manifestó malestar o reparo alguno por figurar ellas en un lugar distinto al ordenado por el régimen legal, así como tampoco hizo lo propio si es que a su juicio no eran de fácil comprensión en cuanto a su sentido y alcance. De esta manera, siendo así las cosas a lo que es preciso cerrarle el paso es a que por cuenta de una aplicación aislada del artículo 44, número 3, de la Ley 45 de 1990 y de las que le son concordantes y consecuentes, a este litigante le sea permitido levantarse en contra de su acto del pasado, con violación del principio jurídico según el cual nadie es admitido a alzarse en rebeldía contra su propio patrón de conducta observado en tiempo pretérito (venire contra factum non propriam); algo abiertamente ofensivo del canon ético inspirador de la conducta de las partes contractuales del contrato de seguros, a quienes les es exigido actuar con esmerada buena fe (uberrima bonae fide/). Por esta vía de derecho adoptada por el Tribunal, se da entrada a una aplicación metódica o sistemática de todo el orden jurídico, en tanto y en cuanto que, a la aplicación de esas disposiciones de rango legal, la demarcan principios jurídicos generales que, por sabido se tiene, cobran preponderante importancia en el ámbito contractual cual ocurre con el de buena fe recién aludido, en la medida que de suyo implica, conforme lo tiene sentado la doctrina”,
“Un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever. La necesidad de coherencia del comportamiento*

—enfatisza el autor en cita- limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que solo pueden ser ejercitados en la medida en que este ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior ...

“(...)

“En este orden de ideas, circunstancias de hecho como las que en la especie de autos quedaron establecidas imponen la construcción de una regla de derecho con arreglo a la cual, la parte asegurada, no podrá resultar favorecida con el reconocimiento de la ineficacia negocial de pleno derecho consagrada en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 en concordancia con el artículo 184 numeral 2 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y en el artículo 897 del Código de Comercio, si el patrón de conducta contractual antecedente por aquella parte observado, respecto de los motivos legales que a tal eficacia dan lugar, lo enerva la objeción de conducta contradictoria inadmisibles, regla susceptible por lo tanto de convertirse en “ratio decidendi” en principio estimable inclusive de oficio por el órgano jurisdiccional, judicial propiamente dicho o arbitral.”⁹³

Precisado el contexto anteriormente reseñado, el Tribunal considera pertinente estudiar cuál es la finalidad de las normas que exigen una determinada ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza para efectos de analizar si esta se cumplió en el caso concreto.

4.5.3.3. Finalidad de los requisitos establecidos en la ley, atinentes a la ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza y a la forma en la que deben estar redactadas.

Las exigencias relativas a la ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza y a la forma en la que deben estar redactadas tienen como finalidad que el consumidor financiero —que no es un experto en materia de seguros— tenga información clara sobre cuáles son los amparos que está contratando y cuáles hechos quedaron contractualmente excluidos de cobertura. Así se desprende de una lectura integral de los tres numerales del artículo 44 de la Ley 45 de 1990:

“Artículo 44. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

“1o. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, a la presente Ley y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva.

⁹³ Tribunal Arbitral de Biofilm S.A. Vs. Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. Laudo del 6 de mayo de 2019. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/23503>

“2o. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

“3o. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.” (Se destaca).

La redacción del numeral 2 del artículo anteriormente citado permite concluir que las exigencias respecto a cómo se deben redactar las pólizas y en qué parte de su cuerpo deben estar consignadas las exclusiones, tiene como propósito facilitar que el asegurado comprenda los amparos que está contratando y los riesgos que están excluidos de la cobertura.

Esta interpretación concuerda con lo expuesto en el primer debate del Proyecto de Ley No. 113 de 1990 —hoy Ley 45 de 1990— en la Cámara de Representantes, oportunidad en la que se manifestó respecto del ya citado artículo 44 lo siguiente:

“Establece los requisitos generales que deben observar las pólizas, con el fin de subsanar prácticas inadecuadas de común ocurrencia en el mercado, que afectan la imagen del sector asegurador y perjudican los derechos de los asegurados. Así, se sanciona con la ineficacia la estipulación que contraría las estipulaciones imperativas del contrato de seguro, evitando que en las pólizas pueda mimetizarse requisitos para acceder al pago de las indemnizaciones, como por ejemplo sentencias ejecutoriadas, que no se compadecen con la libertad probatoria que establecen nuestros códigos. Debo llamar la atención sobre el hecho de que en ausencia de una sanción expedita como la ineficacia, que no requiere declaración judicial, la discusión sobre el alcance de la cláusula correspondiente debería llevarse a un proceso que toma varios años y que desmejoraría la posición del asegurado frente a la compañía.

*“Por las razones anteriores, el mismo art. 44, en sus ordinales 2º y 3º, establece normas de presentación para las pólizas, **tratando de evitar dificultades de interpretación que suelen presentarse frecuentemente en relación con las coberturas y las exclusiones, con lo cual se facilita su comprensión para la comunidad. De esta manera se garantiza, en forma afortunada, el derecho de los terceros a conocer realmente el producto que compra a una compañía de seguros y a ejercitar debidamente los derechos que de ese contrato se derivan.**”*⁹⁴ (Se destaca).

⁹⁴ Primer debate en la Cámara de Representantes Proyecto de Ley 113 de 1990. Citado en: Daniel Vásquez Vega. *La carga de establecer las exclusiones del contrato de seguro en la primera página de la póliza*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. Núm. 55. Julio 2021.

Es claro, entonces, que la finalidad de la norma es procurar que el tomador del seguro tenga pleno conocimiento de la cobertura que se desprende del contrato de seguro que pretende celebrar. Así lo estableció también la antigua Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, en el Concepto No. 1999055614-2 del 9 de febrero de 2000, oportunidad en la que se pronunció en los siguientes términos:

“Sea lo primero manifestarle que dentro del ámbito de la libertad contractual que les asiste a las partes en el contrato de seguro, el asegurador en virtud de la facultad que consagra el artículo 1056 del Código de Comercio puede, salvo las restricciones legales, asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado, el patrimonio o la persona del asegurado. Es así como éste, mediante la suscripción de la póliza de seguro decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertos presupuestos, de tal manera que solo en el evento de que se presenten éstos, deberá cumplir con su obligación de indemnizar. De igual forma, adicionalmente, puede incorporar en la póliza determinadas estipulaciones, contentivas de circunstancias que aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo no obliguen al asegurador a la prestación señalada en el contrato de seguro, las cuales se conocen generalmente con el nombre de exclusiones.

*“Unos y otros, vale decir, los amparos y las exclusiones, de conformidad con lo establecido por el literal c), numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, deberán figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza **con el fin de proporcionar al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, a efecto de que las partes en caso de duda puedan precisar el alcance de dichas estipulaciones (...)**”.*⁹⁵ (Se destaca)

Analizados los antecedentes a los que se ha hecho referencia, concluye el Tribunal que las reglas contenidas en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990, reproducidas en el artículo 184 del Estatuto del Sistema Financiero, tienen como propósito brindarle información clara y suficiente al potencial consumidor financiero para que tenga conocimiento de lo estipulado en el contrato de seguro que se propone contratar.⁹⁶ Se trata de una disposición tendiente a proteger a los usuarios del sistema asegurador teniendo en cuenta la asimetría en la información que puede existir frente a las compañías aseguradoras.

En el caso que ocupa la atención de este panel arbitral, se observa que, aunque las exclusiones no se consignaron en la primera página de la póliza, la finalidad buscada por dichas exigencias sí se alcanzó. Lo anterior en la medida en que quedó acreditado en el proceso que (i) el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** contó con el acompañamiento y asesoría

⁹⁵ Superintendencia Bancaria. Concepto 1999055614-2 del 9 de febrero de 2000.

⁹⁶ Vásquez Vega, Daniel. La carga de establecer las exclusiones del contrato de seguro en la primera página de la póliza, 53 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 15-38 (2020). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.cecc>. Pág. 32.

de Willis Towers Watson Corredores de Seguros S.A., un profesional especializado en la materia⁹⁷; (ii) el corredor de seguros le informó al asegurado, de manera previa a la celebración del contrato de seguros objeto de controversia, los amparos y exclusiones contenidos en la póliza No. 1000116⁹⁸; (iii) el director administrativo del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** manifestó que la firma Willis Towers Watson Corredores de Seguros S.A. le entregó a la copropiedad el texto completo de la póliza e información sobre las exclusiones⁹⁹; y (iv) la póliza fue originalmente contratada en el año 2013 y fue renovada hasta el año 2019, sin que en momento alguno la Convocante manifestara inconformidad o protesta por la ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza.

En efecto, al rendir su testimonio, el señor Rodrigo Muñoz Menéndez, quien funge como Presidente de la Junta del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** manifestó lo siguiente con respecto a la relación de la copropiedad con el corredor de seguros Willis Towers Watson:

“Bueno, eso es con respecto al tema, y yo también quería decirles es que, es curioso, porque el corredor de seguros de nosotros, Willis, es que es un corredor de seguros bastante bueno, bastante reconocido.

“Ha sido el corredor de seguros durante todo el tiempo, todos los años nos presentaba quién había ofertado para ser los seguros del centro comercial, y cuál eran los pros y los contras, los pros y los contras de cada uno los aseguradores.”

“(…)

“DR. HINCAPIE: [01:09:48] Gracias, don Rodrigo. Yo le quería preguntar, usted mencionó en su declaración que en el Consejo de Administración se les presentaba por parte del corredor de seguros, los pros y los contras de los seguros que contrataba al centro comercial.

“SR. MUÑOZ: [01:10:05] Sí señor.

“DR. HINCAPIE: [01:10:07] Usted le podría explicar a este tribunal precisamente, a qué se refiere con pros y contras, y si le podría igual precisar si esa reunión o esas reuniones, si usted recuerda, se produjeron antes de que se descubriera el fraude?”

⁹⁷ Expediente Digital, Carpeta No. 1 Principal, Subcarpeta No. 04 Trámite De La Demanda, 02 Demanda Arbitral Integrada Subsanada SBS Seguros, Hecho 5.5. y Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 04 Transcripciones, Testimonio del Sr. Rodrigo Muñoz Méndez.

⁹⁸ Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 04 Transcripciones, Testimonio del Sr. Nelson Darío Gallego Ríos.

⁹⁹ Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 04 Transcripciones, Testimonio del Sr. Jaime Andrés Salazar.

“SR. MUÑOZ: [01:10:29] Todos los años, doctor Hincapié.

“DR. HINCAPIE: [01:10:32] Usted podría precisar en qué consistía esos pros, cómo era la explicación que les daban a ustedes sobre las coberturas de seguros, y en particular, le agradecería si puede ilustrar al tribunal sobre la explicación que les ofrecieron con cargo o con relación a la póliza infidelidad de riesgos financieros.

“SR. MUÑOZ: [01:10:52] Yo, lo que puedo decir es que, cada año venían dos funcionarios, dos o tres funcionarios de Willis al consejo, y exponían por qué deberíamos tomar cada valor, el valor de todo riesgo, el valor de todo riesgo, el valor de incendios y el valor de responsabilidad civil. En el Consejo, como era una póliza de tanto valor, nunca ninguna compañía individual era capaz de tomar todo el riesgo, entonces siempre había pool de tres compañías, dos o tres compañías para tomar el seguro, siempre.

“Entonces se presentaba mucho cuál era el deducible, y se alegaba que, si el deducible era el 2 por ciento del valor total de la póliza, el otro decía el 2 por ciento o el 3 por ciento del valor de la pérdida. Se hablaba mucho de ese tema, y si estábamos bien asegurados, se hablaba mucho del tema del valor de la póliza, del tema de responsabilidad civil, porque todos los días en el centro comercial nos pasaban cosas y en todos los centros comerciales pasaban cosas y más de responsabilidad civil.

“Cuánto era el valor, y qué no nos pagaban a nosotros en responsabilidad civil, con respecto al de infidelidad, no, no se hablaba mucho sino hablábamos más bien era el valor a tomar, y la comparación era, cuál ofrecía el mayor valor a tomar y cuál era el costo, y él nos decía cuál era el riesgo que corríamos.”

“(…)

“DR. VIVAS: [01:25:21] Sabe usted si había reuniones con la Administración, con la administración, usted ya nos dijo que al Consejo Administración se le daban unos datos. Hubo reuniones con la administración de parte de Willis, si usted lo sabe, para el análisis de los contratos de seguro?

“SR. MUÑOZ: [01:25:42] Para serle franco, no sé, pero yo me imagino, porque la relación con Willis era muy estrecha, doctor Vivas, porque fíjese que el centro comercial con toda esta mano de parqueaderos que tenemos, siempre había alguno siniestros, que la señora que se cayó en

*el corredor, había una relación muy estrecha con Willis, muy estrecha.*¹⁰⁰ (Se destaca)

Por su parte, el señor Nelson Darío Gallego Ríos, quien fue funcionario de la firma Willis Towers Watson Corredores de Seguros S.A., al absolver el interrogatorio que se le formuló, indicó que el corredor de seguros le informó a la copropiedad, de manera previa a la contratación del seguro, el contenido del clausulado de la póliza objeto de esta controversia. Al respecto manifestó:

“SR. GALLEGO: [00:25:41] (...) De todas las pólizas en las reuniones previas a la renovación o cuando ya se entregaban los términos de renovación del programa de seguro de todas las pólizas, pues aquí no era directamente con el consejo que se llevaba a un nivel de detalle, preliminarmente se llegaba a un nivel de detalle con la gerencia o/y con los otros funcionarios que ejercían cargos directivos, que insisto, eran, recuerdo, eran tres funcionarios adicionales, a veces se compartía con estos cuatro funcionarios, a veces con dos, a veces con la doctora Johanna que cumplía como gerente del centro comercial (...).

“En esas reuniones que era donde mayor nivel de detalle se llevaba, se hacía las reuniones con ellos, se informaban las condiciones, informaban las condiciones de coberturas, cláusulas, límites, sublímites, deducibles, exclusiones, garantías, en esas reuniones se entregaba toda esa información, se socializaba, previamente se enviaba una documentación vía correo electrónico y cuando ya se colocaba el negocio con la compañía de seguros, cuando ya se contrataba el programa de seguros con la aseguradora, pues se mandaba una información que se llamaba confirmación de cobertura en donde se enviaba las condiciones técnicas con que quedaba contratado el programa de seguros, en cuanto a todo lo que ya les dije, de coberturas, de exclusiones, de garantías, todo eso se enviaba.”

(...)

“DR. VIVAS: [00:38:05] Okey. Entonces, de acuerdo con su respuesta, esa póliza no se renovó automáticamente, para precisar, la paró el Centro Comercial, estudió las distintas ofertas y ahí sí decidió tomarla, ¿es así?

“SR. GALLEGO: [00:38:23] Así es.

(...)

¹⁰⁰ Expediente Digital, Carpeta No. 1 Principal, Subcarpeta No. 04 Trámite De La Demanda, 02 Demanda Arbitral Integrada Subsanada SBS Seguros, Hecho 5.5. y Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 04 Transcripciones, Testimonio del Sr. Rodrigo Muñoz Méndez.

“SR. GALLEGO: [00:41:12] Era un producto que uno podía confirmar posteriormente que se hiciera con esas condiciones que la compañía de seguros ofrecía.

“DR. VIVAS: [00:41:19] Es decir, si las revisaban primero ustedes con el centro comercial.

“SR. GALLEGO: [00:41:24] **Sí, claro, todas las condiciones se revisan con, todas las condiciones de renovación se revisan con el centro comercial, así como lo dije ahorita.**

(...)

“DR. HINCAPIÉ: [00:43:25] ¿Y usted recuerda, señor Gallego, si al interior de Willis se le brindó alguna vez una capacitación, charla, explicación al Centro Comercial Los Molinos acerca de cómo funcionan los amparos, cómo funcionan las exclusiones, cómo funcionan las garantías en ese tipo de seguro?

“SR. GALLEGO: [00:43:43] **Sí, sí, por supuesto, por supuesto que esas condiciones se analizaban, por supuesto que sin recordarlo específicamente para que contrataran el seguro y usted me recordó ahora que fue en el 2015 que se contrató el primer seguro, las condiciones de para qué funcionaba, para qué servía ese seguro y cuáles eran las condiciones específicas, pues había que informarlas, si se compartían y se socializaba con la parte administrativa del centro comercial.”** (Se destaca).

Adicionalmente, el señor Jaime Andrés Salazar, quien fue el director administrativo del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** entre los años 2015 y 2018, manifestó en su testimonio que el corredor Willis Towers Watson le entregó a la copropiedad el paquete completo de la póliza, incluyendo ahí la información atinente a las exclusiones:

“DR. CÁRDENAS: [00:13:51] Lo que usted recuerda, simplemente para tenerlo claro, era que se daba una información acerca de los valores que se cobraban por los seguros y solo eso o había algún otro tipo de información?

“SR. SALAZAR: [00:14:03] No, información de cómo era la participación de las pólizas que se presentaban. O sea, el corredor lo que hacía era que hacía el manejo o el contacto directo con las aseguradoras y ya se presentaban en un paquete, donde había una participación específica de dos, tres aseguradoras. Y eso es lo que se le presentaba al Consejo de Administración.

“DR. CÁRDENAS: [00:14:27] Recuerda usted si había algún detalle sobre coberturas, exclusiones?”

“SR. SALAZAR: [00:14:31] **Sí, ellos entregaban información referente a qué se cubría, cuáles eran todos los campos de acción de las de las pólizas que se encontraban en el centro comercial, y en algún momento si se llegaron a mencionar exclusiones, claro.**

“DR. CÁRDENAS: [00:14:48] Recuerda algún tipo de exclusión que se mencionara?”

“SR. SALAZAR: [00:14:52] Las normales, que eran los mantenimientos preventivos, por ejemplo, en equipos, mantenimientos preventivos que estaban respaldados básicamente con el plan de mantenimiento. Todo lo que tenía que ver con vacaciones, que estaba respaldado con el pack de vacaciones que se hacía al inicio del año una programación general del centro comercial para las vacaciones de todo el personal, y los mantenimientos preventivos, por ejemplo, en trampas de grasa, seguimientos a extintores, ductos de extracción, que eran obligatorios, obviamente, en esas auditorías previas que se habían hecho tanto por el centro comercial como también como un plus que podía dar la corredora, se habían hecho varias auditorías previas. Durante los años que yo estuve fueron varias las auditorías previas que hicieron, tanto a los procesos como directamente a los locales, específicamente de comidas. Tuvimos también un proyecto de continuidad del negocio que también fue brindado por la corredora. Entonces, en todo el proceso lo que se hacía era que se verificara, obviamente, que hubiera cumplimiento de todas las requisiciones que daban.

(...)

“DR. HINCAPIÉ: Yo le quería preguntar, doctor Jaime Andrés, específicamente en punto a la cobertura de... financieros, recuerda usted si recibió algún tipo de información, explicación, por parte del corredor de seguros que nos mencionó ahora en su momento?”

“SR. SALAZAR: [00:16:40] **Sí, había, como le decía, unos seguimientos que se realizaban mensuales. En esos seguimientos mensuales, si bien se enfocaba más que todo a los procesos que estaban en curso, demandas o requerimientos que estaba haciendo el centro comercial en curso, también había espacios donde se daban para formación. En esa parte de la formación era explicación general de todas las pólizas y los alcances que podían tener.**

(...)

“DR. VIVAS: [00:17:21] Yo sólo tengo un par de preguntitas cortas. Usted acaba de mencionar que cuando se hacía la negociación, les explicaban, a una respuesta del doctor Juan Pablo las exclusiones, más o menos la cobertura, usted lo mencionó; mi pregunta es muy concreta,

cuando ya contrataban la póliza, les entregaban las condiciones de la misma completas?

“SR. SALAZAR: [00:17:56] Sí, claro. Se entregaba todo el paquete, se entregaba el paquete de la de las pólizas y se entregaba también la información de las exclusiones.” (Se destaca)

Teniendo en cuenta el contexto del presente trámite arbitral y valorados los medios de prueba anteriormente reseñados, estima este Tribunal que para la definición de esta controversia no resulta aplicable la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a la que se hizo referencia en párrafos anteriores, pues los casos allá estudiados son disímiles del que acá nos ocupa. Se reitera, en las acciones de tutela que fueron objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia los accionantes son personas naturales que solicitaron la protección de sus derechos fundamentales, por las objeciones que las aseguradoras plantearon cuando aquellas les reclamaron indemnizaciones derivadas de contratos de seguros de vida o de responsabilidad civil, y en las que aquellas alegaron desconocer las exclusiones que se les pretendieron hacer aplicables. Distinto es el asunto litigioso sometido al conocimiento del Tribunal, en el que la parte asegurada, una persona jurídica que administra un importante complejo inmobiliario con establecimientos comerciales de diversa naturaleza, contó con asesoría de un profesional en materia de seguros, recibió información acerca de las coberturas y exclusiones, y mantuvo durante más de seis (6) años la relación contractual, sin hacer reserva alguna sobre la forma en que fueron incorporadas las exclusiones en la póliza.

En el contexto anteriormente analizado, y como el Tribunal encuentra cumplida la finalidad de las normas contenidas en los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se acogerá la postura esgrimida en sede arbitral según la cual se pueden considerar eficaces las exclusiones pactadas en un contrato de seguro, aunque no se encuentren en la primera página de la póliza, en la medida en que la finalidad de la norma haya tenido efectivo cumplimiento.

4.5.3.4. La buena fe en el contrato de seguro y la teoría de los actos propios.

Ahora bien, como es suficientemente conocido y ya ha sido destacado por el Tribunal, el contrato de seguro se rige por el principio de ubérrima buena fe (*uberrimae bonae fidei*). Significa, entonces, que en este tipo de negocios jurídicos se requiere de los contratantes una buena fe calificada, que tiene como consecuencia una mayor exigencia respecto del deber de comportarse de manera fiel y leal en la relación negocial. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha indicado lo siguiente:

“Aseverar que el contrato de seguro es uberrimae bona fidei contractus, significa sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo. La necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurado.”¹⁰¹

Una de las manifestaciones más comunes de la buena fe es la prohibición de actuar contra los actos propios, recogida en el aforismo *venire contra factum proprium non valet*. Esta prohibición, también conocida como la doctrina de los actos propios, supone el deber de conducta de actuar de manera coherente en la vida de relación respetando la confianza legítima generada en la contraparte respecto de conductas anteriores relevantes y eficaces. Sobre el particular, la jurisprudencia nacional ha señalado lo siguiente:

“5.2. Precisamente, con fundamento en el marco antes descrito, se ha desarrollado una regla jurídica de singular importancia en la actualidad para efectos de evaluar el comportamiento humano con trascendencia jurídica, que se conoce en el derecho contemporáneo como la “doctrina de los actos propios” -venire contra factum proprium non valet manifestaban los juristas del medioevo-, conforme a la cual, en líneas generales, en virtud de la buena fe objetiva existe el deber de comportarse en forma coherente, de tal manera que una persona no puede contradecir injustificadamente sus conductas anteriores relevantes y eficaces, particularmente cuando con ellas se haya generado una confianza razonable en los otros en el sentido de que dicho comportamiento se mantendrá –expectativa legítima-, deber cuyo incumplimiento o desatención puede dar origen a consecuencias de diversa naturaleza, tales como la inadmisibilidad o rechazo de la pretensión o excepción que tenga como fundamento el comportamiento contradictorio, o, en su caso, la reparación de los daños causados por la infracción del deber jurídico en esos términos asumido y por la vulneración de los intereses legítimos de aquel cuya confianza se vio defraudada.”¹⁰²

La doctrina de los actos propios exige, entonces, que las partes de una relación comercial actúen con lealtad, probidad y honestidad, y, por tanto, con coherencia. Esto tiene como consecuencia que resulta inadmisibles que un contratante pretenda favorecerse en un proceso judicial formulando una pretensión que resulte contraria a sus actuaciones precedentes. Al respecto, en materia arbitral se ha señalado lo siguiente:

“Importa manifestar que en la esfera del Derecho de seguros, en particular, así luzca natural y obvio, la doctrina que ocupa la atención de este Tribunal, igualmente resulta predicable, tanto más cuanto que en el contrato de seguro, en el que tanta incidencia tiene el principio iluminante de la buena fe, como se acotó, él encuentra fértil y dilatada aplicación. (...) al momento de

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-232 del 15 de mayo de 1997. MP: Jorge Arango Mejía.

¹⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 10326 del 5 de agosto de 2014. Radicación N.º 25307-31-03-001-2008-00437-01.

ocuparse de la interpretación del contrato de seguro, pone de presente que, '[U]a conducta de las partes en todo el iter contractual es indicativa de su genuina voluntad, a tal punto que se constituye en referente de cuestiones significativas... De allí que se tenga decidido que 'resulta necesario exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudicial, y desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que se ha suscitado en el otro contratante''. Por ello el mismo doctrinante concluye aseverando que, 'la circunstancia de que uno de los sujetos de la relación jurídica sustancial, intente verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que la precede en el tiempo, en tanto constituye un proceder injusto, es inadmisibile'.¹⁰³

En síntesis, la doctrina de los actos propios, como desarrollo del principio de buena fe, exige una actuación coherente de las partes no solo en todo el *iter* de la relación contractual, sino también en sus actuaciones procesales. Implica una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, como resultado del deber de comportarse de manera coherente, de forma tal que se impida vulnerar de manera ilegítima la confianza creada entre las partes de la relación negocial.

Ahora bien, en el caso concreto, existen diversos medios de prueba, a los que ya se ha hecho alusión, que permiten concluir que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** tuvo conocimiento, durante la relación contractual, de las exclusiones consignadas en el contrato de seguro, y nunca hizo manifestación o reproche alguno por su ubicación en el texto de la póliza. Por lo anterior, pretender ahora su ineficacia, con ocasión de la objeción realizada por la aseguradora a una reclamación presentada por la copropiedad, resulta contrario a los actos propios de la Convocante.

En efecto, debe ponerse de presente que, como se explicó en apartes anteriores de este Laudo, las exclusiones No. 3.27, 3.33 y 3.35 fueron incorporadas desde la versión original de la póliza y se mantuvieron en todas las renovaciones y prórrogas —aunque con algunas modificaciones en su redacción—. Al respecto debe reiterarse que, desde la celebración del contrato, por acuerdo de las partes, el condicionado relativo a algunas garantías fue sustituido para considerar a tales circunstancias como exclusiones, lo que reafirma el conocimiento que tuvo la Convocante respecto de las mismas. Por su parte, las exclusiones 3.36 y 3.38 fueron incluidas mediante el Endoso No. 1 contenido en el Anexo 6 de la póliza, para la vigencia comprendida entre el 12 de mayo de 2017 y el 12 de mayo de 2018 y se mantuvieron en idénticos términos hasta el final de la relación contractual. No obra en el plenario prueba alguna que permita concluir que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** haya manifestado su inconformidad por el contenido o por la ubicación de dichas exclusiones.

¹⁰³ Tribunal Arbitral de Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E. vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros. Laudo de 5 de marzo de 2009. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/21852>

Por el contrario, se encuentra acreditado que, al expirar una vigencia de la póliza, la Convocante solicitaba, a través de su corredor de seguros, que el contrato de seguro se renovara en los mismos términos pactados para la vigencia anterior. Así, por ejemplo, mediante comunicación remitida el 24 de mayo de 2018, el señor Alfonso Chacón, Gerente de Placement de la firma Willis Towers Watson Corredores de Seguros S.A., le indica a la aseguradora lo siguiente:

“Tenemos el placer de informarles que nuestro cliente ha aceptado su cotización de fecha 30 de Abril de 2018. Por lo tanto, solicitamos renovar la póliza del asunto en referencia para la vigencia comprendida entre el 12 de Mayo de 2018 hasta el 12 de Mayo de 2019.

“Adjunto encontrarán las condiciones con el fin de obtener su confirmación de cobertura por escrito. Si existe alguna discrepancia en los términos y condiciones detallados, les solicitamos el favor de informarnos inmediatamente.

“Agradecemos su acostumbrada colaboración y quedamos a la espera de recibir la confirmación de cobertura a la brevedad posible.

“Archivos adjuntos:

“Propuesta de la aseguradora

“Limite Asegurado: COP1,500,000,000 por evento y COP3,000,000,000 en el agregado anual.

Deducible. COP40,000,000 por evento

Prima Anual: COP11,880,000 Sin IVA

“Reciba un cordial saludo”¹⁰⁴

Frente a ese correo electrónico, una funcionaria de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** contestó lo siguiente:

“Alfonso buenas tardes:

¹⁰⁴ Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.14. RE_ WEM ORDEN DE COLOCACIÓN - REGIONAL MEDELLIN - CC Los Molinos – IRF.

“Te confirmo cobertura para la renovación de la póliza de la referencia en igualdad de condiciones a las de expiración.

De igual manera les adjunto la renovación de la póliza, la cual ya se encontraba expedida.

“Cordialmente,

“Maria del Pilar Cadena Bonilla

Suscriptor Líneas Financieras

SBS Seguros Colombia S.A.”¹⁰⁵ (Se destaca)

Nada manifestó la Convocante sobre las exclusiones que ahora pretende que se declaren ineficaces, que, valga anotar, para el momento en que se enviaron esos correos, ya se encontraban en su totalidad incluidas en la póliza. Adicionalmente, como consta en el Anexo 10, el asegurado solicitó la prórroga de la póliza desde el 12 de mayo de 2019 y hasta el 27 de mayo de 2019, “*bajo los mismos términos y condiciones de la póliza actual (...)*”¹⁰⁶. Posteriormente, como consta en el Anexo 11, la Convocante solicitó una nueva prórroga para el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2019 y el 15 de junio de 2019. Nuevamente, se solicitó *bajo los mismos términos y condiciones de la póliza actual (...)*¹⁰⁷.

Significa, entonces, que fue la voluntad del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** mantener la relación contractual que venía sosteniendo con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** en los mismos términos y condiciones pactados, los cuales, claramente, incluían las exclusiones que ahora son objeto de controversia.

Por lo anterior, las pretensiones atinentes a que se declare la ineficacia de las exclusiones arriba reseñadas resultan contrarias a la doctrina de los actos propios, pues el comportamiento contractual de la parte aquí convocante creó una confianza legítima en la aseguradora sobre el conocimiento y aceptación de las exclusiones consagradas en la póliza No. 1000116 por parte de la copropiedad asegurada. Por lo tanto, no resulta admisible que ahora la Convocante pretenda beneficiarse en este proceso arbitral incoando una acción que no resulta coherente con su patrón de conducta previo.

4.5.3.5. Conclusión

De conformidad con el análisis realizado anteriormente, el Tribunal encuentra, en síntesis, lo siguiente:

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.9 Anexo 10.

¹⁰⁷ Expediente Digital, Carpeta No. 2 Pruebas, Subcarpeta No. 02 Pruebas Contestación, 1.10 Anexo 11.

- (i) La finalidad de la norma contenida en los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico Financiero, es garantizar que el consumidor financiero tenga conocimiento de los amparos y exclusiones consagrados en el seguro que va a contratar.
- (ii) La finalidad anteriormente descrita se cumplió en el caso concreto, aunque las exclusiones no se encontraran en la primera página de la póliza, pues el asegurado contó con la asesoría de un corredor de seguros experto y tuvo conocimiento de las exclusiones pactadas en la póliza.
- (iii) Las actuaciones del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** crearon la confianza legítima en la aseguradora de que el asegurado tenía conocimiento y aceptaba las exclusiones contenidas en la póliza No. 1000116. Esto, en la medida en que la Convocante solicitó la renovación y prórroga del contrato de seguro durante seis (6) años, sin hacer reproche alguno respecto de la ubicación de las exclusiones en el cuerpo de la póliza.
- (iv) Por lo anterior, resulta contrario a los actos propios de la Convocante pretender ahora que se declare la ineficacia de dichas exclusiones.

Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal declarará próspera la excepción denominada “*Eficacia de las exclusiones aplicables al contrato de seguro*” formulada por la Convocada y, por ende, declarará impróspera la segunda pretensión principal de la demanda.

4.6. Análisis de las exclusiones alegadas por la Convocada en la objeción del siniestro y como excepciones en el trámite arbitral

Cuando se analizan las exclusiones en el contrato de seguro se señala, en términos básicos, que se trata de “*los hechos o circunstancias que la exoneran [a la aseguradora] de responsabilidad en caso de pérdida*”.¹⁰⁸ De manera más precisa se ha indicado también que “*las cláusulas de exclusión se sitúan en el ámbito de la delimitación del riesgo, en este caso negativa para el asegurado, y no limitan ningún derecho obtenido, pues el mismo no existe ni existirá (...)*”.¹⁰⁹

Al respecto, en sentencia de reciente expedición, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó lo siguiente:

¹⁰⁸ <https://fasecolda.com/servicios/glosario/e/>

¹⁰⁹ Veiga Copo, Abel. Caracteres y elementos del contrato de seguro. Póliza y clausulado. Editorial Jurídica Diké y Universidad Sergio Arboleda. Pág. 597.

“Resulta por lo tanto de singular importancia al momento de definir las discrepancias surgidas entre las partes en la fase de ejecución del pacto asegurático, establecer con precisión la individualización del riesgo asegurado como elemento esencial del contrato, lo que, a su vez, comporta definir de qué manera quedó delimitada su cobertura de acuerdo a los componentes causal, objetivo, espacial y temporal (...), toda vez que el asegurador, sin desatender las restricciones legales, tiene la prerrogativa de asumir a su arbitrio «todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado» (art. 1056 ib.). Precisamente, en uso de esa facultad, puede establecer exclusiones por virtud de las cuales limita el riesgo asegurado dejando por fuera de cobertura algunas situaciones que, aunque podrían estar allí comprendidas, de llegar a acontecer no son indemnizables”¹¹⁰.

Dichas exclusiones, pueden ser absolutas o relativas, de acuerdo con la naturaleza del riesgo, de manera que las exclusiones absolutas son definidas como: “(...) *aquellas que pueden poner a una compañía en grave situación financiera por la naturaleza del riesgo, por su moralidad o prohibición legal; por su parte, las relativas hacen alusión a aquellas que por costumbre están excluidas en las pólizas pero que pueden ser negociadas mediante convenio expreso con la aseguradora mediante el pago de una extraprima*”¹¹¹.

Sobre las últimas, recae la auténtica relación contractual porque estas son potestativas de las partes.

Como premisa general, a más de las razones ya esbozadas respecto de la eficacia de las exclusiones en el caso objeto de análisis, resalta el Tribunal el hecho acreditado documentalmente consistente en el acuerdo de voluntades manifiesto entre las partes para modificar mediante endosos las condiciones del contrato relacionadas con garantías, a fin de incorporarlas como exclusiones. Concretamente las exclusiones 3.33, 3.34, 3.35, 3.36, 3.27 y 3.38 fueron objeto de incorporación a la póliza por acuerdo entre las partes, según se observa en los anexos 3, 6 y 9 de las pruebas allegadas con la contestación de la demanda

El profesor J. Efrén Ossa Gómez¹¹², frente a las exclusiones esbozó un importante derrotero doctrinario respecto de la relación que debe existir entre ellas y el siniestro:

“Las exclusiones, legales o convencionales, de que hemos hecho mención, en cuanto antecedentes del daño, deben aplicarse con un criterio causal. Para que puedan invocarse como eximentes de responsabilidad del asegurador, deben hallarse con el siniestro en relación de causa a efecto, al punto que este no hubiera ocurrido de no haber mediado la intervención de aquellas”.

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 1301-2022 del 12 de mayo de 2022. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹¹¹ <https://fasecolda.com/servicios/glosario/e/>

¹¹² Ossa Gómez, J. E. (1991). Teoría General del Seguro. Bogotá, Colombia: Temis. Pág. 484.

Surge, por tanto el interrogante atinente a si para que una exclusión, que en su concepción es considerada eficaz, pueda ser de válida aplicación debe tener relación de causalidad directa con los hechos que materializan el siniestro, es decir, si las exclusiones deben tener o no nexo causal con este.¹¹³

Y la respuesta a este interrogante debe tener presentes, como se ha ya expresado, aristas como las siguientes:

- La interpretación restrictiva que sobre las condiciones del contrato de seguro de seguro debe siempre aplicar el intérprete, en especial las que sean consideradas precisamente como exclusiones de cobertura.
- El carácter adhesivo o de contrato de adhesión que caracteriza el contrato de seguro, y por ende la posibilidad de que se incorporen cláusulas abusivas con alteración del equilibrio contractual, entre ellas las cláusulas de exclusiones.
- El carácter de consumidor financiero que la Ley le otorga al asegurado con todo el régimen de protección que ello implica, en especial el de la interpretación *pro consumatore*.
- La concepción contractual de la exclusión, esto es, la manera y forma como haya quedado incorporada en el contrato

Al respecto es pertinente recordar que la posición tradicional de la doctrina liderada por el profesor Efrén Ossa y la jurisprudencia patria, ha defendido la tesis según la cual son aplicables las exclusiones en la medida en que tengan relación de causalidad con el siniestro. La carga probatoria de dicha relación, esto es, de los hechos o circunstancias que sustentan la exclusión y su adecuación al siniestro, recae plenamente en la entidad aseguradora, por tratarse de un eximente contractual de su responsabilidad.

Contrario a esta posición se ha esbozado que, en función del arbitrio reconocido por la ley (artículo 1056 del C.Co.) de “*asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*”, válidamente el asegurador puede establecer exclusiones sin que necesariamente tengan relación de causalidad con el siniestro. Recientemente la Corte Suprema de Justicia refiriéndose a las exclusiones, señaló que “*estas (...) pueden atender a otros razonamientos, válidos siempre que el acotamiento del riesgo tenga una justificación técnica y no obedezcan al capricho del asegurador. Y, en esa medida, el asegurador puede excluir de cobertura*

¹¹³ Ossa Gómez, Daniel – Trujillo Gómez. María Luisa. “¿Las exclusiones del contrato de seguro deben tener relación causal con el siniestro? Nuevas perspectivas desde la Corte Suprema de Justicia”. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros – Volumen 30 – Número 55. 2021.

riesgos materializados en pérdidas al asegurado que tengan relación con un hecho, conducta, situación o evento, aunque estas no sean la causa de la pérdida.”¹¹⁴

Interesante postura de la Jurisprudencia que entiende el Tribunal resulta más acorde con la realidad material de los riesgos que se asumen, por cuanto toma en cuenta la existencia de una relación técnica que sustente la exclusión, –así no tenga relación de causalidad con el siniestro–, para que pueda considerarse válida y aplicable, además de observar los requisitos para su eficacia, en particular la ausencia de abusividad. Usualmente el sustento técnico para que sea incorporada una exclusión en un contrato de seguro, se basa en un mayor riesgo que justifique un mayor costo del seguro, las restricciones generalizadas del mercado internacional de reaseguro, entre otras, circunstancias estas, que, en todo caso, siguiendo al régimen de interpretación restrictiva al que está sometido el contrato, mantiene la carga probatoria de la existencia de dicha justificación técnica en cabeza de la aseguradora.

No obstante lo anterior, debe destacarse que, en el caso concreto, el parámetro sobre el cual se convino la operatividad de las exclusiones quedó establecido en el enunciado de la condición 3, “Exclusiones” de las condiciones generales de la póliza SEGURO DE PROTECCIÓN CONTRA ACTOS FRAUDULENTOS (IRF - CRIME MANAGER)¹¹⁵, así:

*“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON** CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS”:*

Con lo cual, las exclusiones pactadas deben tener una relación de causalidad con el siniestro, ya que solo se puede esgrimir la exclusión como eximente de responsabilidad, a la luz de lo pactado, si la pérdida o la cantidad que representa, sea derivada o este relacionada con ella.

Bajo los anteriores parámetros se analizarán las exclusiones propuestas como excepciones principales de fondo por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, de la siguiente manera:

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4527-2020 de 23 de noviembre de 2020. M.P. Francisco Ternera Barrios.

¹¹⁵ Expediente Digital, Pruebas Virtuales, Anexos SBS Seguros, Anexo No. 2, Seguro de Protección contra actos fraudulentos.

4.6.1. SEGUNDA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA DE TODA PÉRDIDA EN LA QUE SE IDENTIFIQUE LA NO SALIDA A VACACIONES DE LOS EMPLEADOS DE CONFORMIDAD CON LA EXCLUSIÓN 3.27. MODIFICADA VÍA CONDICIONES PARTICULARES DE COMÚN ACUERDO POR LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO DE INSTITUCIONES FINANCIERAS.

La exclusión No. 3.27 está expresada en los siguientes términos: *“Toda pérdida directa o indirecta del asegurado en que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control”*

4.6.1.1. Posición de la Convocante

Según expuso el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en sus alegatos de conclusión, el contrato de trabajo de la señora Astrid Lorena Pérez Lara se celebró el 18 de marzo de 2015. Por lo anterior, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, las primeras vacaciones de esa trabajadora se causaron el 18 de marzo de 2016 y tenía derecho a disfrutarlas a más tardar el 18 de marzo de 2018.

En este sentido, según la Convocante, toda pérdida ocurrida entre el 18 de marzo de 2015 y el 18 de marzo de 2018 estaría cubierta por la póliza No. 1000116.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** señaló que, incluso, si se considerara que la señora Astrid Lorena Pérez Lara debía disfrutar sus vacaciones dentro del año siguiente a su causación, ello debía ocurrir hasta el 18 de marzo de 2017. Significaría, entonces, que la aseguradora debía cubrir las pérdidas ocasionadas entre la fecha de celebración del contrato de trabajo —18 de marzo de 2015— y el 18 de marzo de 2017.

Con base en lo anterior, el Convocante indica que, como la señora Astrid Lorena Pérez Lara se apropió de cheques y de dineros por concepto de parqueaderos en los años 2015, 2016, 2017 y 2018, dichas pérdidas deben entenderse cubiertas por el contrato de seguro celebrado con **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**

4.6.1.2. Posición de la Convocada

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. considera que la exclusión No. 3.27 es aplicable para la definición de la controversia, por las siguientes razones:

- Se pactó, en los términos expuestos con anterioridad, una exclusión relativa a las pérdidas en relación con las cuales se identifique la no salida a vacaciones de los empleados del asegurado por al menos dos (2) semanas consecutivas al año, consignada por demás en forma idéntica durante dos (2) vigencias continuas y sus ulteriores prórrogas.
- Se configuran los presupuestos que acreditan una ausencia total de cobertura, tal como consta en el proceso de ajuste realizado por R&G Espinosa International Adjusters S.A.S., donde se acreditó la no salida a vacaciones entre 2016 y 2018 por al menos dos (2) semanas consecutivas de la empleada Astrid Lorena Pérez Lara, tal como se advierte en el siguiente cuadro:

Relación de Vacaciones tomadas por Astrid Lorena Pérez			
Periodo Causación	Inicio	Fin	Días tomados
18/03/2015 a 18/03/2016	19/10/16	25/10/16	6
	12/08/16	16/08/16	2
18/03/2016 a 18/03/2017	15/04/17	22/04/17	7
	14/11/17	23/11/17	8
18/03/2017 a 18/03/2018	18/04/18	25/04/18	7
18/03/2018 a 28/11/2018	N/A	N/A	N/A

- La empleada Astrid Lorena Pérez no tomó, durante su vinculación al **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, dos (2) semanas continuas o más de vacaciones para todo periodo de un (1) año considerado.
- No quedó probado dentro del proceso la salida a vacaciones de los empleados involucrados en el fraude, por lo menos en el término de dos semanas consecutivas que establece la póliza, situación que fue analizada por el Ajustador R&G Espinoza, en los siguientes términos:

“Es posible establecer que los empleados no tomaron como mínimo dos semanas consecutivas de vacaciones, toda vez que en algunas oportunidades los empleados tomaron entre cinco y ocho días. Según la interpretación de la exclusión mencionada en acápite anteriores, dos semanas consecutivas, correspondería a 10 días hábiles, situación que en varios empleados no se presentó, dando a entender que efectivamente hay lugar a la aplicación de dicha exclusión, por no haberse cumplido con el periodo de tiempo de vacaciones estipulado en la póliza.”

“Cabe resaltar, que el log de vacaciones de la empleada infiel refleja lo antes mencionado, toda vez que para el período de 18 de marzo de 2015 a 18 de marzo de 2016 únicamente tomó 8 días de vacaciones y para el 18 de marzo de 2017 a 18 de marzo de 2018 tan solo tomó 7 días.”¹¹⁶

4.6.1.3. Consideraciones del Tribunal

Quedó acreditado, en el proceso, lo siguiente:

- Cumplieron con su periodo de vacaciones el Contador (quien recibía los extractos directamente del banco), la Coordinadora Administrativa (Organizaba pagos y transferencias de las fiducias al banco) y el Asistente Contable.
- La empleada Astrid Lorena Pérez no tomó vacaciones en los periodos exigidos en la póliza.
- El modo de operación del fraude más significativo consistía en la alteración de los extractos bancarios.
- Por determinación unilateral de la administradora, se fraccionaron los periodos vacacionales de ella y de la Tesorera, en dos periodos.
- Se trata de una exclusión que fue modificada en virtud de la voluntad de las partes.

Detallando las implicaciones que tiene el hecho de no tomar vacaciones por un periodo consecutivo de dos semanas y su relación de causalidad con las pérdidas, resulta pertinente analizar si el hecho de no tomar vacaciones por dicho periodo resultaba indispensable para fracturar o detener el modo de operación de los hechos delictivos fraguados por los empleados implicados, dentro de los cuales se encontraba la empleada Astrid Lorena Pérez. Esto es, si la circunstancia de no haber tomado vacaciones, acorde a lo dispuesto en el acápite de exclusiones de las condiciones generales de la póliza, se deriva o está relacionada con el acto fraudulento cometido por la tesorera de la Convocante.

Nótese que en la redacción de la Condición Tercera se consignó, en términos generales, que *“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS**”*:

Asimismo, la exclusión 3.27 estaba expresada en los siguientes términos: *“Toda pérdida directa o indirecta originada por la no salida a vacaciones (...)”*, exclusión que fue modificada por las partes, eliminándose en su totalidad el numeral 3.27. y reemplazándolo por la siguiente:

¹¹⁶ Expediente Digital, Carpeta 02. Pruebas, Subcarpeta Pruebas de la Contestación, Reporte Único final, páginas 18 y 19.

“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON** CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS:

3.27: Toda Pérdida directa o indirecta del asegurado en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados durante un periodo mínimo de dos semanas consecutivas por año durante las cuales el empleado no debe desempeñar deberes y permanecer lejos de los locales del asegurado. Para los efectos de esta exclusión y en caso de siniestro se revisará la salida a vacaciones tanto del empleado o empleados que con su actuar causó o causaron o contribuyó o contribuyeron directa o indirectamente a la configuración del siniestro así como de todo otro empleado que haya tenido injerencia en él o en las áreas involucradas en la pérdida y en las áreas de control”.

Efectuado el análisis correspondiente, concluye el Tribunal que no quedó acreditado por parte de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** que el hecho de que los respectivos empleados no tomaran vacaciones tuviera injerencia directa en las pérdidas, pues si bien había operaciones que eran realizadas directamente por la tesorera, había otras que no necesariamente debía ejecutar Astrid Lorena Pérez, por lo que su presencia o ausencia durante el periodo de quince (15) días consecutivos no limitaba la operación fraudulenta.

En este punto el análisis debe ir más allá de que se tuviera o no conocimiento de las condiciones particulares del seguro suscrito por parte del asegurado, lo cual es irrefutable, o de que las exclusiones sean válidas. Se trata de que aun cuando la exclusión sea válida no se erige en un factor que excluye la cobertura -o como un eximente de responsabilidad, en términos de la doctrina tradicional-, como quiera que no existe una relación causal probada entre la falta de salida a vacaciones de la empleada y las pérdidas del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

4.6.2. TERCERA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE CHEQUES GIRADOS SIN SELLOS RESTRICTIVOS DE NEGOCIABILIDAD.

“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON** CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS”:

No. 3.38: “[p]érdidas que provengan de cheques girados por el asegurado, que no porten sellos restrictivos de negociabilidad”.

4.6.2.1. Posición de la Convocante

Al descorrer el traslado de las excepciones de mérito, la Convocante se remitió a lo señalado en la demanda sobre cada exclusión invocada por la aseguradora. Sobre la exclusión 3.38, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** manifestó lo siguiente:

“Adicionalmente, los cheques objeto del fraude se giraron para realizar el pago de servicios públicos, facturas que no era posible cancelar con cheques con sellos restrictivos en su negociabilidad, pues no es un medio de pago aceptado por el proveedor. Como medida de seguridad y a fin de evitar fraudes, no se tenía autorizado el pago de montos elevados a través de la sucursal bancaria, razón por la cual el pago debía hacerse en efectivo. Dado el monto de los recibos no se tenía estas cifras en caja menor, por lo que se hacía necesario la emisión de cheque que se cobraban para poder realizar el pago en efectivo.”¹¹⁷

Este planteamiento fue luego reiterado en los alegatos de conclusión¹¹⁸.

4.6.2.2. Posición de la Convocada

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. justifica la aplicación de la exclusión No. 3.38 argumentando que en la situación objeto de la reclamación los cheques fueron expedidos sin sellos que limitasen su negociabilidad y, en este sentido, se presentan los supuestos fácticos que fundamentan la aplicación de la exclusión analizada. Por lo anterior, no debe haber lugar al pago de indemnización aseguraticia alguna en relación con las pérdidas presuntamente resultantes y/o ligadas al cobro indebido de cheques por parte de la funcionaria infiel.

4.6.2.3. Consideraciones del Tribunal

Están reunidas las condiciones para dar aplicación a la exclusión planteada por **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, con fundamento en el contenido de la póliza y por las razones que se exponen a continuación.

Los cheques no tienen sello restrictivo de negociabilidad, fueron endosados a nombre de la funcionaria Astrid Lorena Pérez Lara, y se presentó un cobro indebido de tales títulos valores,

¹¹⁷ Expediente Digital, Carpeta 01. Principal. Subcarpeta 04 Trámite De La Demanda, 02 Demanda Arbitral Integrada Subsanada SBS Seguros.

¹¹⁸ Expediente Digital, Carpeta 01. Principal, subcarpeta 06, CCLM Vs SSBS Alegato de Conclusión Arbitraje, página 91.

ya que el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** permitía que se giraran cheques sin sellos que limitaran su negociabilidad.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el informe de ajuste de R&G Espinosa *“Ponemos a consideración de la Aseguradora la aplicación de la exclusión 3.38, toda vez que, al recibir los cheques suministrados por el Asegurado, encontramos que no tienen sello restrictivo de negociabilidad y fueron endosados a nombre de la empleada infiel.”*¹¹⁹

Precisando más adelante, en punto al endoso de los cheques y su posterior cobro, lo siguiente:

“En relación a los cheques que fueron endosados a nombre de la empleada infiel, revisamos los extractos bancarios reales de la cuenta corriente 0393-6999-9964 y 0393-6999-9824, versus los extractos bancarios falsificados en los que tuvimos en cuenta los cheques que se relacionan en el extracto real arrojando una pérdida de COP \$ 1,666,407,295, toda vez que se tiene en cuenta el valor total registrado en el extracto real, sin descontar la diferencia de lo relacionado el extracto fraudulento, al considerarse que la contabilidad es falsa, como si lo tuvo en cuenta el Asegurado, motivo por el cual la pérdida reclamada por este rubro asciende a la suma de COP \$ 1,640,876,092.”

Quedó acreditado por tanto que la pérdida de \$1.640.876.092, a la luz de este informe de ajuste, materializada en cheques que fueron girados por el asegurado sin que incorporaran sellos restrictivos de su negociabilidad, guarda una relación de causalidad directa con la exclusión citada, por cuanto que la ausencia de dichos sellos restrictivos fue lo que posibilitó que fueran endosados a la empleada que perpetró el acto deshonesto.

Por otra parte, el Tribunal considera que las alegaciones de la parte Convocante, según las cuales se giraron cheques sin sellos restrictivos de negociabilidad para pagar los servicios públicos porque el proveedor no los recibía como medio de pago si contenían tales limitaciones, no es una razón válida para la inaplicación de una exclusión válida y eficaz pactada en el contrato de seguro. Si el asegurado consideraba que no debía aplicarse la exclusión debió haberle propuesto a la aseguradora una modificación del contrato, lo que no hizo.

Igualmente, no se acreditó en el trámite arbitral, con ningún medio de prueba, que EPM no permitiera el pago de los servicios públicos mediante cheques con sellos restrictivos de negociabilidad. Por el contrario, quedó acreditado, por medio de los testimonios del señor Cristian Fernando Osorio Vidal y del señor Alejandro Horacio Morales Tobón que EPM sí permitía el pago de los servicios públicos por medio de cheques girados a su nombre, pero que

¹¹⁹ Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Reporte Único Final, página 21

en ese caso el pago debía hacerse con anticipación para que se pudiera realizar el canje correspondiente.

Puntualmente, los testigos manifestaron, respectivamente, lo siguiente:

“DR. HINCAPIÉ: [00:11:16] Ahora si usted por favor, quiere expresarle a este Tribunal, todo lo que sepa y le conste en relación con los hechos a los que se circunscribe la controversia que se le ha puesto de presente al inicio de esta diligencia?”

*“SR. OSORIO: [00:11:36] Sí, claro que sí. Como les comenté, ingresé al Centro Comercial Los Molinos desde el año 2012, entré como guía de parqueaderos, pero desde el año 2014 fui ascendido como asistente de almacén. Desde que yo estoy en almacén, me pidieron siempre el favor de hacer el pago de las facturas de servicios públicos: eran **EPM, UNE, DirecTV**; esas facturas se pagaban con un cheque a nombre de quien hacía la diligencia, por qué? Porque la factura se pagaba el mismo día de vencimiento, y nos decían que si se giraba a nombre de **Empresas Públicas de Medellín**, por decir algo, se demoraba tres días en hacer el canje. Entonces, para evitar eso, se hacía a nombre de una persona, para que se hiciera el pago como si fuera en efectivo, como si le hubieran entregado la plata y con esa plata se hubiera pagado.”*¹²⁰ (Se destaca)

El señor Alejandro Horacio Morales Tobón indicó:

*“Hubo una particularidad con algunos de esos pagos y es que el cheque se hacía a nombre del mensajero, el mensajero lo endosaba con su firma y su cédula en el banco y con eso entregaba el cheque al banco, pero no es que al mensajero le entregaran el efectivo, sino que era un cambio en donde el banco, como estaba cambiando el cheque, es como si el pago hubiera ingresado en efectivo, **de esa manera no había que esperar los tres días a que el cheque hiciera canje para que se considerara pagada la factura y de esa manera se podía pagar el día del vencimiento**, entonces, si bien el cheque se hacía a nombre de un mensajero o de un asistente del área financiera, no es que la persona recibiera los \$120 y después se lo deben entregar al cajero, sino que ese paso se eliminaba en el banco y sencillamente lo que pasaba era que se daba por recibido en efectivo y se procedía a aplicar a la cuenta de servicios correspondientes.”*¹²¹ (Se destaca)

De esta manera, no quedó acreditado que fuera necesario el giro de cheques sin sellos restrictivos de su negociabilidad para el pago de los servicios públicos a EPM o que esta entidad exigiese que el pago debía hacerse en efectivo, tal y como lo sostuvo la Convocante. Por el contrario, con los testimonios antes reseñados se comprueba que el pago sí se podía realizar a través de cheques girados a favor de la empresa prestadora del respectivo servicio

¹²⁰ Expediente Digital. Carpeta 02.Pruebas.Subcarpeta 04Testimonios. Testimonio Cristian Osorio Vidal.

¹²¹ Expediente Digital. Carpeta 02.Pruebas.Subcarpeta 04Testimonios. Testimonio Alejandro Morales.

público, solo que con una anticipación de tres días a la fecha de vencimiento para que se pudiera realizar el canje correspondiente.

Por lo tanto, dicha excepción se reconocerá como próspera.

4.6.3. CUARTA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE PÉRDIDAS EN QUE SE IDENTIFIQUE LA NO REALIZACIÓN DE UNA AUDITORÍA INTERNA POR LO MENOS UNA VEZ EN CADA PERÍODO DE DOCE (12) MESES.

De conformidad con la Condición Tercera del contrato de seguro:

*“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON** CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS”:*

(...)

3.33: “Toda Perdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses”.

4.6.3.1. Posición de la Convocante

Sobre esta excepción, al descorrer el traslado de las excepciones de mérito, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** indicó lo siguiente:

- La Ley 43 de 1990, a través de la cual se reglamenta la profesión de contador público y se dictan otras disposiciones, no contempla ninguna distinción conceptual entre auditoría externa e interna.
- Existe similitud sustancial de las funciones de un auditor y de un Revisor Fiscal, pues las funciones de la Revisoría Fiscal — que se encuentran en el artículo 207 del Código de Comercio— coinciden en todas sus partes con las dispuestas en el Reglamento de Propiedad Horizontal del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

- A los Revisores Fiscales les son aplicables las normas dirigidas a los auditores. Tanto así que la actividad de la Revisoría Fiscal contempla funciones de auditoría interna.
- Los trabajos realizados por Auren Consultores Medellín S.A.S. y Universal Risks Solutions cumplen con los lineamientos correspondientes a la función de auditoría interna porque no se limitaron al estudio de estados financieros.

4.6.3.2. Posición de la Convocada

SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. manifestó que para la definición de la controversia es aplicable la exclusión No. 3.33. Al respecto señaló lo siguiente:

- En el año 2016 no se realizó una auditoría interna en ninguna de las oficinas del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, afirmación que soporta en la inexistencia de prueba que acredite su realización.
- La Revisoría Fiscal de la Convocante no realizaba auditorías internas en la oficina principal del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, pues los documentos emitidos por la Revisoría Fiscal son revisiones periódicas de la información contable y financiera, realizadas de forma aleatoria.

Lo anterior, apoyado en los descargos de la empleada Astrid Lorena Pérez Lara, quien en su declaración dijo:

“(...) nunca, por decir la revisora, hizo de pronto lo que está haciendo Auren en este momento, de consultar, de revisar si efectivamente estaban los saldos o no estaban los saldos, ella solamente miraba y todo así”.

- Adicionalmente, asegura **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, Auren Consultores Medellín S.A.S., rindió informe cuando ya se había dado el descubrimiento del siniestro, por lo que no quedó probada a su juicio la realización de auditorías cada doce (12) meses, tal como era exigido en el contrato de seguro, soportando su dicho en el informe rendido por Auren consultores Medellín S.A.S., en octubre de 2018.
- Para noviembre 2018, luego de circularizar la cartera, se detectó la infidelidad¹²².

¹²² Expediente Digital, Carpeta Pruebas, Subcarpeta Pruebas Demanda Inicial, Anexos SBS SEGUROS, Anexo No. 8, Presentación en Power Point preparada por el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. para SBS por el caso de infidelidad Los Molinos Presentación SBS – infidelidad financiera Los Molinos.

- Manifiesta **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** que Universal Risk Solutions en el mes de septiembre de 2017, contratado por la firma de corredores Willis Towers, realiza una revisión de riesgos o encuesta de riesgos, lo que no corresponde de ninguna forma a una auditoría interna.
- Asegura en el mismo sentido que la actividad realizada por Auren Consultores Medellín S.A.S. fue una auditoría externa, tal como quedó contenido en la demanda.

4.6.3.3. Consideraciones del Tribunal

Con respecto a la excepción que se estudia en este acápite, el Tribunal encuentra acreditado lo siguiente:

Durante el año 2016 no se realizó una auditoría interna en el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

Del mismo modo, quedó plenamente evidenciado que los documentos elaborados por Risk Solutions y Auren Consultores, para los años 2017 y 2018 respectivamente, no corresponden a auditorías internas. El primero obedece a un reporte de inspección de riesgo y el segundo a una auditoría externa.

La auditoría interna dentro del caso que nos atañe, debe necesariamente examinarse en cuanto a su existencia o realidad, al momento o cuando se presenta el siniestro, por cuanto que viene concebida no como una garantía sino como una exclusión, de tal forma que si se presenta una *“Perdida directa o indirecta del CC Los Molinos en que se identifique la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses”*, puede válidamente la aseguradora abstenerse de cumplir con la obligación condicional que asumió al momento de aceptar la transferencia de los riesgos de infidelidad, en los términos pactados en la póliza.

Correspondía, por tanto, a la aseguradora probar que los actos deshonestos y fraudulentos de la Tesorera de la Convocante constituyen una pérdida derivada de o relacionada con o cuya cantidad se relacione con la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada periodo de doce (12) meses.

Entiende el Tribunal que la falta de realización de una auditoría interna, como exclusión de la cobertura del contrato de seguro, requiere que sea dicha falta u omisión la que derive, genere, se relacione o se identifique, con el acto deshonesto sobre el cual se funda la reclamación, y

ello, dentro del reparto de cargas probatorias asignadas por el mismo contrato y por la Ley¹²³, le corresponde a la aseguradora acreditarlo.

Con fundamento en los criterios de interpretación arriba esbozados y la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el siniestro y la exclusión, observa el Tribunal que al margen de si se realizó o no una auditoría interna, o si el actuar del Revisor Fiscal tiene la connotación de erigirse como una auditoría interna, la carga probatoria en cabeza de la aseguradora que argumenta la aplicabilidad de la exclusión y que debe acreditar precisamente esa relación de causalidad, brilla por su ausencia.

No observa el Tribunal que la Convocada haya demostrado cómo el acto deshonesto se deriva de la ausencia de una auditoría interna. La simple falta de realización de la auditoría interna, hecho que pretende ser acreditado con el informe del ajustador R&G Espinosa, no tiene la virtualidad de eximir *per se* de responsabilidad a la aseguradora convocada, por cuanto, se reitera, dicho efecto jurídico, bajo el ropaje de la anulabilidad del contrato o su terminación, es propio de las garantías¹²⁴ mas no de las exclusiones.

Tan claro resulta ello para la aseguradora convocada que es ella misma quien destaca como, por acuerdo entre las partes, se modificó lo que fue considerado inicialmente garantías para ser convertidas a exclusiones, así:

*“En punto de lo anterior, se llama la atención del Tribunal Arbitral para que tome en consideración que, tal y como se anticipó, desde la primera vigencia de la póliza bajo revisión, esto es la correspondiente al Anexo No. 0 expedido para otorgar cobertura al periodo comprendido entre las 16:00 horas del 10 de enero de 2013 y las 16:00 horas del 10 de enero de 2014, se acordó entre las partes incorporar las exclusiones referenciadas, en razón de la eliminación de las garantías del Condicionado General, con mínimas diferencias en su redacción así: “ENDOSOS No. 1 No obstante lo dispuesto en las condiciones generales y particulares de la Póliza de Seguro de Protección contra Actos Fraudulentos (...): concertada entre CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS como Tomador y CHARTIS SEGUROS, las partes acuerdan añadir los siguientes numerales: (...) 3.34. La Pérdida resultante de la no realización de una auditoría interna de la oficina principal, sucursales y agencias, por lo menos una (1) vez en cada período de doce (12) meses”.*¹²⁵

¹²³ **ARTÍCULO 1077.** CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

¹²⁴ **Artículo 1061. Definición de garantía** Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho. La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla. La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

¹²⁵ Expediente Digital, Cuaderno Principal, Contestación de la Demanda, página 62.

No está llamada a prosperar, por tanto, la excepción anteriormente analizada.

4.6.4. QUINTA EXCEPCIÓN: AUSENCIA DE COBERTURA BAJO EL CONTRATO DE SEGURO No. 1000116 POR CONFIGURARSE LOS PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE “NO SEGREGACIÓN DE FUNCIONES”

De conformidad con la Condición Tercera del contrato de seguro:

*“SBS COLOMBIA NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y, POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, **EN CASO DE PERDIDA DERIVADA DE O RELACIONADA CON O CUYA CANTIDAD SE RELACIONE CON** CUALQUIERA DE LOS SIGUIENTES EVENTOS”:*

No. 3.35: *“Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno le sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.”*

4.6.4.1. Posición de la Convocante

La Convocante, en sus alegatos de conclusión, manifestó que esta exclusión no es aplicable, en la medida en que *“existían y existen procedimientos en los cuales se encuentra documentada la segregación de funciones y los controles dobles para pagos y transferencia de fondos”*¹²⁶.

Particularmente, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** señaló que desde el 2007 —año en el que el Centro Comercial inició sus operaciones— adoptó manuales para las distintas operaciones de la propiedad horizontal. Desde el 2012, el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** implementó un sistema de control interno y generó manuales de funciones precisos.

Adicionalmente, la Convocante indicó que contrataron a la empresa Proveindustriales BPO S.A.S. para la documentación de los procesos administrativos, operacionales y de mercado del Centro Comercial para el año 2015. Posteriormente, contrataron a la empresa PHVA Sostenibles S.A.S. quien llevó a cabo el proceso desde octubre de 2017 hasta abril de 2019. Según el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, en dichos procedimientos se encuentra documentada la segregación de funciones y los controles dobles para pagos y transferencias de fondos.

¹²⁶ Expediente Digital. 01Principal. Subcarpeta 06. Alegatos. CCLM vs SBS Alegatos de Conclusión Arbitraje. Página 84.

El **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** manifestó que, además, el doble control fue confirmado en la auditoría realizada por Universal Risk Solutions, al igual que por la Tesorera al rendir sus descargos.

4.6.4.2. Posición de la Convocada

La Convocada argumenta que la exclusión No. 3.35 es aplicable en el caso concreto por las siguientes razones:

- La compañía de seguros hace referencia a las Condiciones Particulares del Contrato de Seguro No. 1000116 donde se pactó que no estarían cubiertas las pérdidas derivadas y/o ligadas con la determinación de funciones y deberes de cada empleado.
- Por lo tanto, en el presente caso es claro que no habrá lugar al pago de indemnización teniendo en cuenta que no existía ninguna segregación de funciones.
- La funcionaria Astrid Lorena Pérez Lara era quien controlaba de principio a fin, sin ninguna supervisión, el recaudo de dinero, la realización de consignaciones y las conciliaciones bancarias de los mismos.
- Adicionalmente, asegura que no existía segregación de funciones y prueba sus argumentos en el contenido de los hechos 5.51 y 5.52 de la demanda, los cuales se transcriben:

“5.51. La APROPIACIÓN DE DINEROS RECAUDADOS EN EVENTOS DEL CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.: La señora ASTRID LORENA PÉREZ se encargaba de la custodia de los dineros recaudados por el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. en los eventos que realizaba y se apropió de algunos de los recaudos del año 2018. En los extractos que reposaban en contabilidad aparecían estas consignaciones, pero estas no se encontraron al verificar los extractos bancarios originales.

5.52. La señora ASTRID LORENA PÉREZ falsificó las consignaciones. Se pudieron identificar las siguientes consignaciones falsificadas:

<i>Fecha</i>	<i>Cuenta</i>	<i>Valor</i>
<i>16/04/2018</i>	<i>03-936999964</i>	<i>\$ 17.381.100</i>
<i>26/01/2018</i>	<i>03-936999964</i>	<i>\$ 3.315.000</i>
<i>13/07/2018</i>	<i>03-936999964</i>	<i>\$ 6.335.000</i>

18/01/2018	03-936999964	\$ 2.440.000
10/05/2018	03-936999964	\$ 6.233.000
15/05/2018	03-936999964	\$ 11.867.000
29/06/2018	03-936999964	\$ 6.765.000
4/01/2018	03-936999964	\$ 4.350.000
4/01/2018	03-936999964	\$ 4.415.000
13/07/2018	03-936999964	\$ 2.270.000
<i>Total</i>		\$ 65.371.100

Lo recaudado en los eventos se verifica en los informes de ventas de Dinofosil Park 2018, que corresponde a lo recaudado en el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. por este concepto entre mayo y abril de 2018⁴⁷ y de Súper Héroes de 2018, que corresponde a lo recaudado en el CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H. por este concepto en julio de 2018”.

4.6.4.3. Consideraciones del Tribunal

Quedó acreditado en el proceso, respecto de esta excepción, lo siguiente:

- La determinación de las funciones de cada uno de los empleados por parte del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, más no se demostró su debido cumplimiento.
- La existencia de procedimientos de planeación y programación de periodos vacacionales para los empleados.
- El cumplimiento del manual de funciones para todo el personal administrativo no fue debidamente probado, como quiera que todas las operaciones fraudulentas identificadas estaban en cabeza de los empleados infieles, particularmente en cabeza de la empleada Astrid Márquez.
- La empleada Astrid Lorena Pérez obtuvo las dos firmas autorizadas, burlando el doble control que debía realizarse a todos los procesos financieros.

Es evidente que la facilidad que tuvo la empleada Astrid Lorena Pérez para la ejecución del fraude se debe a la indebida aplicación de los supuestos protocolos establecidos por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** para su funcionamiento, dado que si bien existen pruebas debidamente aportadas que acreditan su existencia, dichos protocolos no eran ejecutados en debida forma y no existía un responsable directo que estuviera al frente de ellos.

Nótese que en cada procedimiento en el que se evidenciaron actos fraudulentos, estaba como responsable de la operación la empleada Astrid Lorena Pérez, quien no solo tenía el control de las operaciones financieras del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, sino que, como fue afirmado en la demanda, tenía la confianza de sus superiores, razón por la cual no existían mayores controles sobre sus actuaciones.

Lo anterior fue lo que dio lugar a que obtuviera sin mayores complicaciones las dos firmas autorizadas, necesarias para la acreditación del cumplimiento del doble control que era exigido para el ejercicio de algunas actividades financieras, por lo que le fue posible falsificar extractos bancarios, manipular la cartera, falsificar facturas de EPM y del sello de pagado de las mismas.

Así mismo, es claro que, dentro del ejercicio de las funciones inherentes al cargo de tesorera, estaba facultada para el manejo de dinero en efectivo, para la manipulación del dinero proveniente de la operación de parqueaderos y para la disposición de dineros de eventos, por lo que no era extraño que se le rindiera informe de los dineros que ingresaban y de esta forma fuera más sencilla la ejecución del fraude, que conllevó a la apropiación del dinero recaudado por parte de ésta.

Indiscutiblemente el hecho de que la empleada Astrid Lorena Pérez tuviera el control de las mencionadas operaciones y, en general, el apoyo de la mayoría de los empleados integrantes de área financiera del Centro Comercial, facilitó el camino para que esta cometiera el ilícito sin generar ningún tipo de sospecha. Al tener controladas casi todas las dependencias del área financiera sin que existiera diferenciación en las funciones o la segregación práctica de las mismas, como era exigido en la exclusión contenida en la póliza, se facilitó la defraudación. Si bien quedó debidamente acreditada la existencia de un manual de funciones, este no era tenido en cuenta en las actividades cotidianas, lo que se demuestra con el hecho de que todas las operaciones financieras eran ejecutadas por la tesorera sin que fuera sometida a controles más allá de revisiones periódicas, donde mostraba documentos falsificados, adulterados y/o modificados, sin que se advirtiera lo que estaba ocurriendo.

Debe tenerse presente que no resultaba suficiente que existieran manuales de funciones o descripciones de cargos, sino que estas reglamentaciones deberían tener la virtualidad de producir un efecto específico: que ningún empleado pudiera *“por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin”*. Valoradas las pruebas allegadas al trámite se advierte que, si bien se adoptaron manuales de funciones, no se produjo el efecto anteriormente mencionado, lo que hace aplicable, por tanto, la exclusión objeto de análisis.

Está llamada, por tanto, a prosperar la Excepción 3.35, relativa a *“Toda Pérdida directa o indirecta del Asegurado en que se identifique la no determinación de las funciones y deberes de cada empleado de tal manera que a ninguno le sea posible, por si solo controlar cualquier transacción desde su principio hasta su fin.”*

4.7. Pronunciamiento expreso del Tribunal sobre las pretensiones y las excepciones propuestas.

La prosperidad de las excepciones principales TERCERA Y QUINTA, propuestas por la convocada, enervan completamente la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL.

La prosperidad de la excepción PRIMERA PRINCIPAL enerva completamente la PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL.

Teniendo en cuenta lo anterior, por virtud de lo dispuesto en el artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de analizar las demás excepciones propuestas por la Convocada.

Ahora, comoquiera que las pretensiones TERCERA Y CUARTA PRINCIPALES, y sus subsidiarias, fueron planteadas como consecuenciales, resultan desestimadas al serlo las que de ellas penden.

La pretensión QUINTA PRINCIPAL, de contera, resulta igualmente impróspera.

5. LA CONDUCTA DE LAS PARTES

El artículo 280 del Código General del Proceso indica que el Juez en la sentencia siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. De igual manera, el artículo 241 de la misma codificación prescribe que el Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

El Tribunal encuentra que cada una de las partes y sus respectivos Apoderados asumieron con rigor la posición que defendieron en el proceso, controvirtiendo con vehemencia, argumentos, altura y seriedad a su contraparte, al tiempo que actuaron con la lealtad procesal y la buena fe que se impone y por tanto, no hay lugar a deducir indicios de su conducta.

6. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso al regular el juramento estimatorio como medio de prueba, prevé la posibilidad de sancionar pecuniariamente y a favor de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura¹²⁷, a la parte que al pretender *“el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* haga una

¹²⁷ En virtud de la modificación introducida por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

estimación que “*excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada*” o cuando se le “*nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios*”.

Sin embargo, esta sanción no es objetiva, pues la Corte Constitucional en varias sentencias de constitucionalidad¹²⁸, ha indicado que esta solo podrá imponerse cuando esa circunstancia haya sido fruto del actuar negligente, temerario, no esmerado o descuidado de la parte que rindió el juramento estimatorio, criterio jurisprudencial este que con posterioridad fue adoptado por el legislador en el último inciso del citado artículo 206 del Código General del Proceso y que reza: “*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.*”.

Así las cosas, no habiéndose advertido mala fe, descuido, negligencia o temeridad en el planteamiento de las pretensiones de la demanda que dio lugar a este proceso, el Tribunal se abstendrá de considerar la imposición de sanción alguna por cuenta del juramento estimatorio.

7. COSTAS: EXPENSAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 365 del Código General del Proceso, norma aplicable para el caso, dispone:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

*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. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-157 de 2013, C-279 de 2013 y C-067 de 2016.

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.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En el presente caso, tal y como se indicó previamente en este laudo arbitral, las pretensiones de la demanda no prosperaron. Por ello, la hipótesis que debe considerarse es la prevista en el numeral 1º, por lo que el Tribunal impondrá condena en costas.

De otra parte, el Tribunal no puede desconocer que ambas partes, cumplidamente, sufragaron el valor de los honorarios y gastos de este arbitraje, en partes iguales.

En consecuencia, estima el Tribunal que, frente a la realidad expuesta y en aplicación de la regla contenida en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso, corresponde imponer condena en costas en contra de la Parte Convocante **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**

Procede, entonces, el Tribunal a realizar la correspondiente liquidación de costas para lo cual es importante tener en cuenta que ellas están compuestas tanto: (i) por las expensas o gastos generados por la tramitación del proceso, como por: (ii) las agencias en derecho.

En cuanto al primer rubro, es necesario tener presente que de acuerdo con lo señalado en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, solamente puede imponerse condena en costas respecto de las sumas que se encuentren debidamente acreditadas en el expediente.

A este respecto, en el proceso hay prueba del pago efectuado por la Parte Convocada, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, respecto de las sumas correspondientes a su porción de los

honorarios y gastos del Tribunal, motivo por el cual esos rubros serán los únicos que se incluirán dentro de la liquidación de costas por concepto específico de expensas.

Por lo anterior, la liquidación de las expensas es la siguiente:

LIQUIDACIÓN EXPENSAS	
Honorarios de los árbitros, de la Secretaría, Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y otros gastos (50% a Cargo del CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS) -Cifra fijada en la Audiencia de Honorarios, más IVA-	\$ 68.000.000
Honorarios de los árbitros, de la Secretaría, Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y otros gastos (50% a cargo de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) -Cifra fijada en la Audiencia de Honorarios, más IVA-	\$ 68.000.000
100% Sumatoria a cargo CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS	\$ 136.000.000
Suma ya asumida por CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS -50% Honorarios de los árbitros, de la Secretaria, Gastos de Administración del Centro de Arbitraje y otros gastos	\$ (68.000.000)
Saldo a Cargo de CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS	\$ 68.000.000

En relación con las agencias en derecho, el Tribunal Arbitral llama la atención sobre la circunstancia de que ni en el Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012) ni en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá existe norma especial que regule la condena en agencias en derecho. Igualmente, no resultan aplicables a los procesos arbitrales las pautas trazadas por el Consejo Superior de la Judicatura para la jurisdicción ordinaria.

Así las cosas, el asunto queda al prudente juicio de los árbitros quienes estiman las agencias en derecho a cargo del **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS** en la suma de \$33.555.653, correspondientes a los honorarios de un árbitro, considerando que por haber litigado el proceso en representación de la Convocada, su apoderado desempeñó una labor que es razonable remunerar en la misma cuantía a la del árbitro a quien le correspondió resolver el asunto.

En conclusión, la condena en costas -expensas y agencias en derecho- a favor de la Parte Convocada **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.** y en contra de la Parte Convocante **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS**, asciende a la suma de CIENTO UN MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$ 101.555.653), así:

Condena en Costas	
Concepto	Valor
Expensas	\$ 68.000.000
Agencias en Derecho	\$ 33.555.653
TOTAL	\$ 101.555.653

8. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir en derecho las controversias contractuales surgidas entre el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, como la Convocante, y **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, como la Convocada, administrando justicia por habilitación de las Partes, en el nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR PROBADAS las excepciones “*principales*” primera denominada “*eficacia de las exclusiones aplicables al contrato de seguro*”, tercera denominada “*ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de cheques girados sin sellos restrictivos de negociabilidad*” y quinta denominada “*ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de “no segregación de funciones*”, propuestas por la Parte Convocada, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en su contestación a la demanda. En consecuencia, ABSTENERSE de pronunciarse sobre las excepciones propuestas catalogadas como subsidiarias.

Segundo. DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones “*principales*” segunda denominada “*ausencia de cobertura de toda pérdida en la que se identifique la no salida a vacaciones de los empleados*” y cuarta denominada “*ausencia de cobertura bajo el Contrato de Seguro No. 1000116 por configurarse los presupuestos para la aplicación de la exclusión de pérdidas en que se identifique la no realización de una auditoría interna por lo menos una vez en cada período de doce (12) meses*”, propuestas por la Parte Convocada, **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, en su contestación a la demanda.

Tercero. DESESTIMAR las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda promovida por el **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.** en contra de **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, por las razones anotadas en la parte considerativa de este laudo.

Cuarto. CONDENAR a la Parte Convocante **CENTRO COMERCIAL LOS MOLINOS P.H.**, y a favor de Parte Convocada **SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.**, al pago de las costas causadas en el presente Arbitraje por la suma de CIENTO UN MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS (\$ 101.555.653), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo.

Quinto. INFORMAR sobre la expedición de este Laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y DISPONER que se remita el expediente para su archivo de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012.

Sexto. DISPONER que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Séptimo. DISPONER el pago de la contribución establecida en las Leyes 1743 de 2014 y 1819 de 2016.

Octavo. DECLARAR CAUSADO el último 25% de los honorarios de los árbitros y la Secretaria, conforme lo establecido en el artículo 8.3. del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Noveno. DISPONER que, dentro de los dos meses siguientes a la fecha del laudo o de su corrección, aclaración o complementación, si las hubiere, el Presidente deberá rendir a las partes cuenta detallada de las erogaciones realizadas por concepto de honorarios de los árbitros, la Secretaria, gastos administrativos y demás gastos de funcionamiento del Tribunal y deberá reintegrar, dentro de este mismo plazo, los excedentes, si los hubiere.

Dado en Bogotá, D.C., a los 18 días del mes de agosto de 2022.



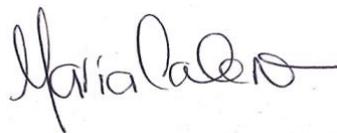
Juan Guillermo Hincapié Molina
Presidente del Tribunal



Juan Pablo Cárdenas Mejía
Árbitro



Arturo Solarte Rodríguez
Árbitro



María Andrea Calero Tafur
Secretaria del Tribunal