

**EL SEGURO DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS DENTRO DEL  
CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO**

*Un análisis crítico de la noción de descubrimiento y la carga de probar la intención de  
generar un detrimento patrimonial y la ganancia financiera indebida del empleado*

MARÍA JOSÉ PATIÑO GALLÓN

y

ANDREA VELÁSQUEZ URIBE

Monografía para optar al título de abogada

Asesora

LAURA DANIELA ALZATE TOBÓN

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
PREGRADO EN DERECHO  
MEDELLÍN

2023

# EL SEGURO DE INFIDELIDAD Y RIESGOS FINANCIEROS DENTRO DEL CONTEXTO JURÍDICO COLOMBIANO

*Un análisis crítico de la noción de descubrimiento y la carga de probar la intención de generar un detrimento patrimonial y la ganancia financiera indebida del empleado*

*Por: María José Patiño Gallón y Andrea  
Velásquez Uribe.*

*Asesora: Laura Daniela Alzate Tobón.*

## **Resumen**

Uno de los grandes retos que tienen las empresas a nivel nacional e internacional es proteger su patrimonio, el cual se puede ver en riesgo ante las amenazas u ocurrencias de actos deshonestos o fraudulentos de empleados que implican la disminución o pérdida, ya sea parcial o total, del patrimonio social.

Así las cosas, el seguro de infidelidad y riesgos financieros se ha convertido en un mecanismo que pretende brindar la protección de ciertos riesgos asegurables, otorgando un amparo que se convierte en respaldo para las empresas a la hora de la materialización de estos riesgos, resarciendo un detrimento patrimonial que afecta considerablemente el erario de la sociedad.

Cabe mencionar que si bien este seguro es de daños y tiene dentro de sus finalidades brindar una protección patrimonial de la sociedad e indemnizar a la empresa en caso de la materialización de la infidelidad de un empleado, se pueden tener algunos retos y controversias relacionadas con algunas categorías fundamentales bajo las cuales opera este tipo de seguro,

tales como la noción de descubrimiento y la carga probatoria por parte del asegurado de demostrar la intención del subordinado de generar un detrimento patrimonial, así como la de exhibir la ganancia financiera personal indebida de aquel, lo que a la postre puede impedir que la sociedad asegurada obtenga una indemnización efectiva.

En este orden de ideas, esta investigación cualitativa busca examinar la comprensión que, dentro del seguro de infidelidad y riesgos financieros, se ha dado a las categorías antes mencionadas, y para ello se fundamenta en fuentes como normatividad vigente, jurisprudencia, laudos arbitrales, doctrina, artículos jurídicos. Con estos insumos, se busca realizar un análisis crítico del seguro de infidelidad y riesgos financieros, señalando las principales características de este, identificando algunos de los retos a los que se podrían enfrentar los tomadores del seguro, para finalmente proponer unas reflexiones sobre la adecuada interpretación y aplicación de estas categorías.

**Palabras claves:** Póliza de infidelidad y riesgo financiero, asegurado, prescripción, descubrimiento, empleado, siniestro, riesgo, indemnización, cobertura, contrato de seguro, fraude, enriquecimiento, pérdida, exclusiones.

## **Introducción**

A medida que se van desarrollando las sociedades, empresas y economías, surgen nuevos riesgos que, en el evento de materializarse, generan consecuencias de grandes repercusiones económicas. En efecto, es indudable que la actividad empresarial acarrea unos riesgos económicos importantes, especialmente frente a actos derivados de sus propios empleados, dentro de la ejecución de su labor, y que pueden resultar lesivos de los intereses de la compañía.

En la actualidad, las empresas pueden verse expuestas al fraude empresarial cometido por alguno de sus empleados, al ser estos quienes cuentan con los conocimientos específicos del funcionamiento de los procesos internos diarios, además de que pueden identificar la falta de controles o controles no efectivos al interior de la organización.

Las modalidades de estas actuaciones fraudulentas son cada vez más de mayor sofisticación y perfeccionamiento, lo que dificulta su detección. En esa medida, involucran una grave amenaza para la estabilidad financiera de las empresas y con ella, pérdidas en sus actividades diarias que hacen incurrir en gastos reputacionales y patrimoniales.

Así las cosas, en Colombia se han implementado los contratos de seguros instrumentados en diversas pólizas que buscan proteger a las personas jurídicas de los efectos adversos derivados de la ocurrencia de actos desleales de sus empleados.

Actualmente, varias aseguradoras ofrecen a las empresas en el país el seguro de infidelidad y riesgos financieros que, bajo unas definiciones y condiciones determinadas, ayudan a mitigar los efectos de la materialización de los actos deshonestos, corruptos o fraudulentos de los empleados realizados de forma directa o en cooperación con terceros y que generan un detrimento significativo al patrimonio de la sociedad. Sin embargo, algunas de las condiciones y definiciones contenidas en los clausulados de los contratos de seguros pueden

resultar problemáticas para los asegurados, pues implican para ellos desafíos probatorios y limitaciones a la posibilidad de ejercer las acciones derivadas del contrato para obtener una indemnización efectiva. En concreto, nos referimos a la noción de *descubrimiento*, así como a la carga del asegurado de demostrar la intención del empleado de generar un detrimento patrimonial y la de exhibir la ganancia financiera personal indebida de aquel. De estas categorías se ocupa el presente escrito.

En este orden de ideas, el presente escrito analiza dichas categorías a la luz de la normatividad vigente, doctrina, laudos arbitrales, jurisprudencia y artículos jurídicos desde el año 2000 hasta el presente. Cabe mencionar que prevaleció el estudio de laudos sobre sentencias judiciales teniendo en cuenta que en estos contratos de seguro es usual incluir la cláusula compromisoria para resolver las controversias entre tomador, asegurado y aseguradora ante un tribunal de arbitramento y evitar dirimir el conflicto en instancias judiciales ordinarias.

## **Capítulo I**

### **Caracterización general del contrato de seguro**

#### **1.1. Contexto general sobre el contrato de seguros y sus elementos esenciales**

##### **1.1.1. Contexto histórico sobre el contrato de seguros**

Desde la prehistoria el hombre se ha enfrentado a diversos peligros que han envuelto de inseguridad su vida y bienes. En sus inicios, las principales representaciones de amenaza para los seres humanos se reflejaban en las inundaciones, sequías, erupciones volcánicas, la caza, enfrentarse a animales salvajes, entre otros. Las personas se enfrentaban a constantes riesgos que hicieron que fuera necesaria la asociación para la supervivencia, donde los riesgos que se tenían de forma individual gracias a la nueva forma de agrupación se asumían dentro de una comunidad (Bravo y Fernández, 2011, pp. 2-3).

Con las primeras civilizaciones y la escritura, se comenzaron a crear organizaciones conformadas por personas dedicadas a las ocupaciones pacíficas, se empezaron a compartir los riesgos y buscar soluciones para salvaguardar sus intereses (Bravo y Fernández, 2011, p. 3).

En Babilonia, con el Código de Hammurabi, se hizo una mención a lo que conocemos hoy por seguros ya que se buscaba indemnizar por accidentes de trabajo, en la mutualidad proteger del riesgo y compartir las pérdidas ocasionadas por los robos en las caravanas de transporte de mercancías de los desiertos (Bravo y Fernández, 2011, pp. 3-4). Asimismo, este código legal de Babilonia introdujo unas cláusulas que contemplaban la materia de “préstamos a la gruesa ventura”, las cuales hacían referencia a un tipo de seguro marítimo que se vinculaba con un tipo de préstamo en el cual un mercader cobraba un dinero para financiar el trayecto del barco. No obstante, si este naufragaba no estaba obligado a pagar el crédito que le había

otorgado, pero si llegaba a puerto debía pagar el capital con sus respectivos intereses (Cruz, 1998, p. 4). “No es extraño que el seguro naciera en el dominio de la actividad en la cual primero y durante mucho tiempo se manifestaron casi con exclusividad los riesgos al patrimonio de las personas: la navegación marítima” (Ordoñez, 2008, p. 23).

En la antigua Grecia se crearon asociaciones con el fin de brindar ayudas en los gastos derivados de temas fúnebres (López, 2014, p. 24). Por otro lado, el derecho romano incluyó la indemnización en caso de muerte. La asociación “Collegia Millitum” de la Fuerza Armada brindaba un beneficio a los militares transferidos de guarniciones (López, 2014, p. 24); cuando el socio moría, la familia podía reclamar un dinero, por lo cual esta figura podría asimilarse a lo que hoy se conoce como seguro de vida (Bravo y Fernández, 2011, pp. 4-5).

Entre el siglo XIII e inicios del XIV, empezaron los principios de las pólizas de seguros de daños y los aseguradores como personas naturales comenzaron a emplearse menos, dieron paso a cámaras y gremios con patrimonios autónomos y a los corredores o agentes de seguros (Bravo y Fernández, 2011, p. 7).

Si bien antes del siglo XIV se habían tenido principios que ahora pueden relacionarse con los seguros que se conocen hoy en día, fue tan solo hasta el siglo XIV que se obtiene el contrato de seguro tipificado en condiciones parecidas a las actuales, donde se busca amparar a los sujetos frente a los perjuicios derivados de imprevistos (López, 2014, pp. 24-25). En ese mismo siglo en Italia, se obtuvo el primer contrato de seguro marítimo y se crearon las leyes genovesas, que son las primeras normas que se conocen en esta materia (Rincón, s.f.).

En la edad moderna, comenzaron a ofertarse seguros terrestres contra incendios luego de la gran quema en una panadería de Londres en 1666 (López, 2014, p. 25), la cual tuvo resultados desastrosos para la ciudad y la comunidad luego de afectar cuatro quintas partes de esta ciudad (Arango, 2020). “La evolución de la lucha contra las llamas de la Londres moderna estuvo vinculada con la expansión de una creciente actividad de los seguros” (Borisonik, 2021,

p. 23). En esta época, se establecieron las primeras compañías aseguradoras (Bravo y Fernández, 2011, pp. 7-8), entre ellas Fire Office, que tenía como finalidad ofrecer seguros de casas y edificios frente a afectaciones derivadas de incendios. Luego esta compañía de seguros se transformaría en una bolsa de seguros y se fundaría la primera asociación de particulares llamada Lloryd's Underwriters (Arango, 2020).

En el siglo XVII, se comenzó a desarrollar el seguro de vida, pero se presentó el reto de calcular el coste real. En un principio se empezó a aplicar con las leyes de la probabilidad y el principio de la esperanza de vida, sin embargo, no obtuvo muchos triunfos dentro del mercado asegurador en sus inicios (Carrasco, s.f.). Fue hasta el último tercio del siglo XIX y siglo XX que el seguro de vida alcanzó a progresar e ingresar al mercado asegurador de forma estable, otorgando bienestar económico a los asegurados (España S.A., 2017).

Los gobiernos en los siglos XVII y XVIII buscaron acceder y obtener dinero derivado del mercado asegurador para financiar la guerra. Las autoridades gubernamentales ofertaban rentas anuales hasta que expiraba el comprador. El seguro protegía contra el peligro de vivir más tiempo del que perdurara el dinero propio. A pesar de ello, tiempo después, los seguros dejaron de ser un medio para captar dinero para la Administración (Harford, 2017).

Durante la edad contemporánea, el negocio de los seguros se expandió y tuvo un gran crecimiento. Se crearon nuevas compañías aseguradoras en Europa y América y aumentó la oferta de los seguros para cubrir un mayor número de riesgos (Bravo y Fernández, 2011, p. 9). En el siglo XVIII, recobró utilidad el cálculo de probabilidades con el fin de tasar el valor de las rentas vitalicias teniendo en cuenta la edad y demás factores. En ese orden de ideas, se establecieron las tablas de mortalidad, que se emplearon para evaluar el valor de la prima a pagar (Carrasco, s.f.).



Desde el siglo XVIII empezaron a crearse seguros basados en la solidaridad y en las herramientas que brindan la lógica del cálculo. El comercio y la emigración han favorecido para crear una red global de seguros (Haueter, 2013, p. 3).

En Colombia, las compañías extranjeras empezaron a ofrecer diversos tipos de seguros, fijando sucursales en varios puntos del país. Si bien el negocio de los seguros se ofertó desde principios del siglo XVIII, fue hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX que empezaron a jugar un papel importante, toda vez que las dificultades económicas de la época obstaculizaron el desarrollo del negocio de seguros en Colombia (Bravo y Fernández, 2011, p. 10).

Los seguros en Colombia empezaron a regularse con las leyes recopiladas de los reinos de Las Indias. En 1821, se reguló el contrato de seguro bajo las ordenanzas de Bilbao. En 1874, se creó en Colombia la Compañía Colombiana de Seguros- Colseguros y con ello se empezaron a implementar los cimientos del concepto de protección para desarrollar la actividad empresarial de los seguros en el país. En un primer momento se empezaron a ofertar los seguros de vida, luego en temas de salud y bienestar. Estos seguros evolucionaron y dieron paso a lo que hoy conocemos por seguros generales y los seguros de salud. Con el crecimiento de la actividad gremial, se fundó Asecolda, Faseco. Luego se fusionaron ambas compañías e instauraron la Unión de Aseguradores Colombianos, que hoy se llama Federación de Aseguradores Colombianos -Fasecolda- (Fasecolda, s.f., pp. 68-69).

En el período de 1926 y 1930, durante la presidencia de Miguel Abadía Méndez, se reglamentaron las compañías de seguros y se estipuló que el principal vigilante de la actividad aseguradora radicaba en cabeza del Gobierno mediante la Superintendencia Bancaria. Con el Decreto 410 de 1971 -Código de Comercio- se realizaron modificaciones técnicas al contrato de seguro, unificando criterios y dando continuidad al desarrollo de este tipo de contrato (Bravo y Fernández, 2011, pp. 10-11).

Hoy en día la inspección, vigilancia y control en Colombia que se ejerce sobre las entidades que desarrollen la actividad de seguros radica en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda vez que las entidades deben contar con un capital mínimo fijado por el Gobierno Nacional para poder operar, teniendo en cuenta lo que se establece en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Ley 663 de 1993- (Bernal, s.f., pp. 40-41).

En ese orden de ideas, los seguros, desde sus inicios, han pretendido amparar los intereses personales y los de las comunidades frente a eventos o situaciones inesperadas que se plasman en diversos peligros, para proteger los bienes y patrimonios de las personas naturales o jurídicas. Al tomar de forma conjunta los riesgos, estos se pueden afrontar de una forma más eficiente, ya que de forma mutua se asume la responsabilidad de protección. Así las cosas, se evidencia cómo se ha trasladado el riesgo a un tercero -ente asegurador- que, como contraprestación al pago de la prima, se ha encargado de realizar las debidas indemnizaciones o prestación de servicios en aquellos casos en que se materializan los riesgos y ocurren los siniestros.

### **1.1.2 Elementos esenciales del contrato de seguro**

Teniendo en cuenta la regulación actual del contrato de seguro en Colombia, particularmente el artículo 1045 del Código de Comercio, son elementos esenciales del contrato de seguro, es decir, imprescindibles para la existencia de este negocio jurídico y por ende de la cobertura del seguro:

**a. El interés asegurable:** es el vínculo de orden jurídico-patrimonial entre una persona -natural o jurídica- con otra persona o un bien, donde existe una necesidad económica frente a la protección del riesgo ya que su materialización genera consecuencias desfavorables. Cabe mencionar que el interés asegurable debe ser lícito y estimable en dinero (Alzate, 2020, pp. 102-103).

**b. El riesgo asegurable:** son los hechos futuros e inciertos que no dependen de la voluntad del tomador ni del asegurador ni del beneficiario, su realización se deriva del acto del hombre, de un hecho de la naturaleza o de la actividad económica (Bernal, s.f., p. 55).

Conforme al artículo 1055 del Código de Comercio colombiano serán riesgos inasegurables el dolo, la culpa grave<sup>1</sup> y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, asimismo, no se puede proteger al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo, los hechos ciertos o físicamente imposibles. En caso tal que se asegure algún riesgo contrario a lo señalado por la ley, no producirá efecto alguno.

**c. La prima o precio del seguro:** es el precio que debe pagar el tomador por el seguro contratado. Este dinero será a favor de la aseguradora ya que es quien asumirá la protección del riesgo y quien deberá sufragar, en caso de que ocurra el siniestro, la debida indemnización (Zúrich, s.f.).

El valor de la prima será calculado basándose en los amparos otorgados, en los valores asegurados y teniendo en cuenta los riesgos a los que se esté expuesto. En caso de no tenerse en cuenta estos factores, el seguro carece de viabilidad técnica y económica.

Efrén Ossa señala que la prima pura es la estimación en dinero de la probabilidad estadística de pérdida para determinar el precio de cada seguro. En ese sentido, el aporte al fondo común deberá ser proporcional a la amenaza a la que se enfrentan las personas,

---

<sup>1</sup> Es menester señalar que el seguro de infidelidad y riesgos financieros al no ser un seguro de responsabilidad civil debe regirse a la regla general consagrada en el artículo 1055 del Código de Comercio. No obstante, el artículo 1127 del código mencionado anteriormente, establece que serán asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

en otras palabras, a mayor grado de riesgo, mayor el valor del precio del seguro (Ossa, 1963, p. 58).

La prima equivaldrá a una suma de dinero a cambio de una suma eventual o incierta que busca hacer una retribución del seguro durante un período. La prima deberá ser adecuada, equitativa, no excesiva, accesible, flexible y preventiva (Bernal, s.f., p. 56).

**d. La obligación condicional del asegurador:** es la promesa condicional que hace el asegurador de pagar el valor asegurado en caso de que ocurra el siniestro, siempre y cuando no se tenga una causal de inoperancia del contrato (Bernal, s.f., p. 57).

## **1.2. Clasificación de los distintos contratos de seguros y su regulación en Colombia**

### **1.2.1. Clasificación de los distintos contratos de seguro**

El contrato de seguro y sus diversos elementos está esencialmente regulado hoy en Colombia en el libro cuarto, título V, capítulos I, II y III del Código de Comercio.

Los artículos 1036 al 1162 del Código de Comercio consagran las normas de los seguros terrestres, los artículos 1703 al 1765 del Código de Comercio contemplan la regulación en materia de seguros marítimos y los artículos 1900 a 1903 establecen lo relacionado a los seguros aéreos.

El artículo 1082 del Código de Comercio señala que los seguros pueden ser de personas o de daños, y estos últimos pueden ser reales o patrimoniales. Los primeros son aquellos que buscan amparar al asegurado frente a amenazas contra la integridad física o corporal del individuo, respaldando la vida y salud del asegurado (Viva Seguro Fasecolda, s.f.); los segundos pretenden proteger el patrimonio de la persona bajo el principio indemnizatorio, ya

sea porque procuran custodiar un bien específico -seguros reales-, sean muebles o inmuebles (Ordóñez, 2012, p. 183), o porque procura resguardar la integridad abstracta del patrimonial -seguros patrimoniales- (Ordóñez, 2012, p. 183), es importante resaltar que en los seguros de daños se busca hacer es una indemnización y bajo ninguna circunstancia se puede constituir un origen de enriquecimiento para el asegurado (Narváez, 2011, pp. 140-142).

Para el caso del seguro de infidelidad y riesgos financieros, se trata de un seguro de daños de carácter patrimonial, pues pretende salvaguardar el patrimonio de la sociedad que se ha visto afectado por el acto infiel o desleal de un empleado.

### **1.2.2. Principios rectores del contrato de seguro de daños**

Los seguros de daños deben cumplir con los siguientes principios jurídicos:

#### **a. Principio de mutualidad:**

El seguro es el amparo recíproco de varias existencias patrimoniales, donde todas se ven amenazadas y tienen necesidades fortuitas y tasables económicamente.

Bajo este principio, surge una consecuencia de orden económico, donde se pretende la reducción de los costos. Con la mutua cobertura, se evidencia la contribución de muchos sujetos quienes presentan riesgos económicamente desfavorables y que juntan sus riquezas para quedar a disposición de aquel a quien se le presente la necesidad. En otras palabras, bajo el principio de mutualidad, debe entenderse el seguro como una bolsa común de dinero donde los asegurados ingresan sus aportes (pagan una determinada prima) a esta bolsa y en caso tal de requerir cobertura del seguro, se extrae no solo lo que cada persona había contribuido, sino que, bajo este principio, se usa el dinero de los demás asegurados para afrontar el siniestro del beneficiario afectado (Núñez, 2011, pp. 51-53).

### **b. Principio de indemnización:**

Cuando ocurren los siniestros en los seguros de daños, se generan pérdidas que deben ser tasables y analizadas para determinar si serán cubiertas bajo la póliza de seguro. Lo que pretende el principio de indemnización es establecer la cantidad de dinero que se debe pagar por el monto de la pérdida, buscando llevar a la persona al estado más parecido al que estaba antes de sufrir el daño (Núñez, 2011, pp. 53-58) pero sin que el asegurado pueda enriquecerse u obtener beneficios adicionales con su pérdida.

### **c. Principio de la buena fe:**

Bajo este principio, se establece que la relación de asegurador y asegurado ya sea de manera directa o intermediada por un agente o un corredor, esté mediada por la buena fe *uberrima bona fidei*. En ese sentido, es necesario que toda la información que el asegurado posea y que sea relevante en relación con el seguro y el riesgo, se comunique de forma voluntaria y que no sea oculta. Cabe mencionar que el principio de la buena fe debe configurarse no sólo al tomar la póliza de seguro, sino que debe continuar bajo su vigencia y renovaciones (Núñez, 2011, pp. 58-65).

Por otro lado Ordoñez afirma que, si bien el asegurado debe declarar el estado del riesgo de manera veraz, también debe tener en cuenta que si dicho estado de riesgo llega a tener alguna modificación en el transcurso del contrato que implique una agravación de este por razones imprevisibles al momento de la celebración, el asegurado debe dar aviso a la aseguradora al ser esta una carga en cabeza suya puesto que “la agravación del riesgo supone un incremento en la probabilidad de su realización” (Ordoñez, 2004, pp. 78).

La buena fe podría verse afectada cuando se omite información vital para el seguro, cuando se brinde información incorrecta (ya sea porque consideraba que era correcta o porque conscientemente dio una declaración falsa) u oculte hechos relevantes. Como consecuencia de

actuar contrario a la buena fe, se podría anular la póliza y no brindar la cobertura en la ocurrencia del siniestro (Núñez, 2011, pp. 58-65).

### **1.2.3. Regulación del contrato de seguros en Colombia**

El contrato de seguros está regulado por el artículo 1 de la Ley 389 de 1997 que derogó el artículo 1036 del Código de Comercio colombiano. En este apartado se indicó que el seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

El artículo 1037 del Código de Comercio colombiano establece que los sujetos de la relación contractual serán los contratantes -asegurador y tomador- quienes se obligan a cumplir las condiciones y cláusulas del contrato y las personas interesadas en sus consecuencias económicas. Así las cosas, el asegurador es la persona debidamente autorizada que, a cambio del pago de una prima, asume el riesgo del tomador, a quien se le trasladan los efectos patrimoniales de la ocurrencia del siniestro y compensa los daños sufridos por el asegurado. El tomador es quien, obrando de forma propia o ajena, traslada los riesgos al asegurador a cambio del pago de una prestación económica -prima-. Si bien las partes del contrato de seguro son el asegurador y el tomador, el asegurado es la persona que tiene el interés asegurable, es decir, cuyo interés se busca proteger frente al riesgo y es la persona que está cubierta por el contrato de seguro. En ciertas ocasiones podrá concurrir la calidad de tomador y asegurado, pero no siempre debe ser así. Por su parte, los beneficiarios son aquellas personas que, si bien no hacen parte de los sujetos contractuales, tienen una relación con el seguro ya que pueden ser los destinatarios de las indemnizaciones pactadas en la póliza; los beneficiarios pueden ser los asegurados o terceros (Viva Seguro Fasecolda, s.f.).

De acuerdo con el artículo 1072 y siguientes del Código de Comercio colombiano, cuando se realiza el riesgo asegurado cuyas consecuencias han sido asumidas por la aseguradora, estamos frente a lo que llamamos *siniestro*; es decir, el hecho imprevisible que ocurre de manera súbita e involuntaria que origina unos daños previamente cubiertos por la póliza y que se encuentran valorados en un monto determinado.

Ordóñez (2004) asegura que una de las cargas más importantes que tiene el asegurado como parte activa del contrato de seguros, es la de dar aviso oportuno del siniestro, esto con el fin de evitar que se puedan generar implicaciones más gravosas de lo que serían inicialmente a través del despliegue de conductas encaminadas a proteger los intereses del asegurado dentro del desarrollo del siniestro.

Precisamente, Ordoñez afirma que el asegurado está también obligado a prevenir la extensión y propagación del siniestro, esto con el fin de evitar que exista un aumento innecesario en la indemnización por parte de la aseguradora en relación a los términos fijados en el contrato de seguro (Ordóñez, 2004, p. 97).

Para el aviso del siniestro no se tienen requisitos específicos impuestos por la ley, pero pueden existir una serie de formalidades particulares exigidas por cada aseguradora que se crean con la finalidad de que el aviso se dé una vez el asegurado haya tenido conocimiento del siniestro y que sea lo suficientemente eficaz. Es menester aclarar que existe una gran diferencia entre la obligación que tiene el asegurado de dar aviso del siniestro y la de presentar una reclamación formal, ya que en relación a la primera obligación se pretende poner en conocimiento a la aseguradora de la posible ocurrencia de un siniestro para proteger sus intereses y permitirle disponer medidas mitigatorias si así lo considera; y en la segunda, la reclamación implica la solicitud formal de indemnización por parte del asegurado, con el correspondiente cumplimiento de sus cargas en relación a la prueba de la ocurrencia del siniestro y su monto (Ordoñez, 2004, p. 96).



En lo que concierne a la reclamación formal de la indemnización cuando el asegurado se encuentra frente a la ocurrencia del riesgo objeto de cobertura, a aquel se le delimita de manera temporal el derecho a exigir ante el ente asegurador el pago de la indemnización, dando lugar al régimen especial de prescripción aplicable al contrato de seguros consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Esta disposición normativa señala que la prescripción puede ser de índole ordinaria o extraordinaria de acuerdo con el criterio aplicable para cada caso en particular.

Cuando se hace referencia a la prescripción ordinaria se habla de un término extintivo de dos años que se comienza a contar desde que el interesado tuvo conocimiento, ya sea real o presunto, del hecho que da base a la acción; por otro lado, la prescripción extraordinaria es aquella que tienen un término máximo de cinco años contados a partir del momento en que nace el derecho y corre en relación con cualquier tipo de persona.

La diferencia entre ambas prescripciones radica en que por un lado la ordinaria establece un criterio subjetivo en donde se fija el término en relación a la persona que debe iniciar la acción, es decir el interesado, y donde esta inicia a correr desde que este haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da lugar a la acción; mientras que por otro lado, la extraordinaria fija el término basándose en una situación meramente objetiva, esto quiere decir que solo es necesario y requerido el paso del tiempo desde un momento y sin valorar las personas frente a las cuales se aplica (Ecopetrol S.A. vs Sociedad ALG Ingenieros Ltda., 2016).

## Capítulo II

### Estructura del seguro de infidelidad y riesgos financieros

Hoy en día en Colombia, las aseguradoras tienen libertad para seleccionar los riesgos que serán protegidos, conforme lo establece el artículo 1056 del Código de Comercio colombiano y demás normatividad vigente. Cabe mencionar que, en todo caso, las aseguradoras deben actuar conforme a los principios de buena fe, protección al consumidor; propender a un equilibrio de derechos y obligaciones de las partes; evitar prácticas de abuso de derecho y abstenerse de incluir cláusulas abusivas en los contratos.

El artículo 1054 del Código de Comercio colombiano señala que el riesgo “es el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

En ese sentido, las personas que toman un seguro lo hacen porque se enfrentan a una necesidad eventual de protección y amparo de ciertos bienes intangibles o tangibles, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles que están expuestos a un riesgo que se deriva de un hecho natural, de un acto humano o del desarrollo de una actividad económica. Efrén Ossa señala que la necesidad de protección debe ser posible, tasable, fortuito y económico (Ossa, 1963, pp. 34-36). Adicionalmente, debe ser objeto de valoración lícita.

El seguro de infidelidad y riesgos financieros fue autorizado en Colombia en el año 1997 mediante el artículo 4° 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. Estas modalidades se abordarán más adelante en el presente escrito.

El seguro de infidelidad y riesgo financiero es un seguro de daños patrimoniales que busca amparar como interés asegurable la integridad del patrimonio económico de la sociedad, frente a eventos adversos que pueden sufrir las empresas como lo son los actos deshonestos o fraudulentos que realicen empleados de forma independiente o en cooperación con terceros. Así las cosas, el riesgo asegurable mencionado anteriormente, se traslada a un tercero -la aseguradora- para que asuma las consecuencias patrimoniales de la materialización del siniestro en contraprestación de recibir el pago de la prima o valor del seguro el cual se fija en el contrato.

Según datos recopilados por Suramericana S.A., en promedio 8 de cada 10 empresas se ven perjudicadas por actos deshonestos, fraudulentos o corruptos de los empleados o de terceros (Seguros Sura, s.f.).

Bajo el principio de mutualidad, los asegurados o tomadores del seguro, cooperan de forma conjunta con los demás asegurados, ahorrando dinero que quedará a disposición de quien afronte el siniestro, con el fin de brindar la indemnización que contrarresta las pérdidas y daños sufridos, condicionado a que se ajuste a los clausulados contractuales, buena fe y demás normas y principios del ordenamiento jurídico.

Las sociedades podrán adquirir este seguro siempre y cuando se enfrenten a un riesgo que, si bien es posible que se concrete, tiene un componente incierto y existe duda frente a la ocurrencia de este. Adicionalmente, la materialización del peligro no puede depender exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, debe derivarse de un acto humano de personas diferentes a las enunciadas, a un hecho de la naturaleza o de la actividad económica. A su vez, el riesgo debe de ser tasable en dinero y el objeto debe ser acorde con lo que establece la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Las personas jurídicas que toman el seguro de infidelidad y riesgos financieros buscan amparar las pérdidas sufridas derivadas de actos deshonestos o fraudulentos cometidos por parte de sus empleados de forma directa o en colusión con terceros, donde dicho actuar estuvo marcado con la finalidad de obtener una ganancia patrimonial ilícita o la intención de generar quebranto en el erario de la sociedad (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

Por hechos deshonestos o fraudulentos<sup>2</sup> podrán entenderse aquellas conductas contrarias a la probidad y a la honradez o que tengan como móvil malintencionado generar un daño al otro (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001), tales como actos de falsificación de documentos, monedas o títulos valores que tengan la intención de engañar a otras personas u organizaciones; hurtos simples o calificados; apropiación ilegal de dinero, propiedades, cheques, giros, pagarés, aceptación bancaria o promesa similar escrita, orden o instrucción de pagar una suma cierta en dinero; responsabilidad en la pérdida directa causada por la destrucción real, desaparición o hurto de dinero o títulos valores dentro, desde o fuera de los predios, los predios bancarios o hurto en las cajas fuertes; extorsiones; entre otras. Cabe mencionar que estas definiciones no están señaladas en la Ley, sino que para calificar estos actos deben analizarse en el sentido natural del idioma castellano en conjunto con lo que se delimitan en los clausulados que se incluyen en cada contrato (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

Puede entenderse por empleado<sup>3</sup> a aquella persona natural que está al servicio regular del asegurado en el curso ordinario de su negocio; un miembro de junta directiva o consejo de

---

<sup>2</sup> Los hechos que se enuncian no son taxativos, son tomados de algunos contratos de seguro de infidelidad y riesgos financieros de algunas aseguradoras en Colombia como lo son Suramericana, Seguros del Estado, Allianz y Previsora. En cada contrato de seguro se podrán incluir las acciones que se entenderán cubiertas por la póliza.

<sup>3</sup> Estas definiciones se tomaron de contratos de seguros de infidelidad y riesgos financieros de algunas aseguradoras en Colombia como lo son Suramericana, Seguros del Estado, Allianz y Previsora. Cabe mencionar que la ley no define una lista taxativa de lo que debe entenderse por empleado, las partes podrán acordar qué se entiende incluido en el contrato de acuerdo con las cláusulas que establezcan.

administradores del asegurado, cuando esté actuando dentro de los deberes o funciones de cualquier ejecutivo o empleado del asegurado; cualquier estudiante invitado mientras esté adelantando estudios en las oficinas o predios del asegurado; un contratista o visitantes especiales expresamente autorizados por el asegurado; empleados de contratistas de seguridad y mantenimiento mientras dichos contratistas estén desarrollando servicios temporales para el asegurado en los predios del asegurado; una persona suministrada por compañías proveedoras de empleados temporales; un abogado contratado por el asegurado y un empleado de dicho abogado mientras se encuentren prestando servicios legales al asegurado; a quien el asegurado retribuye con salario, jornal o comisiones y tiene el derecho de dirigirse en la realización de dicho servicio, pero no significa cualquier corredor, agente comisionado, mercader comisionado, consignatario, contratista u otro agente o representativo del mismo personal general.

Un tercero será aquella persona natural diferente a un empleado o una persona natural actuando en concurso con un empleado.

En ese orden de ideas, debe analizarse cada una de las pólizas ya que cada entidad aseguradora va a ampliar o restringir el marco de cobertura, incluyendo o excluyendo ciertas situaciones y circunstancias en las cláusulas del contrato de seguro.

Ahora, es importante aclarar que, si bien en un principio el contrato de seguros es un contrato de adhesión, con el paso del tiempo y con la ayuda del corredor de seguros como intermediario en la comunicación, se pueden modificar y definir condiciones particulares que se ajustan a las necesidades del asegurado y que permitan afirmar que las coberturas y exclusiones se conocen con anterioridad.

De acuerdo con las características del seguro de infidelidad y riesgos financieros, el asegurado tiene entonces la carga de la prueba y debe acreditar i) la ocurrencia de siniestro, ii) la pérdida económica sufrida derivada de un acto deshonesto o fraudulento del empleado, iii)

el propósito o intención del empleado o del tercero de generar un detrimento patrimonial para el asegurado, y iv) que la pérdida sea imputable a la conducta del trabajador. Es menester señalar que se debe demostrar el acto doloso del trabajador o del tercero ya que no basta la mera equivocación, error de criterio, negligencia o irresponsabilidad de trabajadores para solicitar la cobertura de la póliza (Botero, 2010, pp. 78-83). Cabe mencionar que los requisitos pueden variar dependiendo de la aseguradora, la forma en que se haya contratado y los supuestos fácticos que hayan dado lugar a la reclamación de la indemnización.

Las modalidades y versiones que suelen contratarse en Colombia para las pólizas globales de entidades financieras y que a su vez aplican para el seguro de infidelidad y riesgos financieros son la DHP 84, KFA 81 y NMA 2626, no obstante, se tienen otras modalidades tales como DHP 73 y DHP 75. La adopción de la modalidad bajo la cual se regirá el contrato de infidelidad y riesgos financieros depende de la voluntad de la entidad aseguradora o reaseguradora:

Dado que se trata de riesgos asegurados de inmensas cuantías, las compañías colombianas deben ceder a reaseguradores, sino todo, la mayoría del riesgo. Estos reaseguradores están principalmente en el mercado inglés y normalmente imponen sus clausulados, aun dentro del contrato de seguro entre asegurado y asegurador originales (Restrepo, 2013, p. 193).

Así las cosas, será necesario demostrar los siguientes hechos con el fin de poder acreditar los requisitos exigidos y garantizar la cobertura económica del seguro (Restrepo, 2013, p. 194).

a. Bajo el clausulado DHP 84 se descartan las pérdidas que sufra la persona asegurada por los efectos de las operaciones propias del mercado de valores y se tendrán que demostrar los siguientes hechos (Restrepo, 2013, p. 194):

- i) Demostrar que hubo una pérdida causada por el actuar deshonesto o fraudulento de los empleados.
  - ii) Ese actuar tuvo la intención de causarle una pérdida al asegurado.
  - iii) Debe mostrarse la pérdida sufrida.
- b. La persona asegurada tiene la carga de demostrar bajo el clausulado KFA 81 las siguientes situaciones (Restrepo, 2013, p. 194):
  - i) Mostrar que sufrió una pérdida que fue consecuencia directa de los actos deshonestos o fraudulentos de los empleados.
  - ii) Demostrar la intención de la persona que cometió el hecho deshonesto o fraudulento de generar una pérdida.
- c. En los casos que se tenga el formulario NMA 2626, el asegurado deberá acreditar los siguientes sucesos (Restrepo, 2013, p. 194):
  - i) Demostrar que ha sostenido una pérdida que se generó por el actuar deshonesto o fraudulento del empleado.
  - ii) Mostrar si los actos cometidos se hicieron de forma exclusiva por empleado (s) o con ayuda de terceros.
  - iii) Señalar que la intención por parte del sujeto generador del hecho era generar una pérdida para la persona asegurada u obtener un beneficio personal inapropiado.

Con los formularios KFA 81 y NMA 2626 se da cobertura en las operaciones de valores, sin embargo, se restringe a que el empleado infiel haya conseguido un beneficio económico ilícito o indebido que se deriva de su actuar deshonesto o fraudulento (Restrepo, 2013, p. 194).

También es importante resaltar que este seguro, con independencia de la versión de clausulado adoptada, tiene por modalidad el descubrimiento o “*discovery*”, donde el hecho incierto no necesariamente debe ocurrir durante la vigencia del seguro, sino que puede que se

estuviera desarrollando previo al contrato (cabe anotar que desde un marco de buena fe y cumpliendo su deber de declaración veraz y certera del estado del riesgo por parte del tomador). Lo que es importante en este tipo de seguro es que el descubrimiento de la pérdida se haga durante la vigencia contratada.

Se afirma también que el contrato de seguro posee una interpretación restrictiva y es por esto que tanto los amparos, las coberturas y las exclusiones deben interpretarse conforme al acuerdo de voluntades de las partes intervinientes, sin desconocer que desde su esencia las pólizas de seguros reúnen exigencias dadas por la ley tales como la transparencia, publicidad y buena fe, como principios rectores.

Como se ha venido afirmando, la cobertura en este tipo de seguros es otorgada para amparar el daño que pudiera ocasionar al asegurado un empleado ante la indebida disposición de bienes o dineros del empleador, siendo esta una póliza exclusiva y excluyente que sólo opera por descubrimiento, es decir, que existe la posibilidad de amparar hechos que hayan ocurrido antes de la vigencia, pero que permanecen ocultos e inadvertidos y que implica que la realización de la conducta lesiva en contra del empleador sea absolutamente desconocida y es por esto que los términos de prescripción operan desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho; en otras palabras, desde que se *descubre* la ocurrencia de la conducta fraudulenta.



## Capítulo III

### Algunas cuestiones problemáticas alrededor de la noción de descubrimiento y la carga probatoria del asegurado

#### 3.1. Cuándo se entiende que el asegurado ha descubierto el fraude o el hecho deshonesto y su implicación para la prescripción de las acciones

Al haberse autorizado en 1997 el seguro de infidelidad y riesgos financieros en Colombia, el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 estableció la modalidad de delimitación temporal llamada “por descubrimiento”, la cual pretende “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” (Hospital San Antonio de Guatavita vs La Previsora Compañía de Seguros, 2013).

En virtud del artículo 1072 del Código de Comercio, el siniestro será la materialización del riesgo. Esto quiere decir que la cobertura se encuentra sujeta al descubrimiento de las pérdidas que pueden ocurrir con anterioridad o durante la vigencia del seguro siempre y cuando estas permanezcan desconocidas por el tomador, pues:

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 (...) (Hospital San Antonio de Guatavita vs La Previsora Compañía de Seguros, 2013).

Es por esto que debe tenerse en cuenta que el desconocimiento por parte del tomador es un factor indispensable cuando se habla de este tipo de seguros, pues la conducta que generó el daño debe ser absolutamente ignorada por este, y de tener indicios o sospechas de lo que está ocurriendo, tiene el deber de ponerlo en conocimiento a la aseguradora dando así cumplimiento al artículo 1058 del Código de Comercio, en donde se establece como obligación la declaración de los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo.

Cabe aclarar que el concepto de “descubrimiento” no posee una definición legal que establezca un significado preciso y por tal razón las aseguradoras lo definen de acuerdo con la forma en que estructuran sus pólizas, sus clausulados generales y en algunos casos, en ejercicio de la autonomía privada, lo convienen con el asegurado. Por ejemplo, Allianz<sup>4</sup> afirma en su póliza que:

El descubrimiento ocurre lo más pronto que el Asegurado se entere de: a) hechos que puedan subsecuentemente resultar en una pérdida de un tipo cubierto por esta póliza, o b) un reclamo real o potencial en el cual se supone que el hacia un tercero, sin tener en cuenta cuando ocurrieron los actos (uno o más) que causaron tal pérdida o contribuyeron a ella, aunque la cantidad de la pérdida no exceda al deducible aplicable o no se conozcan todavía la suma exacta o detalles de la pérdida (2016).

Siendo esta una definición que se encuentra bastante aceptada por las diferentes aseguradoras y a partir de la cual pueden surgir pequeños cambios de acuerdo con la póliza en particular pero que en esencia expresa lo mismo.

---

<sup>4</sup> En clausulado general de Allianz versión 10/11/2016-1301-P-13-IRF100 V2 ALLIANZ PRO es tomado como ejemplo para mostrar la manera en que las aseguradoras definen en sus condicionados el concepto de descubrimiento, al ser este definido casi de manera idéntica en aseguradoras como Suramericana, Previsora y Seguros del estado.

De igual forma es importante tener en cuenta que las aseguradoras determinan en cada una de las pólizas su ámbito de aplicación, es decir, estas definen cuántas veces por vigencia puede el tomador solicitar la indemnización derivada del descubrimiento de estos hechos, y la cual por lo general se limita a una por vigencia.

Desde el momento en que se materializa dicho descubrimiento de los hechos o actuaciones fraudulentas inicia el cómputo del término con el cual cuenta el asegurado para obtener por parte de la compañía el pago de la indemnización, es decir que el cómputo del término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro empieza a correr en el momento en que el tomador descubre las irregularidades constitutivas del fraude. En palabras del artículo 1081 del Código de Comercio: “la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”.

Sin embargo, el problema que aquí se presenta no es propiamente cuál es el hecho que da base a la acción y desde el cual se computa el término prescriptivo, pues ya se establecieron en los párrafos anteriores qué aspectos deben de tenerse en cuenta ante esta modalidad, sino desde qué momento se considera que se han *descubierto* estos hechos fraudulentos o deshonestos por parte de alguno de los empleados del tomador de la póliza. Es decir: ¿cualquier sospecha, por difusa que esta sea, configura un descubrimiento? O, ¿se requiere un conocimiento detallado del entramado defraudatorio que usó el empleado para considerar que se ha descubierto el fraude?

Es por esto que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá dirimió el conflicto existente entre la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la aseguradora Axa Colpatria Seguros estableciendo el alcance e implicaciones que deben tenerse en cuenta para poder determinar el momento en que se concreta el descubrimiento.

Para esto, el Tribunal fundamentó su análisis en la combinación de los criterios objetivos y subjetivos utilizados por Tribunales de Estados Unidos<sup>5</sup> para determinar cuándo ocurre el descubrimiento de una pérdida; por un lado el criterio subjetivo afirma que “se exige que con base en el conocimiento del asegurado de los hechos en un momento determinado, este pueda efectuar inferencias razonables que lo lleven a colegir que se ha presentado una circunstancia, concluiría que ha sufrido una pérdida”; y por otro lado el criterio objetivo establece que se “considera que existe descubrimiento si con base en la percepción de los hechos, una persona razonable colocada en las mismas circunstancias, concluiría que ha sufrido una pérdida” (Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs la Aseguradora Axa Colpatria, 2020).

La gran diferencia radica en que, por un lado, el criterio subjetivo valora si el asegurado concreto podría haber inferido la pérdida y, por el otro, el objetivo evalúa si una persona razonable, en general, puesta en esas mismas circunstancias lo habría podido inferir.

Sin embargo, ambos criterios tienen en común que diferencian los conceptos de conocimiento y sospecha al considerar que no basta con una simple sospecha de la ocurrencia de los hechos, sino que se requiere que una persona razonable, es decir, una persona cuidadosa y prudente de acuerdo con el criterio objetivo, considere que se ha presentado o se presentará una pérdida protegida en la póliza, sin importar que se desconozca el monto o alcance de esta (Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs Aseguradora Axa Colpatria, 2020).

Lo anterior sin perjuicio de que las sospechas se conviertan en hechos conocidos, pues al estar frente a una sospecha es necesario que se informen los hechos dudosos como elementos

---

<sup>5</sup> Debido a que las pólizas inglesas y, en consecuencia, las colombianas no establecen una definición precisa de diferentes conceptos, entre ellos el de “descubrimiento”, se han utilizado como fundamento las pólizas norteamericanas que sí lo definen y junto a ellas algunos exámenes implementados a la hora de determinar cuándo ocurre el descubrimiento de una pérdida para evaluar desde cuándo se computa la prescripción en un caso concreto.

del estado de riesgo al ente asegurador para que se profundice en estas situaciones y así se corrobore si se está o no frente actuaciones fraudulentas o deshonestas. (Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs Aseguradora Axa Colpatria, 2020).

Es por esto que, de acuerdo con las definiciones presentadas en el Laudo de Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs la Aseguradora Axa Colpatria, pueden establecerse los siguientes criterios que permiten determinar cuándo se está frente al descubrimiento: (I) conocimiento “por primera vez” del hecho; (II) conocimiento es diferente a una mera sospecha; (III) que la pérdida haya ocurrido o esté pronta a ocurrir; y por último (IV) el alcance del conocimiento no exige que sea detallado (2020).

Muy encaminado en el mismo sentido de lo que se ha estado mencionando, el Laudo de Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación vs la Aseguradora Colseguros S.A., estableció que al estar frente a este tipo de modalidad pueden existir casos en donde no sea tan sencilla la identificación del riesgo asegurado, sino por el contrario, “puede mediar un proceso, más o menos amplio, en donde primero nace la sospecha, va creciendo y finalmente llega al límite de la certidumbre”, indicando así que no todos los hechos son simplemente descubiertos, sino que implican y necesitan un desarrollo de esa simple sospecha para que se configure el descubrimiento (2002).

En conclusión, se entiende que si bien no hay una definición uniforme que determine con exactitud cuándo se está frente al descubrimiento, se han establecidos unos criterios que permiten determinar de una manera más precisa que el asegurado se encuentra frente al descubrimiento de los hechos deshonestos cuando se ha enterado de ciertas circunstancias que llevarían a que una persona cautelosa considere que ha ocurrido o va a ocurrir una pérdida amparada por el seguro, esto sin necesidad de tener detalles muy exactos sobre los acontecimientos, pero donde no basta una simple intuición para configurarlo; es decir, el descubrimiento no requiere que se conozca de manera precisa la ocurrencia de los hechos

porque en ese caso se podría confundir con la modalidad de ocurrencia, pero tampoco basta con una mera suposición o intuición de que algo está ocurriendo al ser necesario una profundización de la información o de los hechos para que se puedan corroborar dichos temores.

Por esta razón no existe una herramienta exclusiva por medio de la cual se pueda establecer que hay lugar o no al descubrimiento, pues son las circunstancias que rodean las actuaciones realizadas por los empleados las que determinan en cada caso si los hechos efectivamente han generado o pueden llegar a generar una pérdida y con ella dar lugar a la indemnización por parte del ente asegurador, ya que no siempre se está frente a actos identificables a simple vista sino que en la mayoría de los casos son maniobras fraudulentas bien elaboradas y de gran complejidad técnica que, ejecutadas en la clandestinidad, pueden llevar tiempo en ser descubiertas.

### **3.2 Carga probatoria del asegurado para acreditar la ocurrencia del siniestro**

En caso de la ocurrencia del siniestro protegido por el seguro de infidelidad y riesgos financieros, el asegurado deberá, dependiendo del formulario bajo el cual se haya tomado el seguro, demostrar además de la ocurrencia del siniestro, que la pérdida económica sufrida se derivó de un acto deshonesto o fraudulento del empleado quien tuvo la intención de causar un perjuicio económico a la sociedad y que ese detrimento favoreció o permitió obtener ganancia indebida al subordinado.

Es menester señalar que se debe demostrar el acto doloso del trabajador ya que no basta la mera equivocación, error de criterio, negligencia o irresponsabilidad de los trabajadores para solicitar la cobertura de la póliza.

Los actos deshonestos o fraudulentos no implican necesariamente la comisión de un hecho tipificado en la ley penal. Si bien en algunas situaciones si se configura un delito, no es un requerimiento necesario para poder catalogar los hechos como deshonestos o fraudulentos. En otras palabras, no basta una mera denuncia penal para reclamar la indemnización por parte del beneficiario (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

### **3.2.1 Demostrar la intención, propósito o finalidad de generar un detrimento patrimonial a la sociedad**

Uno de los requisitos que se debe acreditar para reclamar el seguro de infidelidad y riesgos financieros es el de demostrar la intención, propósito o finalidad de generar un detrimento patrimonial en la sociedad.

Como se mencionó anteriormente, la sociedad tiene la carga 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” (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001). Así las cosas, tiene que acreditarse el dolo y la conciencia con la que el subordinado realizó el hecho o tener una representación psicológica como efecto del acto, o que se traicionó la confianza y con ello se quería causar el objetivo de generar detrimento patrimonial. Los actos culposos no son objeto de indemnización en el seguro de infidelidad y riesgos financieros (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

No obstante, al tener que demostrar algo tan interno de la persona como lo es la intención, finalidad u objetivo, el asegurado puede afrontar unos retos probatorios

considerables al enfrentarse con dificultades al recolectar las pruebas, las cuales representan una cuestión compleja en estos contextos. (González, 2021, p. 50).

Asimismo, el Tribunal Arbitral que dirimió el conflicto entre Andino Capital Markets e Interamericana Compañía de Seguros, consideró que se presentan problemas de carácter probatorio y con interferencia subjetiva cuando se debe investigar el ánimo o la intención con la que actuó el sujeto en determinada situación, ya que no siempre se puede observar mediante evidencia objetiva la realidad (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

Es necesario analizar los hechos presuntos generadores de la reclamación del seguro, diferenciando si eran unas consecuencias esperadas del desarrollo de la actividad económica, si son el resultado de un actuar negligente del empleado o si efectivamente se tuvieron conductas deshonestas o fraudulentas de los funcionarios de la empresa. En ese orden de ideas, debe entenderse que, si se está en presencia del primer supuesto o del segundo, no hay una finalidad de generar un detrimento patrimonial a la sociedad, sino que se obtiene es el resultado de uno de los posibles escenarios que se presentaban en la ejecución de la labor y no se tenía como fin ocasionar pérdidas económicas en la empresa. Mientras que, si se está en el tercer supuesto, debe entrar a demostrarse ese deseo de causarle pérdidas económicas a la entidad, teniendo en cuenta que esa intención debe venir de un dependiente de la sociedad.

Este escenario se plasmó en la sentencia de 2016 de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de Almacenes Generales de Depósitos Almagrario S.A. vs Colseguros S.A., donde los demandantes buscaban obtener la reclamación del dinero del seguro toda vez que aducían que se habían presentado actos deshonestos y fraudulentos por los directivos de la empresa. No obstante, la Corte señaló que los hechos eran consecuencias esperadas de la transacción y de las decisiones negligentes de los directivos, por lo cual no podía entenderse que estos eran



efectos derivados de actos deshonestos o fraudulentos que tuvieran la finalidad de generar un detrimento patrimonial a la sociedad (Betancourt, 2018, p. 26-27).

A su vez, en relación con la sentencia entre Almacenes Generales de Depósitos Almagrario S.A. VS. Colseguros S.A., debe entenderse que la mera negligencia y pérdida económica no puede conceder la cobertura de la póliza, toda vez que como se ha mencionado, y La Corte Suprema de Justicia lo ha señalado, deben acreditarse los siguientes requisitos para la efectividad del amparo en la forma internacional DHP 84:

(i) Una pérdida directa sufrida por el asegurado; (ii) La causa del detrimento es un acto deshonesto o fraudulento; (iii) Tales actos provienen de empleados del asegurado y (iv) Medió una intención expresa de los dependientes de causarle al asegurado una pérdida que debía soportar (Almacenes Generales de Depósitos Almagrario S.A. VS. Colseguros S.A., 2016, p. 24).

En ese orden de ideas, los actos de los empleados deben estar encaminados a generar un detrimento en el erario de la empresa. La Corte Suprema de Justicia indicó que:

La cobertura se otorga a pérdidas causadas y descubiertas por la entidad asegurada, ocasionadas por conductas de sus empleados, las cuales no son de mera negligencia, sino actos voluntarios encaminados específicamente a causar un menoscabo patrimonial a la primera, de modo que en ellos es posible detectar el evidente o notorio propósito de producir ese daño. (Almacenes Generales de Depósitos Almagrario S.A. VS. Colseguros S.A., 2016, p. 24).

Como se enunció antes, los hechos psicológicos, tales como la intención y el deseo, son sucesos con problemas complejos dentro del marco de la teoría de la prueba. González Lagier señala que:

Los juicios de valor de las intenciones sobre los propósitos, deseos y pensamientos son ideas escondidas en el intelecto humano y no son hechos en sentido estricto ya que no están sujetos a datos aprehensibles, por lo cual no pueden ser objeto de prueba propiamente dicha y queda fuera de la garantía constitucional. La intención es la experiencia, no basada en certeza empírica externa, de querer hacer algo” (González, 2021, pp. 50-51).

Así las cosas, hay que diferenciar entre saber los estados mentales de las otras personas y llegar a conocer efectivamente los estados mentales de los demás y poder demostrarlos, porque si bien se cree conocer, en este caso la intención de la otra persona, el desafío es cómo se logra tener certeza que sí era eso que se deseaba y cómo se logra dentro de un marco probatorio demostrarlo (González, 2021, pp. 53-54).

Desde la doctrina se ha propuesto la teoría de la perspectiva de la primera persona o teoría de la simulación, partiendo del autoconocimiento y ponerse en el lugar del otro, para imaginar las circunstancias que vivió y pensó el otro sujeto. Esta atribución psicológica se podría hacer, ya sea desde las características de cada uno poniéndose en la posición del otro o considerando las condiciones del otro y así entendiendo los deseos o intenciones que vivió, atribuyendo los estados que posiblemente él haya enfrentado, llevando a cabo un proceso de simulación (González, 2021, pp. 59-64).

No obstante, la teoría planteada anteriormente, no logra ser un aporte probatorio lo suficientemente concreto, efectivo, verídico, racional y certero, que logre superar los estándares jurídicos de la prueba, que permita motivar o justificar la atribución de los hechos psicológicos de la persona y determinar si tuvo o no la intención de generar un detrimento patrimonial en la sociedad. Al final, lo que se estaría valorando no es la intención real del agente que cometió el acto, sino la interpretación en este caso del tomador del seguro, de la aseguradora y de la comunidad (González, 2021, pp. 64-65).

Como se ha evidenciado en este apartado, se presentan varias dificultades para probar algo tan interno de la persona como lo son los deseos y las intenciones. Desde un carácter ontológico, lo mental es incompatible con las perspectivas materialistas; desde lo epistemológico, se presenta imposibilidad de conocer los estados mentales y además de las limitaciones en las pruebas judiciales, no es viable, en este caso, demostrar los deseos o intenciones (González, 2021, pp. 66).

La prueba de los estados mentales se relaciona con las presunciones que deben estar respaldadas por una regularidad y justificación empírica, donde prime la razonabilidad y no se basen en juicios arbitrarios. Así las cosas, probar la intención o el deseo debe atribuirse en máximas de la experiencia y generalizaciones empíricas, considerando así que ese propósito no es una imaginación sino una observación a la realidad material (González, 2021, p. 70).

González Lagier señala el Principio de Racionalidad Mínima, en el cual “si un agente actúa intencionalmente, tiende a realizar la acción que en ese momento cree más adecuada para lograr el fin que persigue” (González, 2021, pp. 71-72). Con este principio se busca identificar mediante los sucesos fácticos que la persona procuraba realizar la acción que él consideraba que iba a asegurar el resultado. González Lagier (2021) señala la inferencia del siguiente tipo:

(1) Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).

(2) S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C

(3) S hizo A en las circunstancias C

-----

(4) S hizo A con la intención de conseguir F (p. 72).

Para González Lagier en aquellos casos donde se conocen las intenciones y creencias razonables acerca de las relaciones de medio a fin de los autores de los hechos, se pueden inferir las acciones; si se conoce la acción y las creencias de la persona que cometió el acto, se puede inferir la intención; si se conoce la acción y la intención, se puede inferir la creencia instrumental (de medio a fin). Adicionalmente, González Lagier plantea los siguientes tres principios (2021):

A) Si un agente tiene la intención de hacer X, y cree que, Y es incompatible con X, no tiene la intención de hacer Y (Principio de no contradicción de las intenciones). B) Si el agente cree que el resultado Y se sigue necesariamente de la acción X, no puede tener la intención de X, y no tener la intención de Y (Principio de transmisión de la intención a las consecuencias necesarias o previsibles). C) Si el agente tiene la intención de hacer Y y cree que X, es el único medio para dar lugar a Y, tiene también la intención de hacer X (Principio de transmisión de la intención a los requisitos causales o convencionales) (pp. 74-75).

En ese orden de ideas, para probar los estados mentales, en este caso, las intenciones y deseos de causar detrimento patrimonial en la sociedad, deben combinarse una estrategia racionalizadora y las máximas de experiencia de sentido común, donde se analicen de forma conjunta esos supuestos de hecho que son objeto de evaluación con las creencias razonables acerca de las relaciones de medio a fin, acciones e intenciones del autor del hecho, para poder inferir el estado mental (González, 2021, p. 77).

Si bien, en la mayoría de los casos no se tendrán pruebas del estado mental que puedan ser sometidas a contradicción y que en parte será necesario realizar juicios particulares que comprenden las circunstancias del caso, al ser este un requisito que puede exigirse en el seguro de infidelidad y riesgos financieros debe encontrarse la forma en la que se demuestre la intención, propósito o finalidad.

Por lo cual, deben valorarse las acciones objetivamente comprobadas junto con las máximas de la experiencia común para determinar mediante inferencias razonables si los hechos estuvieron encaminados a la defraudación y a causarle una pérdida al erario de la empresa.

### **3.2.2 Exhibir la ganancia financiera personal indebida del empleado**

Conforme con el artículo 1077 del Código de Comercio, le corresponde al asegurado revelar la ocurrencia del siniestro y el monto de la pérdida. Así las cosas, se debe demostrar que el empleado ha cometido actos deshonestos o fraudulentos ya sea solo o con ayuda de terceros y además debe exhibir que el trabajador tuvo la intención de generar una ganancia patrimonial con ese actuar. Teniendo en cuenta los conceptos de deshonesto y fraudulento, esto conlleva de forma implícita que debe existir una ganancia o provecho propio para la persona que llevó a cabo la conducta (Betancourt, 2018, p. 28).

El artículo 1072 del Código de Comercio colombiano señala que el siniestro será el riesgo asegurado, el cual para el seguro de infidelidad y riesgos financieros es el acto deshonesto o fraudulento que realice un empleado del asegurado, con la finalidad de generarle a la sociedad una pérdida patrimonial y obtener provecho propio para sí o para un tercero a través de conductas indebidas (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

Esta última condición se ha criticado en varias ocasiones, ya que se reconoce el alto grado de dificultad que se tiene para demostrar el provecho económico indebido por parte del empleado. El Tribunal Arbitral consideró en el caso de Andino Capital Markets contra Interamericana Compañía de Seguros que resulta excesiva toda vez que la ganancia puede mantenerse oculta de la investigación o porque no resulta efectiva para el subordinado;

adicionalmente, el tribunal señaló que esta condición debe ser inaplicable dentro de los requisitos exigidos por la aseguradora, toda vez que representa un desequilibrio contractual evidente que puede frustrar la expectativa del beneficiario de reclamar la indemnización cuando ocurra el siniestro (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).

Es menester señalar que los contratos de seguros son contratos de adhesión en los cuales la voluntad del adherente puede verse reducida por la posición dominante de la otra parte, quien es un profesional en el tema. En este tipo de contratos no existe la posibilidad de discusión sobre las cláusulas y requisitos, sino que el asegurado al aceptar el seguro debe ajustarse a cada una de las condiciones del negocio (Palacios, 2016, p. 17).

En este sentido, debe entenderse que un desequilibrio contractual proviene del poder que ejerce una de las partes al imponer mediante su voluntad situaciones contractuales que resultarán desventajosas para la contraparte, ya sea por falta de conocimientos o aptitudes que permitan alcanzar el equilibrio contractual (Stiglitz, 2012, p. 16). Siendo así, existe un desequilibrio contractual al exigirle a la empresa que demuestre la ganancia que obtuvo el subordinado como consecuencia del actuar deshonesto o fraudulento que realizó, ya que las aptitudes con las que puede contar la compañía pueden no ser suficientes para acreditar estos hechos.

El doctrinante Bernardo Botero Morales (2010) señala que, si bien no alcanza a considerarse como cláusula abusiva<sup>6</sup>, corresponde a una carga excesivamente onerosa para el asegurado, por lo cual no debería exigirse como requisito esencial para reclamar la indemnización (p. 90).

---

<sup>6</sup> “Es abusiva toda cláusula que entrañe en ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente prerredactado por el Primero”. H. Bricks, Les Clauses Abusives, citado por RUBÉN S. STIGLITZ en su obra Cláusulas Abusivas en el Contrato de Seguro. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1994.

Por el contrario, algunos autores como Laura Restrepo, afirman que este requisito no resulta excesivo para las entidades del sector financiero, en la medida en que estas instituciones no deben entenderse como cualquier sujeto ya que no corresponden con el prototipo de consumidor común al contar con un alto nivel de especialización, al no considerarse la parte débil dentro de la relación contractual y de la cual no se puede afirmar inferioridad en términos económicos, y al tener la obligación de implementar modelos eficientes de gestión y prevención de riesgo donde gracias a estas medidas preventivas que se toman el contrato de seguro se convierte en la *última ratio* para activar ante la materialización del riesgo.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la protección al consumidor no debe ser estandarizada y es factible tener diversos niveles de amparo, por lo cual en algunas circunstancias sería racional y proporcional exigir este requisito a las entidades financieras toda vez que tienen conocimientos técnicos y periciales que permiten entender que este requisito no resulta excesivo en el cumplimiento de esta condición (Restrepo, 2013, p. 201).

En relación con lo anterior, para autores como Restrepo (2013), puede entenderse que el exigir por parte de las aseguradoras la ganancia indebida del empleado no es una condición injustificada ya que lo que busca es delimitar el riesgo asegurado. Si bien se reconoce la dificultad probatoria, cabe resaltar que esta no es imposible de demostrarla (p. 200). En tal sentido Restrepo afirma lo siguiente:

En particular, se analiza el requisito de demostrar que los empleados involucrados en el acto de infidelidad obtuvieron una ganancia financiera indebida cuando se trata de pérdidas sufridas como consecuencia de operaciones comerciales de trading o de crédito a la luz de las normas de protección al consumidor, para concluir que dicha cláusula no reúne las condiciones para ser calificada como abusiva en forma general (Restrepo, 2013, p. 190).

En conclusión, la postura adoptada por autores tales como Restrepo son refutables toda vez que centran su argumento en un grupo demasiado pequeño que excluye a un gran número de empresas que pueden tomar este seguro, por lo cual si bien es racional el requisito del cual se ha hablado para entidades del sector financiero, para las otras compañías se evidencia que genera un desequilibrio contractual para las partes, obstaculizando que las sociedades puedan reclamar la debida indemnización en caso de la materialización del siniestro.

Si bien, el tener que exhibir la ganancia indebida del empleado se puede vincular con la comisión de delitos teniendo en cuenta que los provechos obtenidos se hicieron de forma ilícita, no sería suficiente adelantar investigaciones penales por hurto, abuso de confianza, estafa, entre otros tipos, para acreditar este requisito, toda vez que no basta la mera denuncia para demostrar el beneficio económico que obtuvo el subordinado y esperar hasta la finalización del proceso penal puede suscitar dificultades temporales ya que estos procesos son bastante largos y podrían enfrentar a la prescripción en el tiempo para pedir la debida indemnización.

Así las cosas, la obligación de exhibir la ganancia indebida del empleado resulta desmesurada, ya sea para una compañía del sector financiero o de una área diferente, en la medida en la que se puede mantener oculto el beneficio durante la investigación o puede que no se haya obtenido una ganancia efectiva para el subordinado por circunstancias ajenas al autor, no obstante, esto no implica que no se haya generado un detrimento patrimonial para la sociedad. Por lo cual, se considera que el requisito que debería exigirse es el de demostrar la pérdida económica que afrontó la empresa y no la ganancia que obtuvo el empleado ya que como se ha mencionado, resulta ser una cláusula excesiva para las compañías aseguradas. En consecuencia, debería bastar con demostrar la pérdida que sufrió la compañía sin tener que probar donde llegó la correlativa ganancia del empleado y del tercero involucrado (Andino Capital Markets vs Interamericana Compañía de Seguros, 2001).



En ese orden de ideas, si bien se puede llegar a acreditar este requisito mediante el estudio del dictamen pericial, testimonios e interrogatorios, se reconoce la dificultad que suscita el cumplimiento de esta condición y el desequilibrio contractual que representa. En caso tal que no se logre demostrar la ganancia indebida del empleado, se sugiere argumentar como inoperante esta condición por la desigualdad de las cargas contractuales, tal como se enuncia por el tribunal arbitral en el caso de Andino Capital Markets contra Interamericana Compañía de Seguros, buscando la efectiva indemnización por parte de la aseguradora frente a la materialización del siniestro y que este no se vea impedido por el no cumplimiento de este requisito que resulta excesivo.

### **Conclusiones**

Desde las primeras civilizaciones se han desarrollado las bases y conceptos que han contribuido en el campo de los seguros. Con el paso del tiempo y como consecuencia del surgimiento de nuevas representaciones de amenaza, se crearon nuevas medidas que permitieran proteger a las personas de la materialización de esos hechos, hasta llegar a lo que conocemos actualmente como el contrato de seguro. Hoy en día el mercado asegurador ha crecido, han surgido nuevas aseguradoras y a su vez se ha ampliado el amparo de los peligros para resguardar las necesidades de los sujetos frente a los riesgos de personas o de daños.

En ese orden de ideas, gracias a la Ley 389 de 1997 en Colombia se abre la puerta para empezar a ofertar seguros que protejan a las empresas frente a actos de infidelidad de sus subordinados. Así las cosas, en la actualidad se ofrece el seguro de infidelidad y riesgos financieros, que como se mencionó a lo largo del texto, es un seguro de daños patrimoniales que busca brindar una protección económica a las empresas y amparar como interés asegurable la integridad del patrimonio de la sociedad frente a las consecuencias derivadas de los actos

deshonestos o fraudulentos de sus empleados -riesgo asegurable- quienes pueden actuar de forma independiente o en colusión con terceros. Este riesgo asegurable se traslada en contraprestación del pago de la prima a la aseguradora para que en caso de la ocurrencia del siniestro se pague la debida indemnización al beneficiario del seguro.

Tienen que considerarse las condiciones que se estipulan en el seguro para que en caso de la ocurrencia del siniestro puedan demostrarse estos elementos exigidos por la aseguradora y así poder hacer efectiva la reclamación del dinero de la póliza contratada. Es fundamental revisar si realmente quien cometió la acción que se evalúa puede catalogarse según lo señalado en el contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros como un empleado de un nivel no directivo, toda vez que, si no está identificado en el seguro como un dependiente, no podrá reclamarse la cobertura.

A su vez, se debe revisar que la actuación del trabajador sea deshonesto o fraudulenta, ya que como se señaló en el presente escrito, no podrán indemnizarse aquellos casos donde la consecuencia se derive de actos negligentes, sean consecuencias esperadas del desarrollo de la actividad o de una actuación propia de la sociedad. Para esto es útil analizar el hecho y determinar si encaja dentro de los supuestos que se señalaron en el seguro como deshonestos o fraudulentos.

Una de las principales características del seguro de infidelidad y riesgo financiero es en relación con la forma de cobertura, la cual, mediante el artículo 4 de la Ley 389 de 1997 establece que se llevará a cabo mediante la modalidad de descubrimiento donde el siniestro no debe ocurrir necesariamente durante la vigencia de la póliza, sin embargo, es esencial que permanezca oculto para el tomador al momento de tomarse el seguro, ya que en caso de conocerse el hecho cuando se va a contratar el seguro implicaría que ese suceso no es incierto y por ende no es una situación asegurable. Esta modalidad no sólo es relevante para el supuesto

mencionado anteriormente sino también para determinar el momento en el cual se comienza a contar la prescripción ordinaria en estos casos.

Frente al concepto de descubrimiento se evidencia un reto ya que al no tener una definición legal se pueden suscitar diferentes controversias. Sin embargo, las aseguradoras han venido construyendo un concepto que establece qué se entiende por descubrir, pero no una que delimite cuándo se está frente a este fenómeno que debe configurarse para que el tomador pueda solicitar a su ente asegurador la indemnización del siniestro.

Para ello es importante diferenciar entre lo que se entiende por conocimiento y lo que se entiende por sospecha: por un lado, el conocimiento implica que una persona razonable se ha enterado de alguna circunstancia a partir de la cual puede realizar inferencias que lo lleven a pensar que se está frente a una pérdida cubierta por la póliza; y, por otro lado, la sospecha es aquella suposición que no siempre está fundada en algún hecho que lleve a pensar que se puede estar frente a una pérdida. De acuerdo con esta diferenciación, no basta con una mera sospecha para afirmar que se ha configurado el descubrimiento, pero tampoco es necesario que se tenga conocimiento del alcance del hecho ni de la valoración exacta de la pérdida; basta entonces con que una persona cuidadosa considere que se está frente a una pérdida amparada por la póliza, sin perjuicio de que la sospecha no pueda convertirse con una investigación más a fondo en un descubrimiento de los hechos.

Adicionalmente, frente a los retos mencionados en la investigación, respecto a la carga probatoria que tiene el asegurado, debe considerarse que el demostrar con efectividad y certeza la intención o finalidad con la que actuó el agente puede suscitar dificultades en la acreditación de estos estados mentales.

En ese sentido, se propone utilizar una inferencia razonable a partir de los hechos objetivamente comprobados con las máximas del sentido común, para deducir la intención que motivó al empleado a realizar la acción. Así las cosas, si se conoce el hecho y las creencias de

la persona (juicios evaluativos) que cometió el acto, se puede inferir la intención (González, 2021, pp. 74-75).

En relación con el reto de demostrar la ganancia indebida del empleado, como se mencionó anteriormente, puede suscitar ciertas dificultades al momento de probar una cuestión que puede ser fácil de ocultar y por ende difícil de demostrar. El panorama probatorio debería cambiarse y exigir que se demuestre la pérdida económica sufrida derivada de esos hechos deshonestos y/o fraudulentos y dejar de solicitar que se acredite la ganancia indebida del empleado. En otras palabras, debería bastar acreditar el perjuicio patrimonial causado a la empresa sin tener que demostrar a dónde llegó la correlativa ganancia del empleado o del tercero.

Si bien se ha tratado de brindar herramientas que permitan acreditar los hechos exigidos para lograr la indemnización del siniestro, se considera que la valoración de las pruebas aún contiene un alto carácter subjetivo que dependerá en alguna medida de lo que la aseguradora, el juez o el tribunal tenga en cuenta, toda vez que se parte de que por lo menos sean pruebas razonables, sin embargo, entre diversos sujetos puede variar este estándar.

Adicionalmente, puede inferirse del estudio que realizamos y de los contratos que se analizaron de diferentes aseguradoras que el seguro de infidelidad y riesgos financieros ofrece una buena cobertura para las sociedades teniendo en cuenta los montos máximos de indemnización. No obstante, al considerar los requisitos y la alta carga probatoria que tiene el asegurado para poder reclamar la debida indemnización, se considera que este seguro no es para todo tipo de empresas y que para contratar esta póliza es necesario contar con niveles de conocimiento de información y presupuesto económico para invertir en las pruebas, auditorías e investigaciones internas.

Aunque se valora que para las pequeñas y medianas empresas puede ser más fácil reconocer y descubrir actos que se consideren como deshonestos o fraudulentos porque el

manejo del personal es más cercano, las actividades no suelen ser tan masivas y por ende al estar más controladas es más fácil encontrar inconsistencias en la labor, no es menos cierto que pueden surgir dificultades al momento de cumplir los requisitos exigidos por el seguro. Lo anterior, debido a que las pequeñas y medianas empresas no cuentan con las herramientas tecnológicas o, si las tienen, no suelen ser tan avanzadas para llegar a constatar pruebas suficientes que permitan acreditar los hechos generadores de la reclamación del seguro. En ese orden de ideas, si bien se lograrán descubrir los hechos que lleven a solicitar la reclamación de la indemnización, en ocasiones será más complicado lograr el pago efectivo del dinero porque no se logrará demostrar las condiciones mínimas que piden las aseguradoras porque no cuentan con los medios para hacerlo.

Por el contrario, se considera que para las grandes empresas si bien es más fácil acreditar los hechos porque cuentan con sistemas y ayudas tecnológicas avanzadas y especializadas que les permitan constatar los hechos de los empleados, al tener actividades operativas y masivas, tienden a presentarse problemas para identificar en los trabajadores actuaciones que sean deshonestas, corruptas o fraudulentas porque los subordinados intervienen de forma cautelosa aprovechándose del dominio que tienen en el tema para hacer pasar las cosas de forma imperceptible y esquivando los mínimos controles que les hacen. Con base en lo anterior, se observa que las grandes empresas podrán enfrentarse a no reclamar el seguro, no porque no estén ocurriendo actos deshonestos o fraudulentos de los empleados, sino que por el tamaño de la empresa no logren evidenciar estas maniobras que perjudican a la sociedad y que dan paso a reclamar el dinero del seguro.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que para las pequeñas y medianas empresas el problema en relación con el seguro está en probar los requisitos que exigen las aseguradoras; mientras que, para las grandes empresas, la dificultad de evidencia en descubrir los hechos deshonestos o fraudulentos de los empleados que den lugar a la reclamación del siniestro.

Por último, se resalta que de los laudos y sentencias estudiadas en la presente investigación ninguna de las decisiones fue beneficiosa para las empresas. En los casos que se analizaron no se concedió la indemnización a favor de la compañía asegurada ya que en todos los escenarios planteados se evidenciaron requisitos faltantes por acreditar, por lo cual resultaron favorables para las entidades aseguradoras.

### **Bibliografía**

Allianz. (2016, noviembre 10). *Allianz Infidelidad y Riesgos Financieros*. Allianz. [https://www.allianz.co/content/dam/onemarketing/iberolatam/allianz-co/seguros/empresas/documentos/Condicionado\\_Allianz\\_IRF\\_-\\_10112016-1301-P-13\\_IRF100V2.pdf](https://www.allianz.co/content/dam/onemarketing/iberolatam/allianz-co/seguros/empresas/documentos/Condicionado_Allianz_IRF_-_10112016-1301-P-13_IRF100V2.pdf).

Alzate, M. (2020). Capítulo 3: El contrato de seguro, el interés asegurable como uno de sus elementos esenciales y su relación con la entrega, la transmisión del riesgo y la transferencia de la propiedad. *Incoterms, contrato de seguro y compraventa internacional de mercaderías: propiedad, riesgo e interés asegurable*. Bogotá: Universidad Santo Tomás <https://doi.org/10.15332/dt.inv.2020.00392>.

Arango M, T. (2020, agosto 13). *La industria de los seguros nació después de un incendio en Londres y otros Datos Cocteleros*. La República. <https://www.larepublica.co/finanzas/la-industria-de-los-seguros-nacio-despues-de-un-incendio-en-londres-y-otros-datos-cocteleros-3043989>.

Bernal Cárdenas, M. (2007). Los seguros en Colombia. *Apuntes Contables*, 12.

Betancourt, A. (2018). El seguro de riesgos financieros: Breve estudio a partir de 3 providencias judiciales. [Resumen extendido de Trabajo para optar al título de especialista en Derecho de Seguros, Universidad Pontificia Universidad Javeriana].

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43817/Betancouralejandrobenito.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Bonnet, J. E. N. (2011). Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 20(34), 139–174.

Borisonik, H. G. (2021). Adam Smith y los límites a la naturaleza. *Cultura Económica*, 39(101), 11-31.

Bravo Reyes, J. H., & Fernández Molano, N. A. (2011). Una mirada histórica sobre los seguros y sus inicios en Colombia. *Gestión y Sociedad*, 4(2), 141-154.

Carrasco, G. (s.f.). *El origen de los seguros*. Faro de Vigo. <https://www.farodevigo.es/ideas/miralfuturo/el-origen-de-los-seguros.html>

Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sentencia No. 13001-23-33-000-2012-00221-0 (Ramiro Pazos Guerrero; agosto 1 de 2016).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No. 25000-23-26-000-2000-02019-01 (Hospital San Antonio de Guatavita vs. La Previsora Compañía de Seguros; junio 19 de 2013).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación 18594-2016 Radicado No. 11001-31-03-038-2010-00703-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez; diciembre 19 de 2016).

Cruz Barney, O. (1998). *El Préstamo a la Gruesa ventura o Riesgo Marítimo como mecanismo de financiación del comercio Hispano-Indiano: análisis jurídico de la institución*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Junio 16 de 1971. D.O. No. 33.339.

España S.A. (2017, julio 13). *Historia de la institución del seguro de vida*. El mundo del seguro de vida. <https://www.elmundodelsegurodevida.es/historia-la-institucion-del-seguro-vida>

González, D. (2021). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: Una defensa de los criterios de «sentido común». *Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (3), 49–80.

Harford, T. (2017, febrero 19). *La fascinante historia del origen de los seguros y su relación con las apuestas*. BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-38973945>

Haueter, N. V. (2013). *A History of Insurance*. Swiss Re. [https://www.swissre.com/dam/jcr:638f00a0-71b9-4d8e-a960-dddaf9ba57cb/150\\_history\\_of\\_insurance.pdf](https://www.swissre.com/dam/jcr:638f00a0-71b9-4d8e-a960-dddaf9ba57cb/150_history_of_insurance.pdf)

Laudo Arbitral Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones vs. Axa Colpatria. Cámara de Comercio de Bogotá. (Arturo Solarte Rodríguez, Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Alejandro Venegas Franco; diciembre 22 de 2020).

Laudo Arbitral Andino Capital Markets vs. Interamericana Compañía de Seguros. Cámara de Comercio de Bogotá. (Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Andrés Ordóñez Ordóñez, Jorge Suescún Melo; octubre 11 de 2001).

Laudo Arbitral Centro Comercial Los Molinos P.H. vs. SBS Seguros Colombia S.A. Tribunal de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (Juan Guillermo Hincapié Molina, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Arturo Solarte Rodríguez; agosto 18 de 2022).



Laudo Arbitral Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. En Liquidación Vs. Aseguradora Colseguros S.A. Cámara de Comercio de Bogotá. (Alejandro Vanegas Franco, José María Neira García, Antonio Pabón Santander; agosto 30 de 2002).

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. D.O. No. 42.156.

López Blanco, H. F. (1999). *Comentarios Al Contrato De Seguros (3a ed.)*. Dupre Editores.

López Blanco, H. F. (2014). *Comentarios al contrato de seguro (6a ed.)*. Dupre Editores.

Morales, B. B. (2010). El amparo de infidelidad bajo las pólizas de seguro global bancario. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 19(33), 77–95.

Núñez del Prado S., A. (2011). Principios jurídicos del seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 20(35), 49–84.

Ordóñez, A. E. (2004). *Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Universidad Externado de Colombia.

Ordóñez, A. E. (2008). *Lecciones de derecho de Seguros*. Universidad Externado de Colombia.

Ordóñez, A. E. (2012). *Estudios de Seguros*. Universidad Externado de Colombia.

Ossa G., J. E. (1963). *Tratado Elemental De Seguros*. Lerner.

Ossa G., J. E. (1984). *Teoría General Del Seguro: El Contrato*. TEMIS.

Palacios Sánchez, F. (2016). *Seguros Temas Esenciales* (4a ed.). Universidad de la Sabana.

Previsora Seguros. (2018, abril 18). *Pólizas de riesgos financieros para entidades no financieras*. Previsora Seguros.

[https://www.previsora.gov.co/previsora/sites/default/files/IRP-008-4-POLIZA\\_INFIDELIDAD\\_RIESGOS\\_FINANCIEROS\\_PARA\\_ENTIDADES\\_NO\\_FINANCIERAS\\_v4.pdf](https://www.previsora.gov.co/previsora/sites/default/files/IRP-008-4-POLIZA_INFIDELIDAD_RIESGOS_FINANCIEROS_PARA_ENTIDADES_NO_FINANCIERAS_v4.pdf)

Restrepo Madrid, L. (2013). El amparo de infidelidad de la póliza de seguro global bancario Análisis desde la perspectiva de las cláusulas abusivas en Colombia. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 21(38), 189–207.

Rodríguez, D. (s.f.). *Interés asegurable ¿Y eso qué es?* Lexir Colombia. <https://lexir.co/2021/11/08/interes-asegurable-y-eso-que-es/>

Ruiz Vélez, J. L., y Aramburo Calle, M. A. (2011). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Instituto de Responsabilidad Civil y del Estado.

Seguros del Estado. (2016, noviembre 26). *Póliza de “infidelidad” y riesgos financieros*. Seguros del Estado.

<https://segurosstorage.blob.core.windows.net/documentos/Clausulado%20Seguro%20de%20Infidelidad%20y%20Riesgos%20Financieros.pdf>

Stiglitz, R. S. (2009). Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, 11(10), 3-9.

Suramericana. (2015, noviembre 23). *Pólizas de riesgos financieros para entidades no financieras*. Seguros Sura.

<https://www.segurossura.com.co/Documentos/condicionados/Empresas/fraude/infidelidad-y-riesgos-financieros.pdf>

Viva Seguro Fasescolda. (s.f.). *La póliza de seguros*. Viva Seguro Fasescolda – Programa de educación financiera. <https://vivasegurofasescolda.com/seguros/la-poliza-de-seguros/>

Viva Seguro Fasescolda. (s.f.). *Seguros de personas*. <https://vivasegurofasescolda.com/seguros/seguros-de-personas/#:~:text=Son%20aquellos%20seguros%20destinados%20a,para%20superar%20la%20difícil%20situación.>

Zúrich Seguros en Colombia. (s.f.). *Conozca más sobre el contrato de seguros*. Zúrich Seguros. <https://www.zurichseguros.com.co/es-co/educacion-financiera/conozca-mas-sobre-el-contrato-de-seguros/#:~:text=La%20Prima%20o%20precio%20del,ocurrencia%20de%20un%20determinado%20siniestro>