



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Av. calle 24 N° 53-28 Torre C - Oficina 305

AVISA

Que mediante providencia calendada SESI (06) de ABRIL de DOS MIL VEINTIUNO (2021), el Magistrado (a) MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO, **ADMITIÓ** la acción de tutela radicada con el No. 110012203000202100647 00 formulada por **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** contra **TRIBUNAL ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y OTROS**, por lo tanto, se pone en conocimiento la existencia de la mencionada providencia a:

**TODAS AQUELLAS PERSONAS, NATURALES O JURÍDICAS,
INTERVINIENTES EN CALIDAD DE PARTES PROCESALES O
A CUALQUIER OTRO TÍTULO DENTRO DEL LAUDO
ARBITRAL OBEJOT DE LA PRESENTE ACCIÓN
CONSTITUCIONAL**

Para que en el término de un (01) día, ejerzan su derecho de contradicción y defensa. Se fija el presente aviso en la Página de la Rama Judicial / Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.

SE FIJA: 07 DE ABRIL DE 2021 A LAS 08:00 A.M

SE DESFIJA: 07 DE ABRIL DE 2021 A LAS 05:00 P.M

MARGARITA MENDOZA PALACIO

SECRETARIA

**AL CONTESTAR, FAVOR REMITIR RESPUESTA ÚNICA Y
EXCLUSIVAMENTE AL CORREO
NTSSCTSHTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO ; CITAR
NÚMERO Y REFERENCIA DEL PROCESO.
LAS RESPUESTAS O REQUERIMIENTOS REMITIDOS A ESTE
CORREO NO SERAN TENIDOS COMO RADICADOS**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**



**SALA CIVIL
ÁREA CONSTITUCIONAL**

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA RAD. N° 11001 2203 000 2021 00647 00
ACCIONANTE: FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
ACCIONADO: TRIBUNAL ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

Por reunir los requisitos establecidos en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se **ADMITE** la presente acción de tutela instaurada por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**. En consecuencia, se dispone:

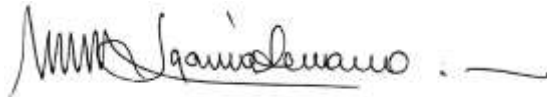
1. **CORRER** traslado al accionado **TRIBUNAL ARBITRAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, conformado por los árbitros **ANTONIO PABÓN SANTANDER, JORGE SANTOS BALLESTEROS y MARÍA DEL PILAR GALVIS**, suministrándole copia del respectivo libelo para que en el término de un (1) día, se pronuncien sobre los hechos base de la solicitud de amparo y de esa forma hagan uso del derecho de defensa que les asiste.
2. **VINCULAR** a **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. - MAPFRE**, a la **PROCURADORA DELEGADA DRA. VIRGINIA HIGUERA**, así como a los apoderados y demás intervinientes en el proceso arbitral objeto de tutela. Para tal fin, se ordena a la accionada efectuar la notificación, suministrándoles copia del respectivo libelo para que en el término de un (1) día, se pronuncien sobre los hechos base de la solicitud de amparo y de esa forma hagan uso del derecho de defensa que les asiste.

La accionada deberá remitir a este despacho copia del acatamiento a lo ordenado.

3. Por Secretaría, fíjese aviso en la página web de la Rama Judicial, con el fin de notificar el inicio de este trámite constitucional a las partes e intervinientes en el proceso involucrado en esta acción, y demás interesados en este mecanismo.
4. Se reconoce personería para actuar a la abogada **NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA**, como apoderada de la parte accionante, en los términos del poder conferido.
5. Notifíquese el contenido de la presente decisión a las partes, tal como lo dispone el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.
6. Una vez cumplido lo anterior, regrese inmediatamente el expediente al Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

**MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

f31264a55c99416a5305da7f3c76d72eedb4432c33c3813e31f1983d1088d8bb

Documento generado en 06/04/2021 03:10:03 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REGISTRACION DE LA NOMBRAMIENTO	
ENCUENTRO DE DATOS	
TIPO	
C.H.C.	

2



MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

DECRETO NÚMERO 2252 DE 2018

-3 DIC 2018

"Por el cual se efectúa un nombramiento"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el numeral 13 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1083 de 2015,

DECRETA

ARTÍCULO PRIMERO.- Nómbrase a partir de la fecha, a la doctora **MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN** identificada con cédula de ciudadanía No. 45.467.296 de Cartagena (Bolívar), en el empleo de Presidente, Código 0015, Grado 27, de la Planta del Fondo Nacional del Ahorro.

ARTÍCULO SEGUNDO.- La Secretaria General del Fondo Nacional del Ahorro, comunicará el presente Decreto a través del Grupo de Talento Humano.

ARTÍCULO TERCERO.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE -3 DIC 2018

Dado en Bogotá D.C., a los

Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio,

Jonathan Tybalt Malagon Gonzalez
JONATHAN TYBALT MALAGON GONZALEZ

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 1003556477195380

Generado el 31 de marzo de 2021 a las 10:43:46

**ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD
HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN**

EL SECRETARIO GENERAL

En ejercicio de las facultades y, en especial, de la prevista en el numeral 10 del artículo 11.2.1.4.59 del Decreto 1848 del 15 de noviembre del 2016.

CERTIFICA

RAZÓN SOCIAL: FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

NATURALEZA JURÍDICA: Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero de Orden Nacional, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, estará vinculado al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

CONSTITUCIÓN Y REFORMAS: Decreto Ley No 3118 del 26 de diciembre de 1968 constituido como una persona jurídica autónoma, Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero dotada de personería Jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, bajo la denominación FONDO NACIONAL DE AHORRO.

Ley No 432 del 29 de enero de 1998 Por la cual se reorganiza la entidad y se transforma su naturaleza jurídica en empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la citada Ley, queda sometido a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y se dispone su afiliación al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

Decreto No 1453 del 29 de julio de 1998, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del Orden Nacional, con un régimen legal propio, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. Derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 del 15 de julio de 2010.

Decreto No 1454 del 29 de julio de 1998, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del Orden Nacional, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, organizada como establecimiento de crédito, de naturaleza especial, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Decreto No 1132 del 29 de junio de 1999 El Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. Estará vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Decreto No 2575 del 23 de diciembre de 1999, deja de estar vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y queda vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico.

Decreto No 216 del 03 de febrero de 2003 Empresa Industrial y Comercial del Estado, estará vinculado al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial

Resolución No 1713 del 03 de noviembre de 2005, el Superintendente Bancario levanta la medida cautelar de vigilancia especial que recayó sobre el Fondo Nacional de Ahorro y que se implementó mediante la Resolución No. 0616 del 20 de junio de 2003.

Ley No 1167 del 21 de noviembre de 2007, modifica su razón social de FONDO NACIONAL DE AHORRO por el de FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO

Decreto No 2555 del 15 de julio de 2010 Artículo 10.5.10.1.7 (Artículo 7 del Decreto 1200 de 2007) Libranzas.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 1003556477195380

Generado el 31 de marzo de 2021 a las 10:43:46

**ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD
HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN**

Podrá convenirse el sistema de libranzas para el ahorro o el pago de créditos, cuando los afiliados o deudores así lo acepten voluntaria y expresamente, para cuyo efecto, el Fondo Nacional del Ahorro deberá adelantar las gestiones necesarias.

AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO: Resolución S.B. 2200 del 19 de octubre de 1998

REPRESENTACIÓN LEGAL: La representación legal del Fondo Nacional del Ahorro estará a cargo del Presidente (Con Acuerdo 964 del 14 de abril de 1999 cambia la denominación de Director General del Fondo Nacional del Ahorro por la de Presidente), quien será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción. **FUNCIONES:** Son funciones del Director General: a) Organizar, dirigir y controlar de conformidad con las directrices trazadas por la Junta Directiva, las actividades de la Empresa, ordenar el gasto y suscribir como representante legal los actos, contratos y convenios necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones asignadas a la entidad, con arreglo a las disposiciones vigentes y a los presentes estatutos. b) Presentar a consideración y aprobación de la Junta los planes y programas que se requieran para el desarrollo del objeto de la Empresa: c) Dirigir, coordinar y vigilar la ejecución de los programas a cargo de la Empresa: d) Presentar para estudio y aprobación de la Junta Directiva los proyectos de estatuto interno, estructura interna, la planta de personal y el respectivo manual de funciones y requisitos. e) Nombrar, remover y dar posesión a los empleados públicos del Fondo Nacional de Ahorro contratar y dar por terminado los contratos de los trabajadores oficiales y aplicar el régimen disciplinario, de conformidad con las normas legales vigentes: f) Dictar el Reglamento Interno de Trabajo y el reglamento de higiene y seguridad industrial y someterlos a aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; g) Dirigir las relaciones laborales del Fondo, pudiendo delegar total o parcialmente esta función; h) Delegar en los funcionarios del Fondo, el ejercicio de algunas funciones que lo son propias, cuando la Constitución, la ley o los estatutos lo permitan; i) Someter a consideración y aprobación de la Junta Directiva el proyecto de presupuesto, sus adiciones y traslados, así como los estados financieros, de conformidad con las disposiciones orgánicas sobre la materia; j) Constituir mandatarios y apoderados que representen a la entidad en los asuntos judiciales y demás de carácter litigioso; k) Controlar el manejo de los recursos financieros, para que éstos se ejecuten de conformidad con los planes y programas establecidos y con las normas orgánicas de presupuesto; l) Crear y organizar mediante acto administrativo grupos internos de trabajo, teniendo en cuenta la estructura interna, los planes y programas institucionales; m) Administrar y velar por la adecuada utilización de los bienes y fondos que constituyen el patrimonio de la empresa; n) Crear y organizar los comités que estime necesarios para el cumplimiento de la misión institucional, mediante acto administrativo; o) Rendir informes al Ministro de Desarrollo Económico, al Superintendente Bancario y demás organismos que los soliciten, sobre los estados de ejecución de las funciones, actividades desarrolladas y la situación general de la empresa; p) Las demás que le sean asignadas por las normas legales que se relacionen con la organización y funcionamiento de la empresa que no estén expresamente atribuidas a otra autoridad, las que establezcan las disposiciones relativas a los representantes legales de los establecimientos de crédito y las que fije la Superintendencia Bancaria. (Decreto 1454 del 29 de julio de 1999)

Que figuran posesionados y en consecuencia, ejercen la representación legal de la entidad, las siguientes personas:

NOMBRE

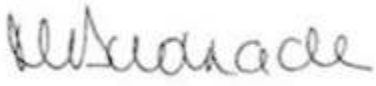
María Cristina Londoño Juan
Fecha de inicio del cargo: 03/12/2018

IDENTIFICACIÓN

CC - 45467296

CARGO

Presidente


MÓNICA ANDRADE VALENCIA
SECRETARIO GENERAL

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Certificado Generado con el Pin No: 1003556477195380

Generado el 31 de marzo de 2021 a las 10:43:46

**ESTE CERTIFICADO REFLEJA LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENTIDAD
HASTA LA FECHA Y HORA DE SU EXPEDICIÓN**

"De conformidad con el artículo 12 del Decreto 2150 de 1995, la firma mecánica que aparece en este texto tiene plena validez para todos los efectos legales."

CERTIFICADO VÁLIDO EMITIDO POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS**

**MAGISTRADO PONENTE:
OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA**

Bogotá D. C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.
ACCIONANTES: Fondo Nacional del Ahorro.
ACCIONADOS: Tribunal de Arbitramento.
RADICACIÓN: 11001220300020200192500.

(Aprobada en Sala de la misma fecha)

1. El Tribunal decide la acción de tutela interpuesta por el Fondo Nacional del Ahorro, en contra del Tribunal de Arbitramento conformado por los árbitros Antonio Pabón Santander, Jorge Santos Ballesteros y María Del Pilar Galvis Segura, por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Al trámite fue vinculada Mapfre Seguros de Colombia SAS.

ANTECEDENTES

COMPETENCIA

2. Corresponde a esta Sala el conocimiento de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el art. 37 del D. 2591/1991 y el art. 2.2.3.1.2.1 del D. 1069/15 modificado por el art. 1 del D. 1983/2017, e igualmente, en acatamiento a lo dispuesto en Acuerdo n.º PSAA 13-9866 del 13 de marzo de 2013, emitido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

PRESUPUESTOS FÁCTICOS

3. La entidad accionante manifiesta que convocó a Mapfre Seguros de Colombia SAS a proceso arbitral con el fin de resolver las diferencias que surgieron con ocasión del contrato de seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros instrumentado a través de la póliza n.º 220215003850 frente al amparo o cobertura incluida en su sección IV, concerniente a la Responsabilidad de Servidores Públicos, y/o en la póliza de seguro de responsabilidad civil de directores y administradores n.º 2201215003851 y, por tanto, para que, a título de siniestro, se le pagué la suma de \$2.284.749.000.00 que tuvo que asumir por concepto de sanciones e intereses en el pago del IVA que el FNA no canceló

durante los años 2012 a 2016 por interpretación errada e involuntaria de sus funcionarios responsables de la época por cuanto consideraron que la entidad no tenía obligación de pagar dicho impuesto.

4. La accionante explicó que las diferencias surgieron porque:

4.1. El FNA en la póliza n.º 220215003850 figuró como tomador, asegurado y beneficiario, el valor asegurado fue de \$12.000.000.000, su vigencia se extendió del cuatro de abril de 2015 al cuatro de mayo de 2016, su modalidad de cobertura se estipuló por descubrimiento de retroactividad ilimitada y se expidió como resultado del proceso de selección o licitación privada FNA-DA-PRIV-113-2015 en donde se especificaron los requisitos que la póliza requerida debía reunir.

4.2. Tales requisitos fueron tenidos en cuenta como condiciones particulares de la citada póliza bajo el título "CLAUSULAS ADICIONALES OBLIGATORIAS PARA LA POLIZA" dejando constancia mediante certificado n.º 1 que la cobertura de la sección IV sobre responsabilidad de directores y administradores tendría vigencia desde el cuatro de mayo de 2015 hasta el mismo día y mes del año 2016. No obstante, en cualquier caso, Mapfre, por su cuenta, para tal fin, en los mismos términos y condiciones, expidió la póliza n.º 2201215003851.

4.3. El siniestro se avisó el 23 de noviembre de 2016 y Mapfre lo objetó en diciembre del mismo año porque no se hizo mención a los empleados del FNA responsables, así como porque en la cláusula general 3.14 se excluyó de la cobertura las multas e intereses que se impusieran a la entidad. Por lo anterior, y en tanto Mapfre guardó silencio a la comunicación que en respuesta a la objeción se radicó el seis de febrero de 2017, presentó formalmente la reclamación el 23 de febrero de 2018 indicando que la citada cláusula es abusiva y que se reportó el funcionario a quien, por los hechos, se le adelanta investigación disciplinaria.

5. Luego de agotarse el trámite pertinente, el Tribunal de arbitramento accionado negó pretensiones mediante laudo del diez de julio de 2020 que sustentó en, al menos, los siguientes seis argumentos:

"A.- El tipo de seguro objeto de reclamación es de responsabilidad civil de servidores públicos y la activación de la cobertura es por reclamación.

B.- No puede considerarse que la modalidad pactada fuera por descubrimiento, pues tal sentido de la intención de las partes conduciría a un tipo de pacto *contra legem*, que no se admite en esta tipología de seguro.

C.- El texto mismo de los documentos contractuales conduce a entender que la modalidad pactada fue por reclamación.

D.- No prevalece el alcance del pliego de condiciones sobre los términos exactos del acuerdo entre las partes, como quiera que el tipo de contrato genitor de la disputa no se rige por la ley 80 de 1993.

E.- No se recibió una reclamación de terceros o víctimas durante la vigencia de la póliza (4-05-15 al 4-05-16).

F.- No se probó que se hubiera otorgado extensión de la cobertura de la póliza y se hubiera pagado la prima de la misma.”

6. Sostiene que se cumplen los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales que, son los mismos, que se exigen para amparos en contra de sentencias. De esta manera:

6.1. En cuanto a los requisitos generales, de un lado, destaca que el asunto ostenta relevancia constitucional porque están comprometidos el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia. Igualmente, se satisface el presupuesto subsidiariedad porque pretenden evitar un perjuicio irremediable por una causa que no le es imputable y que se concreta en “la supuesta” discrecionalidad de los árbitros al valorar los medios de prueba, así como al interpretar y aplicar las normas.

6.2. De otro, la subsidiariedad también se acredita y/o no es exigible porque el recurso de anulación se rige por causales taxativas relacionadas con errores de procedimiento, no de fondo, y los “motivos de impugnación” no se ajustan a ninguna de ellas. Cumplen con interponer la acción de tutela con inmediatez, el Tribunal de arbitramento incurrió en irregularidades que afectan de manera directa los derechos fundamentales invocados e identifican de manera razonable los hechos que vulneraron tales derechos.

6.3. En cuanto a los presupuestos específicos argumenta que el fallo arbitral incurrió en los siguientes defectos judiciales:

6.3.1. Fático por cuanto, no se valoró adecuadamente o se “cercenó por completo” el pliego de condiciones, la oferta de Mapfre y la póliza que se expidió, con el fin de determinar el verdadero acuerdo al que llegaron las partes y advertir que:

(a) Se constituyó una póliza mixta, de responsabilidad civil y de daños patrimoniales causados por conductas no dolosas de funcionarios y, por ende, para la efectividad de esta última no se requería esperar la reclamación de un tercero, sino que era suficiente el mecanismo de descubrimiento del perjuicio.

(b) El perjuicio se descubrió y ocurrió en vigencia de la póliza porque el 23 de abril de 2016 la DIAN conceptuó sobre la obligación que tenía el FNA de declarar y pagar IVA y, además, se pactó una retroactividad ilimitada que cubriría las pérdidas concernientes a vigencias anteriores al seguro.

(c) Si bien, en el mercado internacional, es atípico el tipo de protección que el FNA solicitó, esto es, que el seguro de responsabilidad civil funcionara por el sistema de descubrimiento y no de reclamación, Mapfre lo aceptó sin que

formulara alguna observación al pliego y, tales actuaciones, de ninguna manera implica que se haya actuado de manera "ilegal".

(d) No era procedente acudir a las condiciones generales del seguro de responsabilidad de servidores públicos y/o indicar que, con base en aquellas, Mapfre por su cuenta cambió los términos de invitación y por tanto modificó la modalidad de la póliza por descubrimiento a *claims made* o reclamación pues, lo llamado a tener efectos, eran las especificaciones técnicas requeridas en el proceso de selección.

6.3.2. Sustantivo por aplicación de una prohibición inexistente en la ley pues la legislación no prohíbe que el amparo pretendido se otorgue bajo la modalidad de descubrimiento y el art. 1056 CCo permite que el asegurador asuma riesgos bajo su arbitrio; asimismo, porque aplicó injustificadamente el art. 1047 del CCo ya que, solamente es posible acudir a las condiciones generales ante la falta de acuerdo expreso de las partes.

6.3.3. Desconocimiento del precedente por cuanto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de un lado, mediante doctrina probable, tiene dicho que la modalidad del descubrimiento es válida en los seguros de responsabilidad de directores y administradores¹. De otro, que el pliego de condiciones y lo ofertado, tienen carácter vinculante para dirimir este tipo de controversias.

PRETENSIONES

7. El accionante solicita que una vez se protejan los derechos fundamentales invocados y como medida de restablecimiento se ordene dejar sin efecto el laudo arbitral que se profirió el 10 de julio de 2020 por parte de los árbitros Antonio Pabón Santander, Jorge Santos Ballesteros y María Del Pilar Galvis Segura en el caso n.º 15891 del Fondo Nacional del Ahorro en contra de Mapfre Seguros de Colombia SAS.

ACTUACIONES DE PRIMERA INSTANCIA

8. El cuatro de diciembre de 2020 se publicó aviso online en la página web de la rama judicial con el fin de comunicar el inicio de la acción de tutela a las partes, intervinientes y/o cualquier otro tercero con interés en el caso arbitral n.º 15891 del Fondo Nacional del Ahorro en contra de Mapfre Seguros de Colombia SAS² (consec. n.º 6).

¹ Citas las siguientes tres sentencias: CSJ Civil, 18 de diciembre de 2013, F. Giraldo; CSJ Civil, 18 de julio de 2017, A. Quiroz, SC10300-2017; CSJ Civil, 12 de febrero 2018, A. Quiroz, SC130-2018.

² Rama Judicial del Poder Público. Sala Civil Especializada en Restitución de tierras de Bogotá. Aviso Tutela Rad: 11001 22 03 000 2020 01925 00. Disponible online [URL]: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/sala-civil-1-especializada-en-restitucion-de-tierras-de->

9. En su respuesta, el Tribunal de arbitramento accionado facilitó el siguiente enlace con el fin de consultar las actuaciones que adelanto en el citado caso:
https://www.dropbox.com/sh/etusw5vx4py1rss/AACZ7Gfz0oUww2PJvgDR_4t8a?dl=0

RESPUESTAS AL ESCRITO DE TUTELA

10. Los árbitros accionados consideran que la acción de tutela es improcedente. Argumentan que:

10.1. Cuando las personas acuden a la justicia arbitral para que se administre justicia, hacen evidente la confianza que tienen en las decisiones que adoptarán los árbitros que ellas mismas escogen "directa o indirectamente" y, por ello, no solamente los recursos de anulación y revisión en contra de los laudos son extraordinarios y restrictivos en cuanto a errores de procedimiento, sino que la procedencia de la acción de tutela en su contra es más estricta.

10.2. La entidad accionante no interpuso recurso de anulación en contra del laudo arbitral y el amparo constitucional no es el mecanismo para abrir nuevamente el litigio tal y como aquella deja evidente al utilizar razones propias de una segunda instancia o incluso de un recurso de casación, pues apenas se limita a disentir del razonamiento fáctico y jurídico que el Tribunal de arbitramento desplegó.

11. Mafre Seguros de Colombia SAS en su condición de accionada no presentó respuesta al escrito de tutela.

CONSIDERACIONES

PROBLEMAS JURÍDICOS

12. Corresponde a esta instancia de decisión determinar si concurren integralmente los presupuestos generales de procedibilidad para instaurar la presente acción de tutela en contra de la sentencia que el 10 de julio de 2020 profirió el Tribunal de Arbitramento convocado por el Fondo Nacional del Ahorro en contra de Mapfre Seguros de Colombia SAS y, en caso tal, si a la convocante se le quebrantaron los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia como consecuencia de los defectos fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente en los que se afirma incurre la citada providencia.

bogota/home?p_p_auth=EDh6Y7KR&p_p_id=101&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=56272813&_101_type=content&_101_urlTitle=aviso-tutela-rad-11001-22-03-000-2020-01925-00

LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES ARBITRALES

13. El arbitramento es un mecanismo de carácter heterocompositivo por medio del cual se busca solucionar alternativamente los conflictos, puesto que tiene sustento en el previo compromiso que manifiestan las partes para proceder a través de tal vía cuando los asuntos de que traten tengan el carácter de transigibles. Sobre el arbitraje tiene dicho la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia:

“[E]s un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, autorizado por la Constitución Nacional, mediante el cual **las partes de una controversia**, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, **confían su decisión a unos particulares**, que adquieren el carácter de árbitros y administran justicia en esa específica disputa, **a través de un procedimiento preestablecido y en única instancia que finaliza con el laudo, cuya obligatoriedad han aceptado de antemano**, sus efectos hacen tránsito a cosa juzgada y es susceptible de ser atacado a través del recurso de anulación, y contra la sentencia que decide este y el mismo laudo, el de revisión, medios impugnativos que por su carácter extraordinario no permiten reexaminarlo integralmente, sino por las causales previstas taxativamente en la ley.”³ (Resaltado de la Sala)

14. Por tanto, a través del arbitraje prácticamente las personas interesadas definen el juez que resolverá en **única instancia** las controversias que posiblemente surjan entre ellas; tal juez, es un particular investido transitoriamente de la función pública de administrar justicia⁴, circunstancia de la que se desprende que las decisiones arbitrales tienen el carácter autónomo y obligatorio del que goza cualquier otro pronunciamiento judicial, siendo pues plenamente ejecutables, pues hacen tránsito a cosa juzgada.

15. La justicia arbitral presenta particularidades que conllevan a que se entienda que tiene “naturaleza restrictiva de las vías judiciales diseñadas por el legislador para controlar este tipo de decisiones”⁵, y a que se admita como vicios que se pueden presentar únicamente los errores *in procedendo*, pues por “el elemento voluntario del arbitramento implica que – en principio – la valoración sustantiva realizada por los árbitros goce de un carácter definitivo e intangible”⁶.

16. En consecuencia, para efectos de la procedencia de la acción de tutela en contra de decisiones arbitrales se acentúa y reafirma su excepcionalidad,

³ CSJ Civil, 11 sep. 2012, rad. 01862-00; 20 nov. 2015, rad. 2015-02786, M. Cabello y en el mismo sentido CConst, T-121/2002, J. Córdoba; SU-174 de 2007, M. Cepeda; T-466/11, J. Palacio, entre otras.

⁴ Tal es la posibilidad planteada por el inciso 4º del art. 116 CN, sobre el cual manifestó la Corte Constitucional: “A la luz de esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si es de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma transcrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia, **“en los términos que determine la ley”**, CConst, C-294/1995, J. Arango. (Negrita en el original).

⁵ CConst, T-466/11, J. Palacio

⁶ *Ibídem*.

característica esta que desde sentencia SU-174/07. M. Cepeda se dimensiona a partir de los siguientes parámetros:

“(1) un **respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros**, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento; (2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado una **vía de hecho por el laudo arbitral que vulnere de manera directa derechos fundamentales**, condición que no se verificó en ninguna de las sentencias examinadas – es decir, la Corte Constitucional nunca ha concedido una tutela contra un laudo arbitral, porque en ninguno de los casos decididos por esta Corporación se han dado los requisitos para que proceda la acción de amparo constitucional; (3) la doctrina de las vías de hecho es aplicable a los laudos arbitrales, en las hipótesis en que éstos implican una vulneración directa de derechos fundamentales; y (4) **la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos**, y a pesar de ello persiste una vía de hecho por la vulneración directa de un derecho fundamental.”⁷ (resaltado del Tribunal)

17. Se concluye por tanto que, en estos casos de tutela contra laudos arbitrales, hay una mayor exigencia en cuanto al cumplimiento de los requisitos generales y específicos de su procedibilidad contra decisiones judiciales.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DEL AMPARO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISIONES Y ACTUACIONES JUDICIALES

18. Nuestro ordenamiento jurídico permite que a través de la acción de tutela se cuestionen las actuaciones y las providencias que los jueces profieren. Por supuesto, la permisión del amparo en tales asuntos no es la regla general, sino una excepción, pues de lo contrario se podría desnaturalizar la figura de la tutela que, por una parte, tiene por objeto exclusivo cuestiones constitucionales particulares y meramente legales; y por otro, se caracteriza por ser residual y subsidiaria, dado que el ordenamiento jurídico dispone de mecanismos ordinarios para el ejercicio y protección de los diferentes derechos.

19. Para evitar la desnaturalización de la acción de tutela, a partir de la sentencia CConst, C-590/05, J. Córdoba, se fijaron criterios, parámetros, o causales de orden general y específico para su procedencia, cuya carga de acreditación corresponde al promotor de la causa. Y mientras los generales se caracterizan por ser formales porque buscan que el Juez de tutela evite estudiar el fondo del asunto por no ser necesario, los específicos son de orden material ya que con ellos debe demostrarse que se está ante un claro defecto judicial remediable solamente si se otorga el amparo.

20. Los *criterios de carácter formal corresponden a seis (6) causales* cuyo cumplimiento debe ser simultáneo, so pena de estar autorizado el Juez a

⁷ Además de la sentencia CConst, SU-174/07. M. Cepeda, los parámetros se han tenido en cuenta en T-466/11, J. Palacio, T-055/14, A. Rojas, entre otras.

relevarse de estudiar la cuestión planteada. Dichos requisitos generales, son los siguientes:

“(i) Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional, toda vez que el Juez de tutela; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los recursos o medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que tratándose de irregularidades procesales, tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo, salvo que por sí misma atente de manera grave los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada oportunamente al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible y, (vi) que no se traten de sentencias de tutela.”⁸

21. Ahora bien, *la falta de acreditación de uno (1) de los mencionados presupuestos generales acarrea la improcedencia del ejercicio de la acción de tutela*, y, por tanto, el Juez no tiene por qué examinar si acaecen los materiales o específicos, y mucho menos, si los eventuales defectos judiciales tienen la entidad suficiente para vulnerar o amenazar de manera cierta un derecho fundamental. En caso contrario, esto es, si los requisitos generales se cumplen a cabalidad, se deberá demostrar que se incurrió en alguno de los siguientes defectos judiciales:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

h. Violación directa de la Constitución. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.”¹⁰

⁸ Entre otras sentencias en donde el Tribunal ha sintetizado tales requisitos generales, consultar, TSDJB SCE Restitución de Tierras, 14 de junio de 2019, O. Ramírez, rad. n.º 2019-00994-00.

⁹ CConst, T-522/2001, M. Espinosa.

¹⁰ Entre otras sentencias en donde el Tribunal ha sintetizado tales requisitos generales, consultar, TSDJB SCE Restitución de Tierras, 10 de julio de 2019, O. Ramírez, rad. 2019-01181-00.

CASO CONCRETO

22. Habida cuenta de los antecedentes, los fundamentos jurídicos expuestos y los medios de prueba que obran en el plenario, las siguientes son las conclusiones del Tribunal:

23. No es evidente que en el trámite arbitral que convocó el Fondo Nacional del Ahorro (en adelante FNA) y que culminó con la expedición del laudo objeto de queja, se le haya quebrantado de manera directa a la entidad convocante, hoy promotora del amparo, un derecho fundamental, aspecto que, de suyo, exige mayor rigurosidad para demostrar la relevancia constitucional del asunto que se somete a consideración del juez de tutela. Así se estima por cuanto:

23.1. Se invocaron como presuntamente vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

23.2. En lo que respecta al primer mencionado derecho, se destaca que el FNA, por su cuenta, decidió que, en caso de algún conflicto con Mapfre a propósito de las pólizas suscritas, acudiría a la justicia arbitral, lo que efectivamente hizo y no se le impidió de alguna manera, con lo cual, tuvo acceso a la administración de justicia con el fin que en única instancia se resolviera su litigio.

23.3. En cuanto al segundo derecho, se aprecia que el FNA, en clara igualdad a la de su contraparte convocada, estuvo representada por apoderado de confianza, tuvo la oportunidad de presentar su demanda, de aportar, solicitar y contradecir los medios de prueba recaudados, así como de presentar sus alegaciones finales, con lo cual, los contenidos esenciales que hacen parte del debido proceso constitucional, se le garantizaron, v. gr., tanto la defensa técnica como la contradicción. A ello se añade que, por su voluntario sometimiento a la justicia arbitral, participó en la conformación de sus juzgadores y aceptó, desde un inicio, que el conflicto se resolvería en única instancia.

23.4. En este orden de ideas, que en el trámite arbitral se haya proferido un laudo contrario a los intereses de marcado contenido económico que pretendía ver satisfechos el FNA, no constituye una circunstancia que por sí misma tenga la fuerza para predicar la posible vulneración directa de los derechos fundamentales que se invocaron y, con mayor razón, cuando la acción de tutela contra decisiones arbitrales se rige por la completa excepcionalidad al punto que, entre sus presupuestos de análisis, compete al juez de amparo, propender por el respeto del "margen de decisión autónoma de los árbitros."

24. Aunque el FNA realizó un esfuerzo tendiente a acreditar el cumplimiento de los presupuestos generales y específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, sobre el particular, se advierte que:

25. Se requería demostrar con mayor rigurosidad el requisito de relevancia constitucional, presupuesto que no se satisface solamente con plantear argumentos que, de suyo, tal y como destacaron los árbitros accionados, apenas se dirigen a plantear divergencias con el criterio que aquellos expusieron en el laudo. En efecto:

25.1. Contrario a lo que sostiene la promotora del amparo, en el laudo no emerge, de su sola lectura, algún indicio serio de capricho o arbitrariedad, antes bien, en el mismo se aprecia que a cada planteamiento de orden fáctico o jurídico se le acompañó de su correspondiente razón o justificación, las cuales, por el hecho de no compartirse, no significa que presuntamente sean inconstitucionales.

25.2. El laudo delimitó el objeto de litigio y destacó que el argumento concerniente a que se suscribió una póliza de carácter mixto sólo se propuso hasta las alegaciones y, por no haber sido objeto de contradicción, no era procedente examinarlo sin quebrantar el derecho al debido proceso de la contraparte convocada, actuación que de ninguna manera se evidencia arbitraria o caprichosa.

25.3. Si bien el FNA plantea que no se valoraron “adecuadamente” o que se “cercenaron” medios de prueba determinantes para adoptar la decisión de fondo (supra 6.3.1), lo cierto es que a cada medio de prueba relacionado con la expedición de las pólizas se le adscribió su correspondiente valor y alcance probatorio con el fin de auscultar la intención de las partes y, por tanto, destacar por qué, pese a lo consignado tanto en la invitación para la contratación de póliza por parte del FNA como en las carátulas expedidas, según las condiciones particulares también aceptadas y suscritas, la modalidad o el sistema de cobertura para efectos del seguro de responsabilidad civil, era el de reclamación o *claims made*. Consta en el laudo:

“(…) si se quiere ahondar en razones, **a pesar de lo consignado en la carátula de la póliza y en la invitación privada** efectuada por el Fondo Nacional del Ahorro, lo cierto es que un análisis sistemático de los documentos que integran el contrato de seguro celebrado, permite concluir que la modalidad en que se pactó el amparo de la Sección IV fue “*por reclamación*” o “*claims made*”. Así expresamente **aparece en las condiciones particulares** en las que se indica:

“*Retroactividad eliminada. La cobertura aplica en base a Claims Made*” (folio 384)”
(Itálica en el original, resaltado de la Sala)

Luego, fueron tenidos en cuenta la invitación privada o pliego de condiciones para el fin supuestamente echado de menos por el FNA: determinar la voluntad de las partes. Asunto distinto es que, tras su valoración, no se le otorgara el valor y alcance querido por el aquí accionante.

25.4. Aunque el FNA no lo planteara explícitamente en su argumentación, en el fondo, al comparar esta con la que por su parte está contenida en el laudo, se aprecia que la inconformidad que realmente se tiene con el mismo, es a propósito de la interpretación que el Tribunal de arbitramento otorgó al art. 4^o¹¹ de L. 389/1997 que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico nuevas modalidades de cobertura para las pólizas de manejo y riesgos financieros y responsabilidad civil.

25.5. Lo anterior, dado que, según el Tribunal accionado la citada regla permitió que el sistema de descubrimiento operara únicamente para los seguros de manejo y riesgos financieros, y el de reclamación o *claims made* para los de responsabilidad. El FNA, por su parte, estima que las modalidades no son excluyentes y sería aplicable a cualquier tipo de los seguros, apreciación que indica es doctrina probable según la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (supra n.º 6.3.3).

25.6. No obstante, esta Sala llama la atención frente al hecho que el FNA apenas propone un problema de interpretación de una regla que, de un lado, no resulta evidente que el Tribunal accionado la haya interpretado de manera irrazonable o arbitraria conforme a lo que explícitamente estipula y menos aun cuando para el efecto se citó jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo del Estado. De otro, que, sobre aquella, no existe la doctrina probable alegada por cuanto:

(a) No lo ha declarado así la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en alguna de las sentencias citadas para el efecto, cuando, ya es usual que ella misma, como máximo órgano de cierre ordinario, se pronuncie de manera explícita frente a los asuntos en los que existe doctrina probable.

(b) Al examinar tales sentencias, se aprecian referencias al art. 4 citado, empero, apenas una¹² deja entrever la posibilidad interpretativa sugerida por el

¹¹ "En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. // Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años."

¹² CSJ Civil, 12 de febrero 2018, A. Quiroz, SC130-2018

FNA, ya que, las otras¹³, se concentran en analizar cómo opera la modalidad de reclamación o *claims made* en el seguro de responsabilidad.

(c) Una sola sentencia no tiene la fuerza para constituir doctrina probable o ser precedente, sino apenas, un antecedente en la materia y, con mayor razón, si, como en ella se observa, no hubo una aproximación detallada a la razón por la cual el art. 4º en cuestión utilizó las expresiones “en el primero” y “en el segundo” tal y como, por su parte, destacó el Tribunal accionado.

25.7. En definitiva, entonces, según lo expuesto, no hay duda que el FNA lo que propone son diferencias frente a la valoración probatoria e interpretación de las normas contenidas de manera razonada en el laudo, esto es, con base en consideraciones estrictamente legales, no constitucionales, como si el juez de tutela fuera instancia adicional de decisión del litigio que perdió en el marco de un procedimiento que, como ya se indicó, se adelantó por su cuenta mediante arbitraje, con participación en la conformación de sus juzgadores y, sin serio indicio, de que se le haya quebrantado de manera directa los derechos fundamentales invocados.

26. A lo antedicho, cabría agregar que si bien el FNA alegó satisfacer el requisito de subsidiariedad del amparo y/o plantear que no se le podía exigir (supra n.º 6.2), la Sala así no lo estima, por cuanto:

26.1. No probó la necesidad de evitar un perjuicio irremediable real. Al respecto, el FNA razona de manera equívoca, sin atender los elementos que estructuran dicho perjuicio, uno que no se demuestra con meras consideraciones abstractas o generales, sino que, emerge solamente cuando se constata que podría ocurrir -no que ocurrió- una situación lesiva gravemente de derechos fundamentales que, por la fuerza misma de los hechos, justifica que el juez de tutela intervenga con urgencia e impostergabilidad, nada de lo cual, es patente en el presente asunto.

26.2. Si bien es cierto que en contra del laudo en cuestión solamente cuenta con los recursos extraordinarios de anulación y revisión y que alegó que sus quejas no se encajaban en algunos de los requisitos que hacen procedente el primero de los citados, no dijo nada en cuanto al segundo a sabiendas que, por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ahí sí, con carácter explícito concluyó que se debe tener por doctrina probable la eventual procedencia de la revisión por graves deficiencias de motivación con fundamento en la causal 8º del art. 380 CPC hoy causal 8º del art. 355 CGP y

¹³ CSJ Civil, 18 de diciembre de 2013, F. Giraldo y CSJ Civil, 18 de julio de 2017, A. Quiroz, SC10300-2017

lo que, en la materia, tiene dicho en su jurisprudencia¹⁴. Luego, teniendo en cuenta el tipo y la naturaleza de sus reparos al laudo, de estimar que, en últimas, aquél contiene deficiencias de motivación, bien se le podría exigir intentar agotar dicha vía.

26. Así las cosas, la decisión del Tribunal es declarar improcedente el amparo constitucional que invocó el Fondo Nacional del Ahorro.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, especializada en Restitución de Tierras, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente el amparo constitucional solicitado por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: COMUNICAR a los intervinientes que conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991 pueden impugnar la presente sentencia dentro de los tres días siguientes a su notificación.

CUARTO: COMUNICAR a los intervinientes que el presente fallo se profirió de manera digital a través del «Portal de Restitución de Tierras Gestión de Procesos Judiciales en Línea», con firmas electrónicas y, por tanto, la **autenticidad de las firmas** se puede constatar mediante el código de verificación que se suministra en el correo electrónico por medio del cual se surte su notificación. Igualmente, para

¹⁴ CSj Civil, CSJ Civil, 11 de diciembre de 2018, O. Tejeiro, SC5408-2018: "...al revisar nuevamente el asunto, no se advierte una razón suficiente para cambiar la jurisprudencia en comentario por «errónea», como quiera que la misma tiene arraigo en las garantías del debido proceso y acceso a la administración de justicia (arts. 29 y 229 Carta Política), a las cuales se encuentra estrechamente vinculada la obligación que tienen los jueces de motivar sus decisiones y según se indicó en los fundamentos jurídicos de SC 29 ago. 2008, con esa interpretación se propendía por «acompañar las causales del recurso de revisión» desde una perspectiva constitucional, cometido que sigue siendo plausible. // (...) // ...considera la Sala que en el momento actual no existen motivos de peso para modificar la doctrina probable a la que se ha hecho mención en esta providencia, siempre que concurren los presupuestos legales atinentes a que la irregularidad estructurante de la nulidad se haya originado en la sentencia que puso fin al proceso, y que dicha decisión no sea susceptible de recurso alguno."

resolver cualquier inquietud sobre el particular puede solicitarse orientación a la Secretaría de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras de este Tribunal, correo electrónico secrtbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso de no ser impugnada la presente sentencia, **REMITIR** las actuaciones a la Corte Constitucional para su eventual revisión, atendiendo lo dispuesto para el efecto en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2019.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA
(Firmado electrónicamente)

JORGE HERNÁN VARGAS RINCÓN
(Firmado electrónicamente)

JORGE ELIÉCER MOYA VARGAS
(Firmado electrónicamente)

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA, D.C.
Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras
Magistrado Ponente: Dr. Oscar Humberto Ramírez Cardona
Ciudad

REF: Acción de Tutela
Accionante: FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”
Accionado: Tribunal Arbitral constituido para resolver en derecho las diferencias surgidas entre la Accionante y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
Radicado: 11001220300020200192500
Asunto: Impugnación fallo de primera instancia

NORMAN ALBIN GARZON MORA, conocido como apoderado de la Accionante dentro del asunto de la referencia, comparezco ante esa Corporación, en tiempo para ello, con el fin de IMPUGNAR el fallo de primera instancia de fecha diciembre 16 de 2020, proferido por esa Corporación.

Constituyen fundamentos de la impugnación, los siguientes:

FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA:

La Sala Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, fundamenta la declaración de improcedencia de la Acción de Tutela con los siguientes argumentos:

1. Considera que *“23. No es evidente que en el trámite arbitral que convocó el fondo Nacional del Ahorro (en adelante FNA) y que culminó con la expedición del laudo objeto de queja, se le haya quebrantado de manera directa a la entidad convocante, hoy promotora del amparo, un derecho fundamental, aspecto que, de suyo, exige mayor rigurosidad para demostrar la relevancia constitucional del asunto que se somete a consideración del juez de tutela. Así se estima por cuanto:*

23.1. Se invocaron como presuntamente vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

23.2. En lo que respecta al primer mencionado derecho, se destaca que el FNA, por su cuenta, decidió que, en caso de algún conflicto con Mapfre a propósito de las pólizas suscritas, acudiría a la justicia arbitral, lo que efectivamente hizo y no se le impidió de alguna manera, con lo cual tuvo acceso a la administración de justicia con el fin que en única instancia se resolviera su litigio.

23.3. En cuanto al segundo derecho, se aprecia que el FNA, en clara igualdad a la de su contraparte convocada, estuvo representada por apoderado de confianza, tuvo la oportunidad de presentar su demanda, de aportar, solicitar y contradecir los medios de prueba recaudados, así como de presentar sus alegatos finales, con lo cual, los contenidos esenciales que hacen parte del debido proceso constitucional, se garantizaron, v.gr., tanto la defensa técnica como la contradicción. A ello se añade que, por su voluntario sometimiento a la justicia arbitral, participó en la conformación de sus juzgadores y aceptó, desde un inicio, que el conflicto se resolvería en única instancia.

23.4. En este orden de ideas, que en el trámite arbitral se haya proferido un laudo contrario a los intereses de marcado contenido económico que pretendía ver satisfechos el FNA, no constituye una circunstancia que por sí misma tenga la fuerza para predicar la posible vulneración directa de los derechos fundamentales que se invocaron y, con mayor razón, cuando la acción de tutela contra decisiones arbitrales se rige por la completa excepcionalidad al punto que, entre sus presupuestos de análisis, compete al juez de amparo, porpender por el respeto del “margen de decisión autónoma de los árbitros.”

2. También considera el Tribunal que “se requería demostrar con mayor rigurosidad el requisito de relevancia constitucional, presupuesto que no se satisface solamente con plantear argumentos que, de suyo, tal y como destacaron los árbitros accionados, apenas se dirigen a plantear divergencias con el criterio que aquellos expusieron en el laudo. En efecto:

25.1. Contrario a lo que sostiene la promotora del amparo, en el laudo no emerge, de su sola lectura, algún indicio serio de capricho o arbitrariedad, antes bien, en el mismo se aprecia que a cada planteamiento de orden fáctico o jurídico se le acompañó de su correspondiente razón o justificación, las cuales, por el hecho de no compartirse, no significa que presuntamente sean inconstitucionales.

25.2. El laudo delimitó el objeto del litigio y destacó que el argumento concerniente a que se suscribió una póliza de carácter mixto sólo se propuso hasta las alegaciones y, por no haber sido objeto de contradicción, no era procedente examinarlo sin quebrantar el derecho al debido proceso de la contraparte convocada, actuación que de ninguna manera se evidencia arbitraria o caprichosa.

25.3. Si bien el FNA plantea que se valoraron “adecuadamente” o que se “cercenaron” medios de prueba determinantes para adoptar la decisión de fondo (supra 6.3.1.), lo cierto es que a cada medio de prueba relacionado con la expedición de las pólizas se le adscribió su correspondiente valor y alcance probatorio con el fin de auscultar la intención de las partes y, por tanto, destacar por qué, pese a lo consignado tanto en la invitación para la contratación de póliza por parte del FNA como en las carátulas expedidas, según las condiciones particulares también aceptadas y suscritas, la

modalidad o el sistema de cobertura para efectos del seguro de responsabilidad civil, era el de reclamación o claims made (...)

(...) Luego, fueron tenidos en cuenta la invitación privada o pliego de condiciones para el fin supuestamente echado de menos por el FNA: determinar la voluntad de las partes. Asunto distinto es que, tras su valoración, no se otorgara el valor y alcance querido por el aquí accionante.

25.4. Aunque el FNA no lo planteara explícitamente en su argumentación, en el fondo, al comparar esta con la que por su parte está contenida en el laudo, se aprecia que la inconformidad que realmente se tiene con el mismo, es a propósito de la interpretación que el Tribunal de arbitramento otorgó al art. 4º de L. 389/1997 que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico nuevas modalidades de cobertura para las pólizas de manejo y riesgos financieros y responsabilidad civil.

25.5. Lo anterior, dado que, según el Tribunal accionado la citada regla permitió que el sistema de descubrimiento operara únicamente para los seguros de manejo y riesgos financieros, y el de reclamación o claims made para los de responsabilidad. El FNA, por su parte, estima que las modalidades no son excluyentes y sería aplicable a cualquier tipo de los seguros, apreciación que indica es doctrina probable según la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (supra no. 6.3.3).

25.6. No obstante, esta Sala llama la atención frente al hecho que el FNA apenas propone un problema de interpretación de una regla que, de un lado, no resulta evidente que el Tribunal accionado la haya interpretado de manera irrazonable o arbitraria conforme a los explícitamente estipula aun cuando para el efecto se citó jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De otro, que, sobre aquella, no existe la doctrina probable alegada por cuanto:..."

25.7. En definitiva, entonces, según lo expuesto, no hay duda que el FNA lo que propone son diferencias frente a la valoración probatoria e interpretación de las normas contenidas de manera razonada en el laudo, esto es, con base en consideraciones estrictamente legales, no constitucionales, como si el juez de tutela fuera instancia adicional de decisión del litigio que perdió en el marco de un procedimiento que, como ya se indicó, se adelantó por su cuenta mediante arbitraje".

3. Finalmente, el Tribunal considera que no se cumplió el requisito de la subsidiariedad del amparo y/o plantear que no se le podía exigir puesto que (i) no probó la necesidad de evitar un perjuicio irremediable real y, (ii) si bien contra el laudo arbitral solo caben los recursos de anulación y revisión, sólo se refirió al primero de los mismos y nada dijo frente al segundo, el cual pudo encaminar por la vía de la causal 8º del artículo 380 del CPC, hoy causal 8º del artículo 355 del CGP.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACION:

Para demostrar los errores en que incurrió la Sala Especializada de Restitución de Tierras, abordaré en el mismo orden los fundamentos transcritos anteriormente y presentaré los argumentos que sustentan la impugnación.

1. En primer lugar, manifiesta la Sala de Restitución de Tierras del Tribunal que no es evidente que en el trámite arbitral se haya quebrantado algún derecho fundamental de la Accionante y que, a pesar de haberse señalado como vulneradas las garantías de acceso a la justicia y el debido proceso, debió haberse abordado el tema con mayor rigurosidad para efectos de acreditar la relevancia constitucional.

En torno al tema de la relevancia constitucional, la Corte Constitucional en sentencia T-173/93, explicó en qué se concreta ella en tratándose de tutelas contra providencias judiciales en los siguientes términos:

*“Se infiere de lo anterior que las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte -pese a su forma- en verdaderas **vías de hecho**, no merecen la denominación ni tienen el carácter de **providencias** para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez.*

Desarrollando este concepto en casos concretos, ha indicado la Corte:

“Una actuación de la autoridad pública se torna en vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

(...)

La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando esta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla

(...)

La vulneración de los derechos fundamentales por parte de servidores públicos que actúan sin fundamento objetivo y razonable, y obedecen a motivaciones internas, desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP art. 5), la protección constitucional de los derechos fundamentales (CP art. 86) y la prevalencia del derecho sustancial (CP art. 228). En caso de demostrarse su ocurrencia, el juez de tutela deberá examinar la pertenencia del acto al mundo jurídico y proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados en el curso de una vía de hecho por parte de la autoridad pública”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo No. 79 del 26 de febrero de 1993. Ponente: Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz).

En reciente sentencia agregó:

*“Aunque esta Corte declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, la doctrina acogida por esta misma Corporación, ha señalado que es procedente la acción de tutela cuando se ejerce para impedir que las autoridades públicas, mediante **vías de hecho**, vulneren o amenacen derechos fundamentales.*

(...)

Lo que el juez hace o exige debe estar conforme a la ley y a la determinación del derecho. Según esto, hay que pronunciarse judicialmente de conformidad con lo que en el proceso se propone y se prueba, todo bajo el imperio de la ley, que es la que faculta taxativamente a la autoridad judicial para actuar dentro del proceso. Luego el juez debe proceder según estos criterios y no según su propio arbitrio".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Fallo No. T-158 del 26 de abril de 1993. Ponente: Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa).

*De los párrafos transcritos aparece claro que la doctrina de la Corte ha efectuado un análisis **material** y ha establecido una diáfana distinción entre las **providencias judiciales** -que son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la función judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios judiciales de defensa establecidos por el ordenamiento jurídico- y las **vías de hecho** por cuyo medio, bajo la forma de una providencia judicial, quien debería administrar justicia quebranta en realidad los principios que la inspiran y abusa de la autonomía que la Carta Política reconoce a su función, para vulnerar en cambio los derechos básicos de las personas.*

En ese orden de ideas, la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho.

En tales casos, desde luego, el objeto de la acción y de la orden judicial que puede impartirse no toca con la cuestión litigiosa que se debate en el proceso, sino que se circunscribe al acto encubierto mediante el cual se viola o amenaza un derecho fundamental.

Ha expresado la Corte al respecto:

"...no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543. Octubre 1 de 1992)".

Se colige de lo anterior que en las actuaciones judiciales, puede presentarse vulneración de derechos fundamentales cuando, bajo el aparente ropaje de una providencia judicial, los juzgadores imponen su parecer caprichoso, desconocen la supremacía de la ley, la primacía de los derechos inalienables de la persona y la protección de los derechos fundamentales, causando vulneración de esas garantías.

De manera que, para efectos de demostrar la *“relevancia constitucional”* en tratándose de tutelas contra providencias judiciales, resulta necesario acreditar que esas vulneraciones se presentaron por parte de los jueces, situación para la que se hace indispensable señalarlo y probarlo a través de las causales específicas de procedencia del amparo.

No se trata, simplemente, de explicar por qué se cree que se violaron los derechos fundamentales señalados, sino que resulta necesario que, a través de las causales específicas de procedencia del amparo, se expliquen y prueben cada uno de los errores o defectos en que el juez incurrió, no para que se revoque y/o profiera una nueva o contraria decisión a la atacada ya que ello implicaría la invasión de la órbita exclusiva y autónoma del juez, sino para que se invalide la actuación viciada y, a quien corresponda, se le imparta la orden de emitir la decisión que en derecho corresponda sin que se incurra, nuevamente, en la violación declarada de la constitución.

En la medida en que se acrediten las causales específicas de procedencia de la tutela, quedará demostrada la violación de los derechos fundamentales señalados como vulnerados y, también, quedará probada la *“relevancia constitucional”*.

En la sentencia SU-332 de 2019, la Corte Constitucional se refiere a la *“relevancia constitucional”* en los siguientes términos: *“Con base en los antecedentes de esta providencia, la Sala encuentra que los casos objeto de revisión involucran múltiples aspectos de **relevancia constitucional**. La importancia de la unificación de jurisprudencia como garantía de igualdad en el trato jurídico, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima respecto de la existencia de varias posturas jurisprudenciales relacionadas con la aplicación de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías a los docentes, el alcance del derecho a la seguridad social de los miembros del Magisterio, el principio de favorabilidad en la aplicación de normas y precedentes en materia de prestaciones sociales de servidores públicos y docentes, son cuestiones que revisten una indiscutible importancia constitucional”*.

De lo anterior se colige que la *“relevancia constitucional”* está íntimamente relacionada con las causales específicas de procedencia de la tutela contra providencias judiciales pues, aspectos como la unificación de la jurisprudencia, la igualdad en el trato jurídico, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, se concretan en esas causales que la misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de señalar como necesarias y procedentes en caso de tutelas contra providencias judiciales.

Así las cosas, podemos afirmar que la *“relevancia constitucional”* se encuentra acreditada suficientemente en la medida en que la violación de los derechos fundamentales que se señalan como vulnerados, se encuentra demostrada con las causales específicas de procedencia de la tutela que se invocan. Así mismo, podemos

señalar que intrínsecamente surgen del debate propuesto, tal y como se hace en los casos que se analizaron en la sentencia SU-332 de 2019, temas de relevancia constitucional como (i) si es o no obligatorio respetar el precedente jurisprudencial; (ii) la unificación de la jurisprudencia que pretenden o se encuentra a cargo de las Altas Cortes; (iii) la necesidad de respetarla y la posibilidad de apartarse de la misma siempre y cuando se cite el antecedente jurisprudencial y se expresen las razones para apartarse del mismo; (iv) si la justicia arbitral se encuentra obligada o sometida a guardar estos estos preceptos; (iv) si la justicia arbitral está obligada a observar y aplicar la ley y la jurisprudencia en sus decisiones o si, por el contrario, a pesar de que el arbitramento sea en derecho, puede sustentar sus decisiones única y exclusivamente en su parecer o en discusiones doctrinales o académicas; (v) si la justicia arbitral puede con sus decisiones, violar derechos fundamentales de los particulares reconocidas en nuestra Carta máxima; (vi) si por lo taxativas de las causales del recurso de anulación contra los laudos arbitrales, es o no menester en todos los casos agotar el mismo antes de poder acudir a la tutela, así los motivos que sustentan ésta no tengan cabida o estructuren causal alguna de aquél; (vii) si como lo indica la Sala Especializada en Restitución de Tierras, en materia de arbitramento cabe el recurso de revisión y si es menester agotarlo previo el ejercicio de la tutela.

Nótese que ninguna de estas cuestiones son ajenas a esas causales específicas de procedencia de la acción y que surgen, precisamente, de que se aleguen y que se prueben en cada caso.

Adentrándonos en el caso que nos ocupa - como lo menciona el Tribunal en la decisión impugnada - se alegaron como violados los derechos fundamentales de acceso a la justicia y debido proceso. En cuanto al primero, afirma el Tribunal que, en la medida en que el FNA decidió que, en caso de controversia con Mapfre derivada de la celebración y ejecución del contrato de seguro suscrito, aquella sería resuelta por un tribunal de arbitramento, como en efecto ocurrió, no tiene cómo afirmarse que hubo violación de tal garantía.

Frente al segundo de los derechos invocados, afirma el Tribunal que *“se aprecia que el FNA, en clara igualdad a la de su contraparte convocada, estuvo representada por apoderado de confianza, tuvo la oportunidad de presentar su demanda, de aportar, solicitar y contradecir los medios de prueba recaudados, así como de presentar sus alegatos finales, con lo cual, los contenidos esenciales que hacen parte del debido proceso constitucional, se garantizaron, v.gr., tanto la defensa técnica como la contradicción. A ello se añade que, por su voluntario sometimiento a la justicia arbitral, participó en la conformación de sus juzgadores y aceptó, desde un inicio, que el conflicto se resolvería en única instancia.*

23.4. En este orden de ideas, que en el trámite arbitral se haya proferido un laudo contrario a los intereses de mercado contenido económico que pretendía ver satisfechos el FNA, no constituye una circunstancia que por sí misma tenga la fuerza para predicar la posible vulneración directa de los derechos fundamentales que se invocaron y, con mayor razón, cuando la acción de tutela contra decisiones arbitrales se rige por la completa excepcionalidad al punto que, entre sus presupuestos de análisis, compete al juez de amparo, porpender por el respeto del “margen de decisión autónoma de los árbitros.”

Para abordar y controvertir estos argumentos, considero menester citar la sentencia T-354/19 de la Corte Constitucional, la cual se refiere a la procedencia de la Acción de Tutela contra laudos arbitrales. En dicha providencia la Corte constitucional dijo:

“La procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales

Para efectos de avalar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha equiparado materialmente a estos últimos con las providencias judiciales, por cuanto ambos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada^[21]. A este propósito, en la Sentencia SU-033 de 2018 señaló:

“La equivalencia –material- que existe entre el laudo arbitral y la providencia judicial, activa de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, los cuales puedan verse afectados por las decisiones emanadas y el procedimiento llevado a cabo por los tribunales de arbitramento.”

Por tanto, la procedencia de este tipo de acciones está sometida, prima facie, a los mismos requisitos de procedibilidad, tanto generales como específicos^[22], que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto de las providencias judiciales^[23]”.

A partir de lo anterior se concluye que, por el simple hecho de haberse pactado una cláusula compromisoria, haber convocado un tribunal por haberse presentado una controversia con la demandada, haber seleccionado unos árbitros, solicitado y participado en la práctica de unas pruebas, no puede afirmarse que se observaron y no se violaron derechos fundamentales en cabeza de las partes, en este caso del FNA. En un proceso judicial ante la justicia ordinaria también se puede presentar la demanda, solicitar y participar en la práctica de pruebas y alegar de conclusión y, con la sentencia, puede incurrirse en una vía de hecho.

Efectuar una afirmación como la que hace la Sala Especializada en Restitución de Tierras es tanto como afirmar que la tutela no cabe contra laudos arbitrales en la medida en que se invoquen como vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la justicia y el debido proceso o que, cuando se haga, la vulneración surja de la pretermisión de alguna de estas etapas procesales y la misma no haya sido reconocida por vía de nulidad dentro del mencionado proceso. Una afirmación como la efectuada va en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más cuando ella misma se ha encargado de equiparar los laudos arbitrales con las providencias judiciales.

Continuando con el análisis de las afirmaciones del Tribunal, observemos lo que continúa diciendo la Corte Constitucional en la sentencia citada en cuanto al examen estricto de procedibilidad:

“2.1. El examen estricto de procedibilidad

Esta Corporación ha precisado, sin embargo, que el examen de los requisitos de procedibilidad debe ser más estricto y riguroso frente a laudos arbitrales que frente a

providencias judiciales. En la Sentencia SU-500 de 2015 se ahondó sobre la razón que fundamenta este análisis restrictivo:

“La razón para que, tratándose de acciones de tutela dirigidas contra laudos arbitrales, se predique esa lectura particular y más restrictiva de los requisitos de procedibilidad establecidos para la acción de tutela contra providencias judiciales, reside, fundamentalmente, en la consideración de que se está en un escenario en el cual se ha expresado la voluntad de los sujetos de apartarse de la jurisdicción ordinaria y someterse a la decisión que adopte un tribunal de arbitramento.”

En esa medida, la jurisprudencia ha reconocido que la alternatividad del arbitraje –en tanto elemento esencial de este método de solución de controversias– “irradia la facultad de permanencia de la decisión adoptada por el tribunal, la cual no podría verse condicionada a una posterior ratificación o cuestionamiento por parte de la jurisdicción a la cual las partes han renunciado originalmente.”^[24]

Es por ello que las vías previstas en el ordenamiento jurídico para atacar los laudos arbitrales son extraordinarias y limitadas: su objeto se circunscribe a controvertir, en principio, aspectos del procedimiento y se adscriben a unas causales taxativas^[25]. En tales términos, “no pueden asimilarse al examen de un recurso de apelación que está destinado a un conocimiento más completo y profundo sobre el ámbito sustancial de la controversia”^[26] y, por tanto, no tienen como objeto “revisar in integrum la determinación definitiva adoptada por los árbitros, ya que aquella se reputa prima facie intangible, definitiva y revestida de plenos efectos de cosa juzgada.”^[27]

En consecuencia, esta Corporación ha advertido que la procedencia excepcional de la acción de tutela contra laudos encuentra sentido, por una parte, en la protección de los derechos fundamentales, dada su trascendencia en nuestro ordenamiento constitucional, el cual prevé la tutela como la última alternativa de defensa de estos bienes jurídicos y, por otra, en que los árbitros, no obstante, su autonomía e independencia se encuentran igualmente obligados a garantizar dichos derechos^[28]. En esa misma línea, este Tribunal ha señalado que tal excepcionalidad exige respetar:

“(i) La estabilidad jurídica de los laudos arbitrales; (ii) el carácter excepcional y transitorio de la resolución de conflictos mediante el arbitraje; (iii) la voluntad de las partes de someter sus controversias a un particular específicamente habilitado para ello y no a los jueces estatales y (iv) el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no debe ser invadido por el juez de tutela y le impide a éste, pronunciarse directamente sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento”^[29].

De lo anterior se colige que, en la medida en que los árbitros están obligados a garantizar los derechos fundamentales, cuando por cualquier razón no lo hacen y con sus decisiones los transgreden, dichas decisiones pueden ser sujetas de control a través del mecanismo constitucional de la tutela como última herramienta prevista por el constituyente primario para protección de los derechos de los ciudadanos.

No se discute, y menos se desconoce, la autonomía de los árbitros, así como el sometimiento voluntario de las partes a la decisión que ellos tomen frente al conflicto que se les pone de presente; sin embargo, esto no significa que en ejercicio de esa facultad temporal de la que se les enviste, puedan violar derechos fundamentales en cabeza de las partes, desconocer y/o interpretar indebidamente la ley, aplicarla indebidamente y, de contera, desconocer la jurisprudencia de las

altas cortes cuya función es la de unificar las decisiones judiciales y propugnar por la estabilidad jurídica.

Eso fue lo que, precisamente, ocurrió en nuestro caso. Por razones que se desconocen o por simple error de interpretación y/o aplicación de la ley y por desconocimiento de la jurisprudencia de las altas cortes, el tribunal de arbitramento emitió una decisión contraria a la ley, la jurisprudencia y, lo que es aún peor, contraria a las pruebas que obran en el expediente, lo que implica un error en la apreciación y valoración de las mismas.

Aquí huelga recordar que en la cláusula compromisoria se consigna el mandato expreso y obligatorio de las partes para los árbitros de resolver esta y cualquier controversia que surgiera con ocasión del contrato celebrado **EN DERECHO**, lo que implica que fuera necesario fundamentar la decisión en la ley y en la jurisprudencia.

El hecho de que las partes libremente hayan decidido renunciar a la justicia ordinaria y someter la resolución de su controversia a la decisión de unos árbitros, no quiere decir que aquellas tengan que aceptar una que sea ilegal, que viole sus garantías constitucionales y que desconozca la ley y la jurisprudencia.

En la sentencia T-173/93, citada al inicio de este acápite, la Corte Constitucional señalaba: *“Se infiere de lo anterior que las actuaciones judiciales cuya ostensible desviación del ordenamiento jurídico las convierte -pese a su forma- en verdaderas **vías de hecho**, no merecen la denominación ni tienen el carácter de **providencias** para los efectos de establecer la procedencia de la acción de tutela. No es el ropaje o la apariencia de una decisión sino su contenido lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez”*.

Lo anterior quiere decir que el Juez Constitucional, sin que esto implique inmiscuirse en la labor autónoma del juez que adoptó la decisión que se ataca por vía de hecho, debe analizar y estudiar el contenido de la providencia objeto del amparo constitucional para sopesar si se justifica su anulación y el deber de que el juez inicial o al que le corresponda, la modifique o corrija con sujeción a la ley y la jurisprudencia dando, así, protección a los derechos fundamentales señalados como violados.

En el caso que nos ocupa no existe evidencia acerca de la ejecución de tal estudio y análisis por parte de la Sala Especializada en Restitución de Tierras; por el contrario, pareciera que la decisión adoptada en sede de tutela hubiera tenido soporte exclusivo en el laudo y en el escrito presentado por los árbitros que componían el tribunal arbitral. De la lectura de la providencia impugnada no se extrae que la anotada Sala haya requerido al Tribunal de Arbitramento y haya obtenido de él el suministro de la totalidad del expediente correspondiente al arbitramento y que se hayan podido analizar las distintas piezas que lo componían para efectos de dar crédito a una u otra de las partes en éste trámite.

Efectuamos la anterior manifestación en la medida en que, como se indicó en el escrito inicial de tutela, hay dos aspectos primordiales que, a nuestro modo de ver, no fueron tenidos en cuenta por parte del Tribunal entutelado al momento de proferir el laudo, que constituyen flagrante violación de la ley y la jurisprudencia y en los que se configuran las violaciones a los derechos fundamentales invocados.

Estos dos aspectos son: (i) el desconocimiento por parte del Tribunal de Arbitramento de la primacía del pliego de condiciones o de las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada emitida por el FNA sobre el contrato suscrito y/o la póliza y, (ii) la indiscutible posibilidad de pactar como modalidad de la póliza la denominada “por descubrimiento”, **tal y como aparece en el el pliego de condiciones o condiciones técnicas mínimas de la invitación privada**. En adición a lo anterior, huelga manifestar que no sólo era importante tener en cuenta esa primacía del pliego de condiciones, sino las manifestaciones expresas efectuadas por la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., al momento de presentar su oferta, e incluso, al momento de emitir la póliza. Dichas manifestaciones tienen que ver con su aceptación expresa e incondicional de todos y cada uno de los términos de los pliegos de condiciones o de las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada.

Estos aspectos, los cuales configuran y soportan las causales específicas de procedencia, sólo podían ser analizados, para efectos de su estimación o rechazo, mediante el cotejo o acceso al expediente completo y, en particular, a los cuadernos de pruebas de aquél. El establecer si lo que dice la ley y la jurisprudencia reiterada de la Corte y el Consejo de Estado en torno a estos aspectos y que se citó en el escrito inicial de tutela, era o no cierto y se aplicaba al caso concreto, sólo podía realizarse disponiendo de ese material. Sólo así podía analizarse ese “*contenido*” a que se refiere la Corte Constitucional cuando de tutela contra providencias judiciales se trata para efectos de establecer si se presentó o no una vía de hecho.

De la mano de lo anterior también se encuentra el aspecto relacionado con si es o no cierto que la existencia de un amparo o cobertura mixta se propuso sólo hasta la etapa de alegatos o, por el contrario, ya había sido objeto de proposición y discusión en el proceso e, incluso, desde el mismo pliego de condiciones de la invitación privada, desde la propuesta de MAPFRE o desde que se celebró el contrato y se expidió la póliza o, por último, desde que se recorrieron las excepciones o se hizo el pronunciamiento frente al dictamen pericial presentado por el perito de MAPFRE.

Para cerrar este primer capítulo tenemos, entonces, que (i) sí se señalaron los derechos fundamentales que se consideraron violados; (ii) que sí se explicó en qué aspectos se consideraban vulnerados; (iii) que la observancia y protección de esas garantías no puede quedarse en el mero aspecto formal alusivo a que el FNA decidió voluntariamente someterse a un arbitramento y, por ello, tenía que aceptar cualquier decisión que emitieran los árbitros así la misma fuera ilegal, no consultara ni las pruebas decretadas y practicadas ni la jurisprudencia reinante al respecto por el simple hecho de haber participado en el proceso, haber intervenido en sus diferentes etapas y haber estado asistida por un apoderado; (iv) que en materia de acciones de tutela contra providencias judiciales por vía de hecho, resulta indispensable analizar el contenido de la decisión atacada por ésta vía, sin que ello implique vulnerar la esfera de autonomía de los árbitros; (v) sin importar que de por medio existan pretensiones de marcado contenido económico, los árbitros, como particulares que están investidos temporalmente de jurisdicción, están sometidos al imperio de la ley al igual que los jueces y sus decisiones, mas cuando el arbitraje es EN DERECHO, deben estar acorde con ella y con la jurisprudencia.

En el presente caso, el juez de tutela se equivocó al considerar que el FNA pretende que se revoque o modifique el laudo arbitral por parte del juez de tutela como si se tratara de otra instancia. Al FNA, como a cualquier otro ciudadano, le interesa que se revise la actuación de los árbitros y la decisión que adoptaron para ver si se ajustó no a la ley, a la jurisprudencia y a las pruebas legal y oportunamente recaudadas y, si no es así, como en efecto se considera, que se anule para que la autoridad competente, sea el mismo tribunal arbitral u otro que se configure para el efecto, emita la que sí se ajuste a esos aspectos sin importar que la misma acoja, total o parcialmente, sus pretensiones económicas. Lo importante es que la misma respete esos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Carta máxima.

2. El segundo de los aspectos tratados por la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá tiene que ver con la “*relevancia constitucional*”. Allí se indicó como fundamento de la ausencia de esa relevancia:

“25.1. Contrario a lo que sostiene la promotora del amparo, en el laudo no emerge, de su sola lectura, algún indicio serio de capricho o arbitrariedad, antes bien, en el mismo se aprecia que a cada planteamiento de orden fáctico o jurídico se le acompañó de su correspondiente razón o justificación, las cuales, por el hecho de no compartirse, no significa que presuntamente sean inconstitucionales.

25.2. El laudo delimitó el objeto del litigio y destacó que el argumento concerniente a que se suscribió una póliza de carácter mixto sólo se propuso hasta las alegaciones y, por no haber sido objeto de contradicción, no era procedente examinarlo sin quebrantar el derecho al debido proceso de la contraparte convocada, actuación que de ninguna manera se evidencia arbitraria o caprichosa.

25.3. Si bien el FNA plantea que se valoraron “adecuadamente” o que se “cercenaron” medios de prueba determinantes para adoptar la decisión de fondo (supra 6.3.1.), lo cierto es que a cada medio de prueba relacionado con la expedición de las pólizas se le adscribió su correspondiente valor y alcance probatorio con el fin de auscultar la intención de las partes y, por tanto, destacar por qué, pese a lo consignado tanto en la invitación para la contratación de póliza por parte del FNA como en las carátulas expedidas, según las condiciones particulares también aceptadas y suscritas, la modalidad o el sistema de cobertura para efectos del seguro de responsabilidad civil, era el de reclamación o claims made (...)

(...) Luego, fueron tenidos en cuenta la invitación privada o pliego de condiciones para el fin supuestamente echado de menos por el FNA: determinar la voluntad de las partes. Asunto distinto es que, tras su valoración, no se otogara el valor y alcance querido por el aquí accionante.

25.4. Aunque el FNA no lo planteara explícitamente en su argumentación, en el fondo, al comparar esta con la que por su parte está contenida en el laudo, se aprecia que la inconformidad que realmente se tiene con el mismo, es a propósito de la interpretación que el Tribunal de arbitramento otorgó al art. 4º de L. 389/1997 que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico nuevas modalidades de cobertura para las pólizas de manejo y riesgos financieros y responsabilidad civil.

25.5. Lo anterior, dado que, según el Tribunal accionado la citada regla permitió que el sistema de descubrimiento operara únicamente para los seguros de manejo y riesgos

financieros, y el de reclamación o claims made para los de responsabilidad. El FNA, por su parte, estima que las modalidades no son excluyentes y sería aplicable a cualquier tipo de los seguros, apreciación que indica es doctrina probable según la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (supra no. 6.3.3).

25.6. No obstante, esta Sala llama la atención frente al hecho que el FNA apenas propone un problema de interpretación de una regla que, de un lado, no resulta evidente que el Tribunal accionado la haya interpretado de manera irrazonable o arbitraria conforme a los explícitamente estipula aun cuando para el efecto se citó jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De otro, que, sobre aquella, no existe la doctrina probable alegada por cuanto:...”.

25.7. En definitiva, entonces, según lo expuesto, no hay duda que el FNA lo que propone son diferencias frente a la valoración probatoria e interpretación de las normas contenidas de manera razonada en el laudo, esto es, con base en consideraciones estrictamente legales, no constitucionales, como si el juez de tutela fuera instancia adicional de decisión del litigio que perdió en el marco de un procedimiento que, como ya se indicó, se adelantó por su cuenta mediante arbitraje”.

De la lectura de estos argumentos se extrae que los mismos se pueden agrupar así:

1. No existe capricho o arbitrariedad en los argumentos y conclusiones del laudo.
2. El hecho que las consideraciones del Tribunal no se compartan, no implican violación de los derechos fundamentales.
3. El argumento alusivo a la expedición de una póliza de carácter mixto sólo se propuso al momento de los alegatos finales, razón por la que era imposible tenerlo en cuenta sin vulnerar el debido proceso de la contraparte convocada.
4. Las pruebas fueron valoradas apropiadamente.
5. Lo que se propone por el FNA es una indebida interpretación de la ley y de las pruebas.

En la sentencia T-354/19, citada anteriormente, la Corte Constitucional manifestó:

“2.2. Reglas adicionales de procedencia

En atención a lo anterior, en la Sentencia SU-174 de 2007 este Tribunal confeccionó unas reglas adicionales a las cuales debe sujetarse al juez constitucional a la hora de examinar la procedencia de este tipo de acciones de tutela:

“(1) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que no ha de ser invadido por el juez de tutela e impide a éste pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a arbitramento;

(2) la procedencia excepcional de la acción de tutela exige que se haya configurado, en la decisión que se ataca, una vulneración directa de derechos fundamentales;

(3) si bien es posible y procedente aplicar la doctrina de las vías de hecho a los laudos arbitrales, dicha doctrina ha de aplicarse con respeto por los elementos propios de la naturaleza del arbitraje, los cual implica que su procedencia se circunscribe a hipótesis de vulneración directa de derechos fundamentales; y

(4) el carácter subsidiario de la acción de tutela se manifiesta con especial claridad en estos casos, ya que sólo procede cuando se ha hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos, y a pesar de ello persiste la vía de mediante la cual se configura la vulneración de un derecho fundamental. En materia de contratos administrativos sobresale el recurso de anulación contra el laudo.”

Y en la citada Sentencia SU-033 de 2018, la Corte identificó la influencia particular de estas reglas sobre tres presupuestos de la acción de tutela, a saber: las contenidas en los numerales 1 y 2 implican que el juez de tutela debe realizar una especial valoración del requisito de relevancia constitucional; la incluida en el numeral 4 deriva en un estudio más atento del requisito de subsidiariedad; y la fijada en el numeral 3 condiciona la aplicación de los requisitos específicos de procedibilidad.

2.2.1. Relevancia constitucional

El impacto de las reglas adicionales de procedencia incluidas en los numerales 1 y 2 de la Sentencia SU-174 de 2007 frente a la relevancia constitucional, deriva en que al juez de tutela le “corresponde verificar si la pretensión en sede de tutela hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, o por el contrario está orientada a revivir una instancia o a plantear asuntos que merecen un estudio de fondo”^[30]. Es decir, debe demostrarse de manera inequívoca y mediante una carga argumentativa sólida la vulneración ius fundamental que haga inminente la intervención del juez constitucional^[31].

En lo que atañe al debido proceso, la jurisprudencia exige a este respecto un quebrantamiento en su dimensión in procedendo y no sobre razonamientos que recaigan en aspectos meramente legales y contractuales de la controversia sometida al juicio arbitral in iudicando, los cuales tienen por objeto reabrir el fondo del asunto que ya ha sido decidido por los árbitros^[32].

Para identificar los quebrantamientos in procedendo, por ejemplo, la jurisprudencia se ha valido de la distinción entre los derechos patrimoniales y los derechos fundamentales:

*“(…) no existe una enumeración taxativa de los derechos fundamentales, Ferrajoli, a partir de su teoría sobre la democracia constitucional, **formula una categórica distinción entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, útil a la cuestión en revisión. Los primeros se caracterizan, entre otras características por no ser negociables, mientras que los segundos establecen relaciones de dominio y de sujeción, es decir, de poder.***

*Esta cualidad identitaria de los derechos fundamentales en relación con aquellos que tienen un contenido patrimonial, en los términos de la jurisprudencia consolidada por la Corte (Sentencias SU-837 de 2002, SU-174 de 2007 y SU-500 de 2015), referenciada en las consideraciones generales de esta providencia también de unificación, permiten a esta Corporación reiterar que la función del juez constitucional **no consiste en suplantar al juez ordinario (en este caso arbitral), sino en proteger a quien, después de someterse a un proceso ante la justicia arbitral, le han sido desconocidos o vulnerados sus derechos fundamentales.**”^[33] (negrilla fuera del texto original).*

En el caso que nos ocupa y como se dijo desde el principio, los derechos fundamentales invocados como violados fueron los del debido proceso y de acceso

a la justicia. Por el primero de ellos debe entenderse, de acuerdo con la sentencia T-341/14 de la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

El cumplimiento de las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución, tiene diversos matices según el derecho de que se trate “dado que no todo derecho es de orden penal, sino que es posible encontrar “reglas y procedimientos” de otros órdenes como el civil, el administrativo, el policivo, el correccional, el disciplinario o el económico, entre otros, que no son comparables o asimilables directamente al ordenamiento penal y que comportan decisiones y sanciones de diversa categoría, matices que deberán ser contemplados en la regulación de sus propias reglas”.

De acuerdo con la anterior definición, las personas en Colombia tienen derecho a acceder de manera igualitaria ante los jueces, a obtener de ellos decisiones motivadas y que las mismas estén acordes con los hechos, las pruebas, la ley, la jurisprudencia, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

En el caso que nos ocupa, con el fin de obtener una decisión pronta y especializada, el FNA y MAPFRE decidieron que, en caso de tener alguna controversia derivada del contrato entre ellas celebrado, la misma se resolvería a través de un Tribunal de Arbitramento, el cual estaría compuesto por tres (3) árbitros, funcionaría en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y que la decisión que emitiría en torno al conflicto que se le planteara, sería en derecho. Desde este punto de vista, la garantía del debido proceso en cuanto tiene que ver con el acceso a la justicia y obtener una decisión, se aseguró desde un principio y, podríamos afirmar, que con el tribunal de arbitramento que se configuró y convocó, se garantizó.

No obstante, esa garantía abarcaba un aspecto de suyo mucho más importante como lo era el que la decisión que se adoptara en el proceso arbitral, además de ser EN DERECHO, estuviera acorde con los hechos, las pruebas legal y oportunamente practicadas y con sujeción a la ley y la jurisprudencia.

A lo largo del escrito de tutela se manifestó y probó que, desafortunadamente, el laudo arbitral proferido por el Tribunal Arbitral constituye vía de hecho en la medida en que desconoce los hechos del proceso, las pruebas existentes en el expediente, la ley y la jurisprudencia que rige este tipo de contratos. De manera explícita, en el capítulo de causales específicas de procedencia de la acción de tutela, se señalaron los defectos en que incurría la providencia judicial atacada y se indicaron los pronunciamientos jurisprudenciales que, como precedente jurisprudencial, fueron desconocidos por el Tribunal, incurriendo de esta manera en la vía de hecho alegada.

Como si lo anterior fuera poco, se le indicó al Juez de Tutela, con base en esa jurisprudencia, qué normas fueron indebidamente aplicadas o interpretadas o dejadas de aplicar por el Tribunal de Arbitramento y cómo ese precedente jurisprudencial fue desconocido por el Tribunal.

De qué otra forma o qué otra cosa era necesario decir o demostrar para efectos de acreditar la relevancia constitucional?

La Sala Especializada en Restitución de Tierras sostiene que *“en el laudo no emerge, de su sola lectura, algún indicio serio de capricho o arbitrariedad”*. De esta manifestación es que se afirma que no hubo análisis de la totalidad del expediente y del material probatorio recaudado.

Con el respeto acostumbrado, si se hubiera analizado tal material, necesariamente se hubiera llegado a la conclusión que el Tribunal Arbitral fue caprichoso o arbitrario en su análisis y decisión pues, desconoció las pruebas, desconoció la ley y desconoció la jurisprudencia, circunstancias todas estas con las que. Incurrió en vía de hecho.

De qué otra manera podría calificarse un comportamiento como el que desconoce lo que textualmente consigna el pliego de condiciones o las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada?. Qué otro calificativo tendría la conducta que desconoce que MAPFRE consignó en su oferta su sometimiento expreso, total e incondicional a esas condiciones técnicas mínimas?. Como podría entenderse la conducta de un tribunal que desconoce que la póliza que expidió MAPFRE es contraria a esos pliegos o condiciones técnicas mínimas y a esa oferta?. Cómo podría entenderse el comportamiento de un Tribunal que desconoce los numerosos y reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado acerca de la primacía de los pliegos sobre el contrato y que aquellos forman parte de éste?.

Existió respeto de la garantía del debido proceso cuando no se tuvieron en cuenta las pruebas, cuando no se respetó la ley, cuando se desconoció la jurisprudencia?

Debía el FNA aceptar la decisión ilegal, irregular y violatoria del debido proceso por el simple hecho de haber tenido la oportunidad de convocar el Tribunal Arbitral?

Si la misma jurisprudencia constitucional, en materia de tutela por vía de hecho por desconocimiento del precedente, indica que es necesario aplicarlo porque esa es, precisamente, la función de las Altas Cortes y que si el juez quiere apartarse de él, simplemente debe citarlo y explicar por qué razón se aparta de él, cómo puede convalidarse un proceder tan irregular como el observado por el tribunal entutelado que, ni siquiera se dio a la tarea de citar el precedente y exponer las razones por las que se apartaba de él?

Cómo puede decirse que no se acreditó la relevancia constitucional cuando aparte de todos estos aspectos, el tribunal entutelado ni siquiera sujetó su comportamiento en materia de interpretación de la ley al más básico de sus criterios como lo es el exegético, el cual le imponía el deber de observar que el artículo 4 de la ley 389 de 1997 claramente establecía que ésta clase de seguro podía contratarse por el sistema o modalidad de descubrimiento y que, además, la Corte Suprema de Justicia ya se había pronunciado frente a esta clase de seguro indicando que podía contratarse por esa modalidad?

Afirma el Tribunal que, el hecho que las conclusiones del Tribunal Arbitral no se compartan, no significa que las mismas conlleven violación de derechos fundamentales.

Desde el aspecto formal, esta afirmación es plenamente válida. El problema radica cuando se analiza el contenido de la decisión, como se acaba de explicar, y se contrasta con el material probatorio –entiéndase por éste el pliego de condiciones o condiciones técnicas mínimas de la invitación privada del FNA, la oferta de MAPFRE, el contrato celebrado, la póliza o pólizas expedidas, la ley, la jurisprudencia sobre la posibilidad de contratar el seguro de responsabilidad de directores y administradores bajo la modalidad de “descubrimiento”, y la relacionada con la primacía de los pliegos sobre el contrato -; es allí cuando se arriba a la conclusión que ese mandato que tenían los árbitros, otorgado por las partes y que la misma ley les impone de resolver la controversia EN DERECHO, resultó completamente vulnerado por el Tribunal entutelado.

Debe advertirse desde ahora, muy por el contrario de la conclusión a que arriba la Sala Especializada en Restitución de Tierras y que se acaba de transcribir, que no sabemos cuál podría ser la decisión que se adoptaría si se tuviera en cuenta todo ese material a que se hizo alusión líneas arriba, lo que sí se sabe es que dicha decisión sí estaría respetando las garantías fundamentales de acceso a la justicia y del debido proceso porque estaría abarcando la totalidad del material probatorio y lo estaría valorando en su completa dimensión con sujeción a esos parámetros que la ley y la jurisprudencia han determinado para este tipo de casos o situaciones.

Sea esta la oportunidad para recordar que no ha sido poca la jurisprudencia emitida tanto por la Corte Suprema de Justicia, como por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, reiterada por cierto, acerca de la buena fe y la teoría de los actos propios en los contratos celebrados por las personas naturales y jurídicas. Dicha jurisprudencia enseña que las partes deben observar un mismo comportamiento en la etapa precontractual como en la contractual o de ejecución de la convención y que no pueden ir contra sus propios actos o manifestaciones de voluntad con el fin de obtener un provecho o desentenderse de una obligación adquirida. Eso,

precisamente, fue lo que ocurrió en nuestro caso. La sociedad convocada al arbitramento, con el fin de poder participar en el proceso de invitación privada al que fue convidado por el FNA, formuló una oferta en la que ofrecía celebrar un contrato de seguro bajo unas determinadas condiciones, modalidad y con unas específicas coberturas. Manifestó acogerse y aceptar por completo y sin condiciones las estipulaciones contenidas en las condiciones técnicas mínimas de la invitación y, cuando le adjudicaron el contrato, expide una póliza que, en principio, contiene o reproduce esas condiciones técnicas mínimas que aceptó y ofertó pero, acto seguido, las revoca para imponer unas nuevas condiciones que, ni fueron objeto de proposición y discusión en la etapa precontractual con éste y con los demás proponentes y, lo que es peor, le permiten sustraerse del amparo que requería el FNA, que creyó válidamente haber contratado y que la dejó totalmente desprotegida, no sólo frente al evento objeto del litigio, sino frente a muchos otros que pudieron haberse concretado en la época en que estuvo vigente el seguro.

No puede resultar posible que no haya tenido ningún efecto jurídico el que la convocada MAPFRE, si consideraba que el seguro no se podía contratar bajo la modalidad de “descubrimiento”, al igual que ninguna otra de las invitadas, en el período de observaciones a las condiciones técnicas mínimas de la invitación, no haya formulado observaciones en tal sentido y, por el contrario, hubiera presentado un oferta que aceptaba esa estipulación y que, irregularmente y en detrimento, no sólo del FNA sino de las demás participantes en el proceso, al expedir la póliza que solemnizaba el contrato que se le había adjudicado, haya revocado esas condiciones e impuesto otras que dejaban sin amparo al FNA y que eran diametralmente diferentes de aquellas en que todas las oferentes se presentaron.

Más sorprendente aún es que el Tribunal Arbitral respalde tan irregular proceder y, con ello, desconozca la ley, la jurisprudencia, la doctrina y las pruebas obrantes en el expediente y que la Sala Especializada en Restitución de Tierras afirme sin ruborizarse que no advierte arbitrariedad o capricho en el análisis y decisión de aquél.

Del mismo modo, afirma la Sala Especializada en Restitución de Tierras de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá *“que el argumento concerniente a que se suscribió una póliza de carácter mixto sólo se propuso hasta las alegaciones y, por no haber sido objeto de contradicción, no era procedente examinarlo sin quebrantar el derecho al debido proceso de la contraparte convocada, actuación que de ninguna manera se evidencia arbitraria o caprichosa”*.

Insistimos que si se hubiera solicitado la totalidad del expediente y se hubiera estudiado el mismo, necesariamente, se hubiera llegado a una conclusión distinta a la que aquí se consigna.

Sea lo primero manifestar que, como se puede apreciar en el expediente, hay dos situaciones que no se pueden dejar pasar por alto y que resultan determinantes en el asunto del caso: a. La primera tiene que ver con los hechos que alegó la aseguradora convocada al arbitramento al momento de objetar la reclamación o aviso de siniestro que se le presentó, lo que motivó que se presentara la demanda arbitral y se convocara el tribunal y; b. Los argumentos de defensa que propuso la

aseguradora al momento de contestar la demanda arbitral, los cuales difieren de aquellos que se expusieron al objetar el reclamo.

Efectivamente, cuando se objetó el aviso de siniestro o reclamación que presentó el FNA a la aseguradora, ésta manifestó que (i) no se había indicado el nombre de los funcionarios involucrados y (ii) que operaba la exclusión contenida en el numeral 3.14 de las condiciones generales de la póliza, esto es, que se encontraban excluidas las pérdidas alusivas a multas y sanciones. Lo anterior aparece consignado a partir del hecho 23 de la demanda arbitral.

Como también se puede apreciar en el expediente, al momento de contestar la demanda arbitral y proponer excepciones, MAPFRE propuso como excepciones las siguientes:

- A. AUSENCIA DE COBERTURA DE LA POLIZA No. 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO”:

- B. LA PERDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARIA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLAUSULA DE EXCLUSION CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.14.

- C. LA PERDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARIA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLAUSULA DE EXCLUSION CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.16.

- D. PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 1081 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Como se puede observar, de las cuatro (4) excepciones propuestas, sólo una coincide con aquello que en la objeción al aviso de siniestro o reclamación, propuso MAPFRE; de manera que, si alguien sorprendió con sus argumentos de defensa fue, precisamente, la demandada.

Desde que el FNA describió las excepciones, momento en el que según la ley lo que el demandante puede o debe hacer es solicitar pruebas respecto de esas excepciones que le proponen – no se trata de presentar un alegato de conclusión -, claramente manifestó y aludió a lo que consignaban las condiciones técnicas mínimas en cuanto a lo que se pretendía amparar - lo transcribió en varias oportunidades – y a lo que consignaba la póliza y allí aparecía claramente el típico amparo de responsabilidad civil de servidores públicos pero, también, ese amparo a través del cual el FNA pretendía cubrir las pérdidas que sufriera como consecuencia de los actos y omisiones o de las decisiones incorrectas de sus funcionarios.

Cómo puede, entonces, afirmarse que ese argumento sólo vino a exponerse hasta los alegatos de conclusión?

Pero, además, si se hubiera observado y estudiado todo el expediente, seguramente también se hubiera concluido que cuando el FNA se pronunció frente al dictamen pericial presentado por la aseguradora a través de perito-abogado, también se expuso el argumento, incluso aún más expresamente; de manera que, la aseguradora demandada siempre tuvo la oportunidad de pronunciarse frente a él y defenderse frente a él.

Nótese que más allá de manifestarse qué era lo que amparaba la póliza, el FNA no tenía ninguna obligación de desarrollar argumento alguno al respecto porque MAPFRE nunca lo anunció como causal de objeción. De manera que, ese argumento que se expresa en el fallo impugnado como justificante del laudo proferido, no tiene respaldo alguno en el expediente por lo que, nuevamente, se convierte en una vía de hecho que debe ser declarada por el juez de tutela.

Adicionalmente, es que tanto el Tribunal Arbitral como la Sala Especializada en Restitución de Tierras desconocen que el FNA no estaba en la obligación de proponer tal argumento del supuesto *“amparo mixto”* porque, precisamente, en eso consistía el amparo que se buscaba contratar, tal como se plasmó en la invitación privada y en la oferta que presentó MAPFRE y, más aún, fue el que se otorgó y que se hizo constar en la póliza. De manera que, lo que aquí ocurrió fue un completo desconocimiento de la prueba de tal circunstancia, la cual se encontraba constituida por esas condiciones técnicas mínimas de la invitación privada, la oferta de MAPFRE y la póliza misma.

De lo expuesto en éste capítulo se concluye que no hubo una valoración e interpretación completa y apropiada del material probatorio obrante en el expediente; de ahí que la Corte Constitucional, dentro de las causales específicas de procedencia de la acción de tutela, haya considerado el denominado defecto fáctico entendido como *“ la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal”* para la procedencia del amparo.

Finalmente, no se trata simplemente del planteamiento de una diferencia en la interpretación de la ley y de las pruebas, lo que ocurre es que la sana crítica, la ley y la jurisprudencia imponen en este caso al juzgador – léase los árbitros -, un derrotero del que no se pueden apartar para efectos de interpretar y valorar las pruebas e interpretar y aplicar la ley. Si como en este caso, ese derrotero se viola, si la labor interpretativa del juzgador desconoce el material probatorio, las normas y el precedente jurisprudencial, se violan los derechos fundamentales del particular y se impone su salvaguarda por parte del juez de tutela.

No cabe duda que el juez goza de una libertad en la interpretación de las pruebas, de la ley y de la jurisprudencia; sin embargo, dicho operador está sujeto al imperio de la ley, tal y como lo establecen los artículos 7, 11, 12, 1 y 14 del Código General del Proceso y 230 de la Constitución Política de Colombia. En tal medida, si se adelanta por parte del operador judicial una labor en que se emite una decisión judicial que no está basada en la ley y en la jurisprudencia en torno al tema y en el

material probatorio que obra en el expediente, por el simple hecho que el juzgador tenga libertad interpretativa, no puede tenerse aquella como válida; precisamente, esto es lo que constituye una vía de hecho y esto es lo que se pretende proteger a través de la tutela, esto es, que se presenten desmanes por parte de los jueces en ejercicio de sus funciones so pretexto de tener las decisiones que emiten, el ropaje propio de una providencia judicial que, en principio, sería inmodificable.

Y en éste preciso momento cobra vigencia la discusión sobre un aspecto que se tocó en la decisión impugnada y que es pertinente señalar. En efecto, como una de las causales específicas de procedencia de la tutela se citó la del desconocimiento del precedente. Al desarrollar el argumento se manifestó que, en la medida en que había varias decisiones judiciales emitidas por nuestros altos tribunales, tanto en el tema del seguro de responsabilidad de directores y administradores y la posibilidad de contratarlo bajo la modalidad de “*descubrimiento*”, como en el de la primacía de los pliegos de las licitaciones sobre el texto de los contratos, incluso, se podía hablar de la existencia de una doctrina probable en torno a dichos temas; sin embargo, esto no implicaba que se estuviera afirmando lo anterior ni puede confundirse con la causal de procedencia de la tutela denominada “*desconocimiento del precedente*”.

En la sentencia C-621 de 2015, la Corte Constitucional desató la controversia sobre la diferencia entre los dos temas de la siguiente manera: “*La doctrina probable y el precedente judicial, son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras la doctrina probable establece la regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión*”.

Como se deduce de la lectura del texto transcrito, no sólo se trata de figuras por entero diferentes, imposibles de asimilar, sino que, en tratándose del precedente judicial, esto fue tanto lo que se alegó, como lo que se presentó en nuestro caso. Efectivamente, en casos similares, de contratos de seguro, en particular de contratos de seguro de responsabilidad de directores y administradores, ya se ha debatido si puede o no contratarse bajo la modalidad de “*descubrimiento*”, afirmándose que sí y, adicionalmente, que siempre primará el texto de los pliegos de condiciones de la licitación o invitación privada. De manera que, a idéntica situación de hecho, idéntica solución de derecho.

Así mismo, resulta importante recordar que, en materia de desconocimiento del precedente, la Corte Constitucional se ha encargado de señalar que no es que los jueces tengan, necesariamente, que aceptar o acoger dicho precedente en todos los casos; por el contrario, siempre existirá la prerrogativa de opinar en contrario pero, se impone la obligación en esos casos, de señalar expresamente el precedente y exponer las razones por las que no se acoge y se prefiere adoptar una decisión en contrario.

En la sentencia. La Corte constitucional manifestó:

En el caso que nos ocupa, el Tribunal Arbitral no sólo desconoció el precedente judicial que se señaló en el escrito de tutela, sino que, adicionalmente, ni siquiera lo mencionó en el laudo arbitral y, mucho menos, expresó las razones por las que se apartaba de él, tanto para el tema de la posibilidad de contratar el seguro de responsabilidad para directores y administradores bajo la modalidad de “descubrimiento”, sino para el relacionado con la primacía de las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada sobre el texto final del contrato, alterado por MAPFRE.

Esto es, precisamente, lo que justifica y/o configura la causal de procedencia de la tutela, conocida como *desconocimiento del precedente*.

De esta manera, consideramos que quedan absolutamente controvertidos los argumentos esgrimidos por la Sala Especializada de Restitución de Tierras para declarar improcedente la acción de tutela promovida por el fondo Nacional del Ahorro y que aparecen consignados en el numeral 2 de la decisión impugnada.

3. Finalmente, el Tribunal considera que no se cumplió el requisito de la subsidiariedad del amparo y/o plantear que no se le podía exigir puesto que (i) no probó la necesidad de evitar un perjuicio irremediable real y, (ii) si bien contra el laudo arbitral solo caben los recursos de anulación y revisión, sólo se refirió al primero de los mismos y nada dijo frente al segundo, el cual pudo encaminar por la vía de la causal 8º del artículo 380 del CPC, hoy causal 8º del artículo 355 del CGP.

En materia del requisito de subsidiariedad, la Corte Constitucional ha manifestado en torno a la tutela contra laudos arbitrales:

En la sentencia T-354/19, citada anteriormente, la Corte Constitucional manifestó:

“2.2.2. Subsidiariedad

En desarrollo de la regla en el numeral 4 de la Sentencia SU-174 de 2007, la Corte ha reconocido que “el recurso extraordinario de anulación es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo”^[34] y, en esa medida, la regla general para estimar cumplido el requisito de subsidiariedad implica agotar el recurso de anulación.

Tal regla, no obstante, admite una excepción debido a que el Legislador restringió el recurso de anulación a unas causales taxativas y “por ello, es posible que en el trámite arbitral se presenten afectaciones a derechos fundamentales que no estén comprendidas en tales causales y, en consecuencia, no puedan ser controvertidas por vía del referido recurso de anulación”^[35]. En tales eventos, “obligar al agotamiento del recurso de anulación (...) significaría un artificio innecesario cuando no se está en presencia de alguna de las causales o se pretendiera forzosamente acomodar la verdadera razón de la afectación del derecho fundamental en una de las causales de anulación”^[36].

En el Auto 051 de 2012, esta Corporación precisó que la idoneidad de este último recurso debe analizarse en cada caso concreto y que, de no encontrarse probada, debe admitirse la interposición de la acción de tutela contra un laudo arbitral sin que se haya agotado el recurso de anulación”^[37].

En sentencia SU-033/18, la Corte Constitucional aborda el tema de la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y toca el tema de la subsidiariedad de aquella frente al recurso de anulación, haciendo énfasis en que éste tiene causales específicas que, si se refieren al tema de la tutela, exigen que se agote, de lo contrario no:

“Si bien el recurso extraordinario de anulación es el medio idóneo para que el juez verifique la adecuación del laudo a los parámetros constitucionales respecto a las causales que están enfocadas en la valoración del derecho al debido proceso por posibles errores in procedendo, en aquellas materias excluidas de este recurso y que, en principio, están sometidas a la decisión definitiva e irrevocable del tribunal de arbitramento, es procedente la acción de tutela contra laudos en protección de los derechos fundamentales^[84].

En términos simples, la acción de tutela se puede formular en dos eventos posibles, dependiendo de si se ha agotado el recurso de anulación. En los casos en que no se exige agotar el recurso de anulación, la acción de amparo implica un primer acercamiento al laudo arbitral, por lo que la valoración sobre la eventual vulneración de derechos fundamentales habrá de ser más estricta. En segundo escenario se presenta cuando se ha agotado el requisito de anulación y, por tanto, el laudo ya ha sido sometido a un primer examen, esto incide en que el juez de tutela cumple una función más distante, y pasa a controlar si, al examinarse las causales en el recurso, no se advirtió alguna vulneración de derechos fundamentales”.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional reconoce que el medio idóneo previsto en la ley para controvertir el laudo arbitral es el recurso de anulación; sin embargo, simultáneamente reconoce que por lo taxativo de sus causales y su criterio eminentemente *in procedendo*, puede que no resulte siendo ese medio idóneo para la revisión del laudo cuando, como en el caso que nos ocupa, las causales por las que se ataca la decisión, no encajan en las causales de anulación.

Para aquellos eventos, se admite la procedencia de la tutela sin necesidad que se agote la interposición de un recurso de anulación que desde el inicio se antoja inocuo.

Allí cobra vigencia, entonces, analizar si, como lo afirma la Sala Especializada de Restitución de Tierras, contra el laudo arbitral cabe o no el recurso de revisión por la causal 8 del artículo 355 del Código General del Proceso.

El artículo 354 del Código General del Proceso dispone: *“El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas”.*

El artículo 355 del Código General del Proceso dispone: *“Son causales de revisión:...8. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso”.*

Por su parte, el artículo 107 de la ley 1563 de 2012 dispone: ***“La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el***

fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones e interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

De la lectura de las normas transcritas, sin necesidad de mayor esfuerzo, se colige que el único recurso que procede contra los laudos arbitrales es el de anulación y por las causales taxativamente establecidas en la ley, existiendo incluso impedimento para que la autoridad judicial por vía de anulación, se pronuncie sobre el fondo de la controversia o califique los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones e interpretaciones del tribunal arbitral.

El recurso de revisión no procede contra los laudos arbitrales, sólo contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces y tribunales en la justicia ordinaria. Además, en tratándose de la causal señalada por la Sala Especializada de Restitución de Tierras, sería menester señalar la causal de nulidad, originada en la sentencia, que soportaría el recurso y ninguna de las contempladas en el artículo 133 del Código General del Proceso se acomodaría a los reparos que, por la vía de la tutela, hoy se le enrostran al laudo arbitral.

De manera que, a la luz de la ley, el argumento propuesto por la Sala Especializada de Restitución de Tierras, absolutamente improcedente.

Por último, indica el fallo impugnado que no se señaló el perjuicio irreparable que sufriría el FNA de no accederse a la tutela.

Consideramos que luego de la exposición que se ha efectuado a lo largo de éste escrito, está suficientemente acreditado el perjuicio de que sería objeto el FNA si se deja vigente una decisión como la contenida en el laudo arbitral atacado por vía de tutela. Es importante resaltar, especialmente, que el FNA es una empresa industrial y comercial del Estado, cuyo patrimonio está compuesto por las cesantías de los empleados del Estado y los aportes del gobierno central, de manera que, al no reconocerse las pretensiones invocadas en el arbitramento, las cuales estaban encaminadas a restituir al patrimonio de la entidad las sumas que por una omisión involuntaria o acto negligente de un empleado suyo, salieron de él para pagar multas y sanciones a la DIAN.

Como de todos es sabido, en la medida que esos dineros son del Estado, constituirían un detrimento patrimonial para la entidad, de ahí que el perjuicio que se puede sufrir por mantener una decisión que desconoce derechos fundamentales del fondo, es grave, grande e irreparable, máxime cuando el seguro reclamado se contrató, precisamente, para cubrir ese tipo de eventualidades.

Mantener una decisión así, en pocas palabras, representaría permitir un enriquecimiento injustificado de parte de la aseguradora quien sí percibió de parte del FNA, oportuna y totalmente el dinero de la prima o precio del seguro, el cual también salió del patrimonio del FNA. En ese sentido, el carácter conmutativo del contrato, se perdió por completo, aspecto que también es desconocido por el Tribunal Arbitral y por la Sala Especializada de Restitución de Tierras.

PETICION:

Por lo expuesto, solicito respetuosamente REVOCAR la decisión contenida en la providencia del 16 de diciembre de 2020 proferida dentro del expediente de la referencia, conceder el amparo constitucional reclamado y dejar sin valor o efecto alguno el laudo arbitral proferido por el Tribunal encartado.

De los Honorables Magistrados de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Atentamente,



NORMAN ALBIN GARZON MORA
C.C.No. 79'340.261 de Bogotá
T.P.No. 53.771 del C.S. de la J.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado ponente

STC1717-2021

Radicación n° 11001-22-03-000-2020-01925-01

(Aprobado en sesión virtual de veinticuatro de febrero dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Se decide la impugnación interpuesta frente a la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2020 por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que declaró improcedente el amparo reclamado por Sandra Liliana Royo Blanco, quien dice actuar como apoderada general del Fondo Nacional del Ahorro “Carlos Lleras Restrepo” contra el Tribunal Arbitral nombrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, «*constituido para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”** (el “FNA”) y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** (“MAPFRE”)*».

I. ANTECEDENTES

1. La gestora, a través de apoderado judicial, procura la salvaguarda de los derechos al debido proceso, defensa y al acceso a la administración de justicia, presuntamente transgredidos por la autoridad accionada.

2. De conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, se observa la siguiente situación fáctica:

2.1. El Fondo Nacional del Ahorro adelantó un proceso arbitral en contra de la sociedad Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de seguro, instrumentalizado a través de la póliza «*Infidelidad y Riesgos Financieros*». Aspiró al pago de la indemnización como consecuencia de la consumación del riesgo asegurable.

2.2. Surtido el trámite correspondiente, el Tribunal de Arbitramento profirió laudo el 10 de julio del 2020 en la cual declaró probada la excepción «*inexistencia del siniestro*». Por ende, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

2.3. El actor alude a la incursión en defecto fáctico «*por omisión en la valoración de las pruebas y cercenamiento de a prueba documental*». Precisó que el defectuoso trabajo probatorio del Tribunal «*lo condujo a una “aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal”, lo que configura a las claras un defecto fáctico y una grave violación a los derechos fundamentales de mi mandante*».

Reprochó que la autoridad cercenó el alcance de los documentos obrantes en el plenario so pretexto de interpretación el contrato a la práctica usual del reaseguro. En particular, consideró que se omitió el hecho de que el contrato de seguro *«da cuenta de un amparo mixto o doble, es decir, que incluye no solo la cobertura típica de un seguro de responsabilidad civil, sino además otro diferenciado, con elementos propios, relativo a un seguro de daños patrimonial por conductas no dolosas de los funcionarios, según lo quiso y lo solicitó el propio **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, en los documentos que contienen los términos de la invitación a ofrecer, y que obran en el expediente»*. Además, aseguró que tales consideraciones fueron expuestas en diferentes etapas del proceso arbitral.

Por otro lado, denunció un defecto sustantivo *«por aplicación de una prohibición inexistente en la ley y por una inaplicación injustificada del art. 1047 del Código de Comercio»*. Para el efecto, adujo que *«el Tribunal, como regla de fondo para fundamentar el sentido de la decisión, concluyó que lo que calificó como un típico seguro de responsabilidad para servidores y administradores, no obstante el claro sentido del acuerdo entre las partes según el pliego, la oferta y la póliza, no puede ser nunca pactado en la modalidad de “descubrimiento”*». Complementó que *«No sólo fundó su decisión en la práctica comercial del mercado de reaseguros, aseverando que allí este tipo de póliza siempre se otorga por reclamación, sino que fue más lejos e incluso decretó, sin respaldo legal, que por virtud del art. 1131 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, tal sería un pacto ilegal, contra legem, no valido»*.

Dictaminó que la interpretación otorgada por el Tribunal *«va en expresa contravía de reciente y reiterada*

jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que admite sin dificultad la posibilidad de pactar la modalidad de descubrimiento, pero más grave aún, va en contra del expreso sentido literal de la norma, que no es prohibitiva, sino facultativa, dejando sin respaldo alguno la conclusión del Tribunal». En efecto, considera que la convocante «no tiene porqué someterse a prohibiciones legales inexistentes, máxime cuando el pacto que acordó es un ejercicio de autonomía válido, que de haber sido planteado ante otro fallador, respetuoso de la jurisprudencia en la materia, seguramente, y con razón, habría sido reconocido».

En consonancia con lo anterior, acusó el desconocimiento del precedente *«al prohibir sin fundamento legal la modalidad de descubrimiento en el seguro pactado entre las partes, por ser esta supuestamente contra legem, el Tribunal Arbitral se apartó del precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en repetidas ocasiones, y constituyendo ello doctrina probable, ha sostenido que la modalidad del descubrimiento es válida en los seguros de responsabilidad de directores y administradores».*

3. Por tal razón, pidió que se ordene dejar sin efectos *« las decisiones contenidas en el Laudo Arbitral de fecha julio 10 de julio de 2020».*

II. LA RESPUESTA DEL ACCIONADO Y VINCULADOS

1. Los árbitros consideraron que la acción no era procedente *«por cuanto lo que se está formulando es un inconformismo con la decisión de fondo, que no es propia de esta acción, teniendo en cuenta además que la parte accionante no interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral».*

2. Los vinculados guardaron silencio.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo pues no halló evidente *«que en el trámite arbitral que convocó el Fondo Nacional del Ahorro (en adelante FNA) y que culminó con la expedición del laudo objeto de queja, se le haya quebrantado de manera directa a la entidad convocante, hoy promotora del amparo, un derecho fundamental»*.

Respecto a la presunta vulneración al acceso a la administración de justicia, advirtió que la accionante *«decidió que, en caso de algún conflicto con Mapfre a propósito de las pólizas suscritas, acudiría a la justicia arbitral, lo que efectivamente hizo y no se le impidió de alguna manera, con lo cual, tuvo acceso a la administración de justicia con el fin que en única instancia se resolviera su litigio»*.

Aunado a lo anterior, no se acreditó el requisito de relevancia constitucional, puesto que este *«no se satisface solamente con plantear argumentos que, de suyo, tal y como destacaron los árbitros accionados, apenas se dirigen a plantear divergencias con el criterio que aquellos expusieron en el laudo»*. A su turno, consideró que a cada medio de prueba *«se le adscribió su correspondiente valor y alcance probatorio con el fin de auscultar la intención de las partes y, por tanto, destacar por qué, pese a lo consignado tanto en la invitación para la contratación de póliza por parte del FNA como en las carátulas expedidas, según las condiciones particulares también aceptadas y suscritas, la modalidad o el sistema de cobertura para efectos del seguro de responsabilidad civil, era el de reclamación o claims made»*.

Analizadas todas y cada una de las discrepancias planteadas por la accionante, concluyó que estas aluden a *«diferencias frente a la valoración probatoria e interpretación de las normas contenidas de manera razonada en el laudo, esto es, con base en consideraciones estrictamente legales, no constitucionales»*.

IV. LA IMPUGNACIÓN¹

La impulsó la promotora, quien, para empezar, señaló que el caso de marras sí ostentaba relevancia constitucional de conformidad con la sentencia T-173 de 1993.

Apuntaló que, de conformidad con la T-354 de 2019, las consideraciones del Tribunal implican *«tanto como afirmar que la tutela no cabe contra laudos arbitrales en la medida en que se invoquen como vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la justicia y el debido proceso o que, cuando se haga, la vulneración surja de la pretermisión de alguna de estas etapas procesales y la misma no haya sido reconocida por vía de nulidad dentro del mencionado proceso»*. Por tanto, considera que tal postura *«va en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, más cuando ella misma se ha encargado de equiparar los laudos arbitrales con las providencias judiciales»*.

Arguyó que el *a quo* constitucional no analizó en su totalidad el expediente ni el material probatorio recaudado. De lo contrario, *«necesariamente se hubiera llegado a la conclusión que el Tribunal Arbitral fue caprichoso o arbitrario en su análisis y decisión pues, desconoció las pruebas, desconoció la ley y desconoció la*

¹ El fallo fue notificado al correo electrónico de la accionante el 16 de diciembre del 2020. La accionante presentó escrito impugnatio el 12 de enero del 2021.

jurisprudencia, circunstancias todas estas con las que. Incurrió en vía de hecho».

Respecto al requisito de subsidiariedad, memoró que «*la Corte Constitucional reconoce que el medio idóneo previsto en la ley para controvertir el laudo arbitral es el recurso de anulación; sin embargo, simultáneamente reconoce que por lo taxativo de sus causales y su criterio eminentemente in procedendo, puede que no resulte siendo ese medio idóneo para la revisión del laudo cuando, como en el caso que nos ocupa, las causales por las que se ataca la decisión, no encajan en las causales de anulación».*

V. CONSIDERACIONES

1.- En el caso en concreto, la accionante se duele del laudo arbitral proferido el 10 de julio del 2020, toda vez que lo considera viciado de defectos fácticos, sustanciales y por desconocimiento del precedente.

2.- La promotora del amparo, aduciendo la condición de apoderado general del Fondo Nacional del Ahorro “Carlos Lleras Restrepo” -en adelante FNA-, otorgó poder especial al abogado Norman Albín Garzón Mora, con el fin de accionar en búsqueda de la revocatoria de la aludida providencia, que resolvió la controversia surgida entre la accionante y Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

3.- Pues bien, temprano se advierte que esta Sala no puede estudiar el amparo de fondo, toda vez que el poder general otorgado por el FNA a la abogada Sandra Liliana Royo Blanco no la habilita para cuestionar en su nombre la

actuación adelantada por el Tribunal arbitral accionado mediante este mecanismo extraordinario de defensa.

Ciertamente, cuando de derechos fundamentales ajenos se trata, es necesario que quien dice representar a otro acompañe a la demanda poder especial otorgado por el titular del derecho, por medio del cual actúa o alegue su calidad de agente oficioso, lo que en el presente asunto no se hizo.

Dicho requisito de procedibilidad se encuentra prescrito en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que: *«Podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud».*

En este sentido, la Sala ha sostenido:

«Cuando la acción de tutela se ejerce a título de otro, es necesario contar con poder especial para (...) su interposición. La carencia de la citada personería para iniciar la acción de amparo constitucional, no se suple con la presentación del apoderamiento otorgado para un asunto diferente. (...) La falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante y, por lo tanto, en estos casos, la tutela debe ser declarada improcedente ante la falta de legitimación por activa» (CC T-493/07, 28 de jun. 2007,

citada por CSJ STC1707-2020, 19 de feb. 2020 rad. 2020-00005-01).

Bajo este parámetro, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

*« Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corporación ha precisado que **i)** es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; **ii)** se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; **iii)** debe ser un poder especial; **iv)** el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; **v)** el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.*

(...) Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales la acción de tutela se presentó por intermedio de apoderado judicial, pero el abogado no contaba con poder especial, la jurisprudencia constitucional señaló, como consecuencia jurídica, la improcedencia de la solicitud de amparo por falta de legitimación en la causa por activa». (CC T-024/19, 28 de ene. 2019).

Por tal razón y al encontrarse que no fue el titular del derecho fundamental quien otorgó el poder especial al apoderado (la señora María Cristina Londoño Juan, representante legal del FNA)², sino su mandatario general, no se halla acreditada entonces la legitimación en la causa por activa para el ejercicio de este mecanismo constitucional.

Así mismo, tampoco se encuentra configurado que la señora Royá Blanco actúe como agente oficiosa del FNA, o

² Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

que este se encuentre en incapacidad de ejercer por sí mismo sus derechos constitucionales.

4.- Así las cosas, no se advierte constancia de la representación del accionante respecto de los titulares del derecho que se reclama, lo que hace inviable estudiar de fondo el ruego impetrado. Lo anterior máxime cuando en el poder conferido no se otorgó facultad expresa para representar al Fondo en las acciones de tutela

5.- Corolario de lo discurrido en precedencia, se impone confirmar la sentencia controvertida, pero por las razones expuestas en precedencia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

Comuníquese por medio idóneo lo aquí resuelto a las partes y oportunamente remítanse las presentes diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

Ausencia Justificada

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Ausencia Justificada

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

Honorables Magistrados
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala de Casación Civil
Magistrado Ponente: Dr. Francisco Ternera Barrios
Ciudad

REF.: Acción de Tutela de FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO” contra TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO CONFORMADO PARA RESOLVER LAS DIFERENCIAS SURGIDAS CON MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.. Rad. No. 11001-22-03-000-2020-01925-01

NORMAN ALBIN GARZON MORA, mayor y vecino de Bogotá, D.C., donde me expedieron la cédula de ciudadanía número 79'340.261, abogado con Tarjeta Profesional número 53.771 del Consejo Superior de la Judicatura, con dirección de notificaciones: normangarzon1@gmail.com, actuando en calidad de apoderado de la Accionante, comparezco ante esa Corporación, en tiempo para ello, con el fin de solicitar ACLARACION del auto de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021), notificado mediante correo electrónico remitido el veinticinco (25) del mismo mes y año a las 12:33 p.m..

OPORTUNIDAD:

Como se advertía, la providencia cuya aclaración se solicita fue proferida el 24 de febrero de 2021 y notificada mediante correo electrónico remitido al suscrito el 25 del mismo mes y año a las 12:33 p.m., lo que significa que el término de tres (3) días para solicitar la aludida aclaración corre los días 26 de febrero, 1 y 2 de marzo de 2021, por lo que se presenta en oportunidad.

PROCEDENCIA:

El artículo 285 del Código General del Proceso dispone: *“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio*

o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella...”.

FUNDAMENTO DE LA PROVIDENCIA CUYA ACLARACION SE SOLICITA:

Manifiesta la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia: “3.- Pues bien, temprano se advierte que esta Sala no puede estudiar el amparo de fondo, toda vez que el poder general otorgado por el FNA a la abogada Sandra Liliana roya Blanco no la habilitaba para cuestionar en su nombre la actuación adelantada por el Tribunal arbitral accionado mediante este mecanismo extraordinario de defensa.

Ciertamente, cuando de derechos fundamentales ajenos se trata, es necesario que quien dice representar a otro acompañe a la demanda poder especial otorgado por el titular del derecho, por medio del cual actúa o alegue su calidad de agente oficioso, lo que en el presente asunto no se hizo.

Dicho requisito de procedibilidad se encuentra prescrito en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que: “Podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

En este sentido, la Sala ha sostenido:

“cuando la acción se ejerce a título de otro, es necesario contar con poder especial para (...) su interposición. La carencia de la citada personería para iniciar la acción de amparo constitucional, no se suple con la presentación del apoderamiento otorgado para un asunto diferente. (...) La falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por parte de un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante y, por lo tanto, en estos casos, la tutela debe ser declarada improcedente ante la falta de legitimación por activa” (CC T-493/07, 28 de jun. 2007, citada por CSJ STC1707-2020, 19 de feb. 2020 rad. 2020-00005-01).

Bajo este parámetro, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que:

*“Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corporación ha precisado que **i)** es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; **ii)** se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; **iii)** debe ser un poder especial; **iv)** el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; **v)** el destinatario del acto de apoderamiento solo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.*

(...) Ahora bien, en aquellos eventos en los cuales la acción de tutela se presentó por intermedio de apoderamiento judicial, pero el abogado no contaba con poder especial, la jurisprudencia constitucional señaló, como consecuencia jurídica, la improcedencia de la solicitud de amparo por falta de legitimación en la causa por activa” (CC T-024/19, 28 de ene. 2019).

Por tal razón y al encontrarse que no fue el titular del derecho fundamental quien otorgó el poder especial al apoderado (la señora María Cristina Londoño Juan, representante legal del FNA), sino su mandatario general, no se halla acreditada

entonces la legitimación en la causa por activa para el ejercicio de este mecanismo constitucional”.

FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE ACLARACION:

De acuerdo con lo establecido en la sentencia T-024/19 de la Corte Constitucional, citada por esa Corporación en los apartes transcritos, es necesario distinguir entre aquello con que debe contar el abogado que como apoderado presente en nombre de otro una Acción de Tutela, y aquello con que debe cumplir la persona que ostente la calidad de representante legal de la entidad que otorga el poder o que funja como apoderado general de ella.

En el caso que nos ocupa, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO dio cumplimiento a las exigencias señaladas pues, respecto del suscrito apoderado: **(i)** otorgó el poder por escrito, el cual se acompañó con el escrito de tutela; **(ii)** se concreta en un escrito que se denomina poder y se presume auténtico; **(iii)** es un poder **especial** pues, como claramente se consigna en él, se otorga única, especial y exclusivamente para interponer esta Acción de Tutela contra el Tribunal Arbitral constituido para resolver

las controversias surgidas entre el FNA y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a raíz de la expedición del laudo del 10 de julio de 2020; (iv) no es para otro asunto ni se intenta ejercer la acción como consecuencia del apoderamiento que se ejerció en dicha actuación; (v) el destinatario del acto de apoderamiento es un abogado habilitado con tarjeta profesional.

De entrada se advierte que esas condiciones se encuentran cumplidas, hay legitimación en la causa por activa y debería acometerse el estudio de fondo del asunto; sin embargo, veamos ahora cómo, respecto de la persona que otorgó el poder, también se cumplen las exigencias previstas en la sentencia de la Corte: (i) El poder general está otorgado por escrito y se acompañó con el escrito de solicitud del amparo; (ii) se concreta en un escrito que se denomina poder general y se presume auténtico; (iii) en el numeral 1.1., que se encuentra dentro del capítulo “**1. ACTOS JUDICIALES, EXTRAJUDICIALES Y PREJUDICIALES**” expresamente se confiere la facultad para ejecutar los siguientes actos: “***Otorgar poderes para las diligencias judiciales, extrajudiciales y administrativas a que hubiere lugar EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA ENTIDAD...***”; es decir, se confirió la facultad para otorgar TODO TIPO DE PODERES PARA TODO TIPO DE DILIGENCIAS JUDICIALES, EXTRAJUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS **A QUE HUBIERE LUGAR EN DEFENSA DE LOS INTERESES DE LA ENTIDAD**. En ningún momento se limitó la facultad para unas determinadas actuaciones o se restringió para cuando se tratara de poderes para presentar o contestar acciones de tutela. Nótese, incluso, que en dicha cláusula de la escritura 222 de 2020 se confirió “***la facultad de representar directamente a la entidad en los casos antes anotados...***”; de manera que no hubo limitación alguna al respecto como lo echa de menos la Sala Civil de la Corte; (iv) el requisito aquí señalado no aplica para nuestro caso y, finalmente, (v) el destinatario del acto de apoderamiento es un abogado habilitado con tarjeta profesional.

PRIMERA SOLICITUD DE ACLARACION:

A partir de lo anterior, respetuosamente, solicito se aclare el concepto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que influye directa y gravemente en la parte resolutive de la sentencia o decisión adoptada, relativo a que la Acción resulta improcedente por falta de legitimación en la causa por activa si los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional en esta materia, se encuentran reunidos en el caso que nos ocupa.

SEGUNDA SOLICITUD DE ACLARACION:

Si de acuerdo con lo señalado en los artículos 1, 3 Y 14 del Decreto 2591 de 1991, el Constituyente Primario y el legislador privilegiaron la informalidad en la tutela y su trámite, por qué la decisión de la Sala Civil de la Corte, que se refiere a aspectos absolutamente procedimentales y no sustanciales, en lugar de solicitar su corrección o aclaración si es que se advertía alguna clase de error de procedimiento, sentenció de fondo el asunto sin que, en realidad de verdad, se abordara la argumentación que provocó que, en segunda instancia, se solicitara la intervención de la Corte.

En efecto, nótese que cualquier deficiencia en el poder en cualquier tipo de procedimiento judicial, debe advertirse mediante inadmisión de la actuación incoada y la solicitud para que se subsane el error en el término perentorio que se señale para el efecto, actuación que no se presentó en nuestro caso pues, el Tribunal de primera instancia le dio trámite a la acción e, incluso, la resolvió de fondo.

TERCERA SOLICITUD DE ACLARACION:

Si como bien lo advierte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la decisión cuya aclaración se solicita, la declaratoria de improcedencia obedece a un aspecto puramente procedimental, no advertido por el A quo, que hace *“que esta Sala no pueda estudiar el amparo de fondo”*, por qué la decisión adoptada por esa Corporación es la de **“CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA”**, cuando no hubo estudio ni análisis de dicha sentencia, de los argumentos que se propusieron en la impugnación contra ella, ni el motivo de improcedencia fue, como ya se dijo, un aspecto advertido por el Tribunal A quo?

Lo procedente no era advertir o señalar el error y devolverlo al inferior para que subsanara la actuación, la continuara y terminara?

PETICION FINAL:

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 7 del Código General del Proceso y en la medida en que los jueces sólo están sujetos al imperio de la ley y, por ende, las

decisiones ilegales no los atan, consideramos que la decisión adoptada y que es objeto de la solicitud de aclaración, puede y debe ser reconsiderada para, de esa manera, no vulnerar los derechos fundamentales de mi representada.

Dejo en estos términos presentada la solicitud de aclaración.

Se adjunta certificado de vigencia del poder general.

De los Honorables Magistrados.

Atentamente,



NORMAN ALBIN GARZON MORA
C.C.No. 79'340.261 de Bogotá
T.P.No. 53.771 del C.S. de la J.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Magistrado Ponente

ATC297-2021

Radicación n.º 11001-22-03-000-2020-01925-01

(Aprobado en sesión virtual de diez de marzo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo del dos mil veintiuno (2021).

Se decide la solicitud de aclaración formulada por la accionante frente al fallo STC1717-2021 del pasado 24 de febrer, en la tutela que la señora Sandra Liliana Royo Blanco, quien dijo actuar como apoderada general del Fondo Nacional del Ahorro Carlos Lleras Restrepo, instauró en contra del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La Sala, con sentencia de 24 de febrero de 2021, confirmó la providencia de 16 de diciembre del 2020, a través de la cual la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la promotora.

2. El peticionario reclamó aclarar tres puntos:

(i) «el concepto de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que influye directa y gravemente en la parte resolutive de la sentencia o decisión adoptada, relativo a que la Acción resulta improcedente por falta de legitimación en la causa por activa si los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional en esta materia, se encuentran reunidos en el caso que nos ocupa»;

(ii) «por qué la decisión de la Sala Civil de la Corte, que se refiere a aspectos absolutamente procedimentales y no sustanciales, en lugar de solicitar su corrección o aclaración si es que se advertía alguna clase de error de procedimiento, sentenció de fondo el asunto sin que, en realidad de verdad, se abordara la argumentación que provocó que, en segunda instancia, se solicitara la intervención de la Corte»;

(iii) «Si como bien lo advierte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en la decisión cuya aclaración se solicita, la declaratoria de improcedencia obedece a un aspecto puramente procedimental, no advertido por el A quo, que hace “que esta Sala no pueda estudiar el amparo de fondo”, por qué la decisión adoptada por esa Corporación es la de “CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA”, cuando no hubo estudio ni análisis de dicha sentencia, de los argumentos que se propusieron en la impugnación contra ella, ni el motivo de improcedencia fue, como ya se dijo, un aspecto advertido por el Tribunal A quo?»;

3.- En atención a lo planteado, solicitó reconsiderar la decisión adoptada «para, de esa manera, no vulnerar los derechos fundamentales de mi representada».

II. CONSIDERACIONES

1. En virtud del artículo 285 del Código de General del Proceso, aplicable al trámite de la tutela por la remisión contenida en el artículo 4º del Decreto 306 de 1992, la sentencia es susceptible de aclaración cuando existan «conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella».

Así mismo, pregona el precepto 286 *ibídem* que toda «providencia en que se haya incurrido en un error puramente aritmético

puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo», lo que se extiende a los «casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella».

2. Teniendo en cuenta lo anterior, no resulta viable acceder a la petición formulada por el gestor del resguardo, toda vez que la solicitud no se subsume en ninguna de las circunstancias consagradas en la norma ya citada. En efecto, se observa que en el proveído no hay ideas dubitativas ni expresiones erróneas que ameriten aclaración ni corrección.

En realidad, la intención del gestor es indagar sobre las razones por las cuales no se le solicitó que allegara el poder especial, otorgado por la representante legal del Fondo Nacional del Ahorro, que exige la jurisprudencia constitucional para legitimar en la causa a quien interpone el amparo constitucional. Tal pedimento, como bien se ve, no constituye ningún reparo frente a una frase o concepto obscuro que genere motivo de duda en el contenido de la sentencia cuestionada.

Además, no se observa la presunta contradicción indiciada por el actor, toda vez que, si bien se dijo confirmar la providencia del *a quo* constitucional, en el numeral quinto se precisó lo siguiente: *«se impone confirmar la sentencia controvertida, pero por las razones expuestas en precedencia»*. Dicho de otra forma, el amparo decayó en virtud de la falta de legitimación de la apoderada general para interponer la acción de tutela, ya fuera a nombre propio o a través de apoderado, de manera que no era necesario incursionar en el fondo de la problemática dada la ausencia de legitimidad de la accionante.

En casos similares, esta Sala ha indicado que:

«Establecido el alcance y contenido del mecanismo de la aclaración de providencias judiciales, pronto se advierte la improcedencia de la solicitud que con esos propósitos elevó el convocante, puesto que allí no se denuncia que la cuestionada sentencia contenga frases ambiguas o dudosas que figuren en su parte resolutive o que influyan en ella, sino que, simplemente, se reclama una motivación adicional a la que en su momento ofreció la Corte y se controvierten las razones que condujeron a la desestimación del resguardo.

Tal proceder no es de recibo, principalmente porque la herramienta procesal de la que hizo uso el memorialista no fue instituida para cuestionar la validez y suficiencia de los fundamentos fácticos y normativos de una decisión judicial, sino específicamente para conjurar las deficiencias de naturaleza formal enunciadas en el ya citado artículo 285 del Código General del Proceso.

No sobra resaltar que las irregularidades que ameritaría el correctivo reclamado por el censor, son ajenas al proveído en estudio, pues allí la Corte definió cabalmente la controversia que se sometió a su escrutinio (...) mediante una argumentación clara, completa y armónica (...).

Diferente es que el accionante no comparta esos razonamientos, y sugiera que su solicitud de amparo sí debía salir avante; inconformidad que, se insiste, no puede ventilarse a través de la herramienta prevista en el artículo 285 del Código General del Proceso» (ATC1026-2020, citado en ATC178-2021).

3. Lo anterior resulta suficiente para negar lo pedido.

III. DECISIÓN


En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, **niega** la solicitud de aclaración del fallo de fecha prenotada.

Por secretaría, comuníquese lo aquí resuelto a los interesados mediante el medio más expedito y eficaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE




FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado



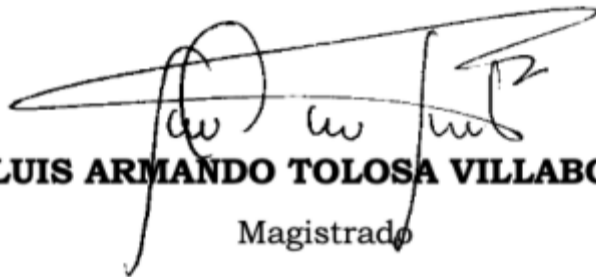
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

LAUDO ARBITRAL

En Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes de julio de 2020, siendo las 11:00 a.m., se reunió el Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, integrado por los árbitros **Antonio Pabón Santander** (Presidente del Tribunal), **María Del Pilar Galvis Segura** y **Jorge Santos Ballesteros**, y en calidad de Secretario, **Esteban Puyo Posada.**, con el fin de proferir el siguiente laudo arbitral, después de haberse surtido en su integridad todas y cada una de las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y por medio del cual se decide el conflicto planteado en la demanda y en su contestación.

I. ANTECEDENTES

1. ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.1. El 19 de noviembre de 2018, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO (en adelante, “el Convocante” o el FNA) presentó demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, el “Centro”) en contra de MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. (en adelante, la “Convocada” o MAPFRE), en conjunto y en lo sucesivo, las “Partes”¹.
- 1.2. El pacto arbitral que da origen al proceso está contemplado en el inciso segundo de la cláusula 21 de las condiciones generales de la póliza de seguros de responsabilidad civil directores y administradores, cuyo título es “*SEGUROS DE RESPONSABILIDAD PARA SERVIDORES PÚBLICOS*”, en donde se dispuso: “*Para cuantas cuestiones puedan*

¹ Folios 1 a 20 del cuaderno principal (CP).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

*surgir entre las partes con motivo de la celebración, validez y cumplimiento de este contrato, las partes se someten a Arbitraje”.*²

De la misma forma, en las definiciones incluidas en las citadas condiciones generales se define arbitraje así: “*Arbitraje significa un proceso arbitral ante un Tribunal de Arbitramento que se constituirá y sujetará a la legislación colombiana. El tribunal estará integrado por tres árbitros que serán elegidos de común acuerdo por el Asegurado y el Asegurador. El tribunal fallará en derecho y funcionará en Bogotá*”.

- 1.3. De conformidad con la cláusula arbitral, las partes nombraron como árbitros a los doctores ANTONIO PABÓN SANTANDER, MARÍA DEL PILAR GALVIS SEGURA y JORGE SANTOS BALLESTEROS⁴, quienes aceptaron oportunamente el cargo.⁵
- 1.4. El 30 de abril de 2019 se instaló el Tribunal y se admitió la demanda.⁶
- 1.5. El 2 de octubre de 2019, el apoderado de la Convocada contestó la demanda arbitral y propuso excepciones, de las cuales se corrió el traslado de ley.⁷
- 1.6. El 14 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación de que trata el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012 la cual se declaró fallida. A continuación, se profirió el Auto No. 8 mediante el cual el Tribunal fijó el monto de los gastos y honorarios del proceso a cargo de las partes, los cuales fueron íntegramente pagados.⁸

² Folios 241 del cuaderno de pruebas (CPR)

³ Folios 242 del CPR.

⁴ Folios 67 del CP.

⁵ Folios 87, 89 y 93 del CP

⁶ Folios 136 a 139 del CP.

⁷ Folios 185 a 224, y 225 del CP.

⁸ Folios 331 a 336 del CP.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- 1.7. El 15 de enero de 2020 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite en la que el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes. Así mismo, mediante Auto No. 10, se decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes.⁹
- 1.8. La etapa probatoria del proceso se surtió entre el 16 de enero de 2020 y el 15 de mayo del mismo año, fecha en la cual el Tribunal declaró cerrado el periodo probatorio.¹⁰
- 1.9. El 12 de junio de 2020 se llevó a cabo la Audiencia de Alegatos en la cual las Partes tuvieron la oportunidad de presentar sus alegaciones finales de manera verbal y escrita. De igual forma, la Procuradora Delegada presentó el concepto del Ministerio Público sobre el caso.¹¹
- 1.10. Mediante el Auto No. 22 de esa misma fecha se fijó la audiencia de laudo para el día 10 de julio de 2020 a las 11:00 a.m.¹²

2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

- 2.1. En la demanda arbitral la Convocante formuló las siguientes pretensiones¹³:

“1. Que se declare que frente al contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, sección IV responsabilidad civil directores y administradores y/o póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores No. 2201215003851, ocurrió y está amparado un siniestro que se concretó en la pérdida o afectación patrimonial sufrida por la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, consistente en el pago de la suma de DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00), por concepto de sanciones e intereses moratorios, como consecuencia del error

⁹ Folios 337 a 342 del CP.

¹⁰ Folios 526 a 528 del CP.

¹¹ Folios 531 a 533 del CP

¹² Folio 532 del CP

¹³ Folios 13 a 16 del CP.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

involuntario en que incurrieron los funcionarios del FNA al considerar que dicha entidad no estaba obligada al pago del impuesto del IVA para las vigencias 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 frente a actividades como arrendamientos, comisiones por intermediación en la colocación de servicios generales y honorarios.

2. *Que se declare que la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., incumplió el contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o el contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851, al haber objetado y/o haberse negado a pagar la indemnización reclamada.*

3. *Que se declare que la razón expuesta por la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE SEGUROS S.A., para objetar o negarse al pago de la indemnización, consistente en indicar que el evento se encuentra excluido conforme a lo establecido en el numeral 3.14 de las condiciones generales de la póliza, resulta infundada toda vez que la misma ASEGURADORA consignó en su oferta a la licitación privada FNA-DA-PRIV-113-2015, así como en el texto de la póliza y/o en sus condiciones particulares, que “prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan” y que “en todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cuál es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, se aplicará aquella que determine el asegurado de acuerdo a su interpretación”.*

4. *Subsidiariamente, solicito que se declare que la cláusula 3.14 de las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentada en la póliza No. 2201215003851, es ineficaz por tratarse de una cláusula abusiva y que se encuentra en clara contravía con lo consignado en la oferta presentada por la Convocada a la licitación privada FNA-DA-PRIV-113-2015 y las condiciones particulares de la póliza, consignadas en su carátula.*

5. *Subsidiariamente, solicito se declare que la razón expuesta por la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., para objetar o negarse al pago de la indemnización, consistente en indicar que el evento se encuentra excluido conforme a lo establecido en el numeral 3.14 de las condiciones generales de la póliza, resulta infundada toda vez que los intereses moratorios no son ni multa ni sanción, sino que corresponden a una indemnización de perjuicios como lo tiene considerado la jurisprudencia nacional.*

6. *Que se declare que la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., es responsable del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

7. *Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851.*

8. *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, la suma de DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00) a título de indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851 o la suma que resulte probada en el proceso.*

9. *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, a reconocer y pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, conforme a lo establecido en el artículo 1080 del C. de Co., intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley sobre la suma indicada en la pretensión anterior, desde el día 23 de marzo de 2018 y hasta la fecha en que se verifique el pago.*

10. *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, las costas, agencias en derecho y gastos que demande o haya demandado para ella la conformación y adelantamiento de este Tribunal de Arbitramento.”*

2.2. En el escrito de contestación de la demanda, la Convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones y peticiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones de mérito contra las pretensiones de la demanda¹⁴:

“PRIMERA: AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA No. 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO.”

¹⁴ Folios 197 a 221 del CP.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

“SEGUNDA (SUBSIDIARIA): LA PÉRDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARÍA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.14.”

“TERCERA (SUBSIDIARIA): LA PÉRDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARÍA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLÁUSULA DE EXCLUSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.16.”

“CUARTA (SUBSIDIARIA): PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1081 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.”

- 2.3. Los hechos en los que la convocante fundamentan las pretensiones bien pueden compendiarse de la siguiente manera¹⁵:
- a. El FNA describe una serie de hechos que agrupa en un capítulo llamado **“A. CORRESPONDIENTES A LA SITUACION QUE SE PRESENTO AL INTERIOR DEL FNA Y QUE CONFIGURAN EL SINIESTRO”**, y que tienen que ver con la declaración de IVA para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

En primera medida, manifiesta el FNA que hasta el año 2015 no se había identificado ningún tipo de incumplimiento frente a la liquidación, presentación y pago del impuesto sobre las ventas IVA.

En los hechos siguientes, el FNA indica que en el proceso de preparación para la convergencia a normas NIIF, se advirtió la posibilidad de que fuera responsable de la

¹⁵ Folios 2 a 13 del CP.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

liquidación y pago del IVA, contrario al concepto que hasta el momento habían tenido sus funcionarios.

A raíz de lo anterior, señala que solicitó sendos conceptos a su revisoría fiscal (KPMG) y a la DIAN, coincidiendo ambos en que efectivamente había operaciones gravadas con IVA, realizadas por el FNA, motivo por el cual debía: (i) realizar la modificación del RUT incluyendo la responsabilidad por el IVA y (ii) practicar la liquidación del IVA, sanciones e intereses, así:

PERIODO	IMPUESTO	SANCIONES	INTERESES	TOTALES
TOTAL 2012	\$ 277.389.000	\$ 277.389.000	\$ 303.846.000	\$ 858.624.000
TOTAL 2013	\$ 393.625.000	\$ 393.625.000	\$ 313.486.000	\$ 1.100.736.000
TOTAL 2014	\$ 475.365.000	\$ 446.151.000	\$ 233.423.000	\$ 1.154.939.000
TOTAL 2015	\$ 477.585.000	\$ 210.019.000	\$ 96.936.000	\$ 784.540.000
TOTAL 2016	\$ 72.329.000	\$ 7.233.000	\$ 2.641.000	\$ 82.203.000

TOTALES	\$ 1.696.293.000	\$ 1.334.417.000	\$ 950.332.000	\$ 3.981.042.000
---------	------------------	------------------	----------------	------------------

SANCIONES E INTERESES	\$ 2.284.749.000
-----------------------	------------------

El FNA finaliza este capítulo, indicando que, a raíz de los conceptos recibidos, procedió al pago del impuesto, de los intereses y de las sanciones, indicando que la causa eficiente para el pago fue el error involuntario o negligencia del funcionario en su momento encargado de liquidar y ordenar el pago de los impuestos.

- b. A continuación, el FNA agrupa hechos en un capítulo llamado **“B. CORRESPONDIENTES AL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO ENTRE EL FNA Y MAPFRE, EL AVISO DE SINIESTRO Y LA RECLAMACION PRESENTADA POR EL FONDO A LA ASEGURADORA”**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Allí, el FNA presenta los hechos que, en su criterio se dieron frente al contrato de seguro y frente al aviso de siniestro y la reclamación.

Manifiesta que se expidió, con base en el Slip de cotización diligenciado y presentado por el FNA a MAPFRE en abril de 2015 y la oferta presentada a la licitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015, la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, dentro de la cual se incluyó, a través del anexo 1, en el capítulo IV, la cobertura de responsabilidad civil directores y administradores, cuyo objeto era: *“Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad por decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante.”*

Así mismo, cita algunas de las condiciones exigidas en los pliegos de condiciones, entre las que se encuentran las siguientes:

“a. Que la cobertura de responsabilidad de Directores y Administradores debía extenderse a cubrir: “funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable”.

b. Que el amparo se extendiera a “amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante

Incluyendo pero no limitado a los siguientes amparos:

- Acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición.*
- Responsabilidad fiscal.*
- Perjuicios causados a terceros.*
- Reclamos por acción social de responsabilidad.*
- Costos del proceso.*
- Culpa grave del asegurado...”.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

c. Que la aseguradora “ACEPTA que las tasas y condiciones de cobertura otorgadas se sostendrán durante toda la vigencia técnica de la póliza, se aplicarán para las inclusiones que sea necesario efectuar y para las prórrogas de la póliza que sea necesario efectuar, si FNA las requiere”.

d. Que “prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan” y que “en todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cual es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, se aplicará aquella que determine el asegurado de acuerdo a su interpretación”.

Sostiene que según la definición del amparo de responsabilidad de Directores y Administradores ya citado, el evento descrito en el primer grupo de hechos estaba cobijado por la póliza, y en ese sentido, dio aviso del siniestro a Mapfre el 23 de noviembre de 2016, reclamando el pago de DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00), valor correspondiente a la suma cancelada por el FNA por concepto de intereses y sanciones en el pago de Impuesto al Valor Agregado IVA dejado de cancelar durante los años 2012 a 2016, producto, según su dicho, de una interpretación errada e involuntaria de los funcionarios responsables de la época que consideraron que el Fondo no estaba obligado a pagar dicho impuesto.

A continuación, describe el cruce de comunicaciones que se sostuvo con Mapfre y que incluyó la objeción efectuada por esa aseguradora frente al aviso del siniestro, que en su concepto es infundada.

- c. En otro capítulo llamado **“C. DEL PROCESO DE INVESTIGACION DISCIPLINARIA INICIADO AL INTERIOR DEL FONDO”** se presentan por parte del demandante hechos relacionados con el proceso interno que se dio en relación con los presuntos errores cometidos por los funcionarios de la entidad frente a la decisión de no declarar IVA. En particular, indica que (i) El Grupo de Control Interno Disciplinario del FONDO, el día 17 de julio del año 2017, fue notificado por parte la Contraloría Delegada para la Gestión Pública, de hallazgos administrativos con presunta

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

incidencia disciplinaria, referentes a la evasión del impuesto a las ventas (IVA) durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, que llevaron al pago a la DIAN de las sumas detalladas anteriormente; (ii) que como consecuencia de lo anterior, mediante auto de fecha 28 de septiembre del 2017, proferido por el Jefe de la Oficina Jurídica – Control Disciplinario Interno del FNA, se dispuso la apertura de Indagación Preliminar en AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES No. 150-2017, y (iii) que durante la indagación preliminar se recaudó material probatorio que conllevó a que el día 1 de junio del 2018, se proferiera auto de apertura de Investigación Disciplinaria No. 150-2017 en contra del señor RITO ADELMO TORRES GAMBOA, quien ocupó el cargo de Jefe de la División de Contabilidad del FNA entre los años 2011 al 2015.

- 2.4. Frente a los anteriores hechos, Mapfre se pronunció así en su contestación¹⁶:
- a. En relación con los hechos descritos por en el capítulo denominado **“A. CORRESPONDIENTES A LA SITUACION QUE SE PRESENTO AL INTERIOR DEL FNA Y QUE CONFIGURAN EL SINIESTRO”**, MAPFRE manifestó que no le constaban ninguno de los hechos allí presentados, pues se trataba de situaciones acontecidas al interior de la entidad, que no podía conocer.

En relación con la aseveración según la cual la causa eficiente para el pago del IVA, de las sanciones y de los intereses fue el error involuntario o negligencia del funcionario en su momento encargado de liquidar y ordenar el pago de los impuestos, manifiesta que no se trata de un hecho sino de una valoración subjetiva o jurídica del apoderado del FNA.

- b. En lo que se refiere a los hechos agrupados en el capítulo llamado **“B. CORRESPONDIENTES AL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO**

¹⁶ Folios 185 a 197 del CP.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

**ENTRE EL FNA Y MAPFRE, EL AVISO DE SINIESTRO Y LA
RECLAMACION PRESENTADA POR EL FONDO A LA ASEGURADORA”,**

MAPFRE manifestó lo siguiente:

Acepta que, con base en el Slip de Cotización diligenciado y presentado por el Fondo Nacional del Ahorro y la oferta presentada a la licitación privada FNA – DA – PRIV – 113-2015, expidió la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 2201215003850.

Destaca que en dicha póliza se contrató bajo la delimitación temporal de cobertura “por Descubrimiento” para las secciones I y II y para las secciones III y IV, como es, según su criterio, natural a los seguros de responsabilidad civil, una delimitación temporal de cobertura “Claims Made” o “Por reclamación”. Este punto lo reitera en varios apartes de su pronunciamiento frente a los hechos presentados en la demanda.

De igual forma, indica que no es cierto que la vigencia del amparo contenido en la Sección IV de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores se hubiese extendido desde el 4 de abril de 2015 al 4 de mayo de 2016, dado que, según su criterio, y como se observa en la nota de cobertura expedida por MAPFRE el 24 de abril de 2015, la Sección IV de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores inició su vigencia el día 4 de mayo de 2015 y finalizó el día 4 de mayo de 2016.

Señala que es cierto que el valor asegurado de la Sección IV de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores es de \$ 12.000.000.000 de pesos y que respecto de esta póliza no se pactó deducible.

También manifiesta que es cierto que en la carátula de la póliza, de forma general, se indicó que la modalidad de delimitación temporal prevista es por descubrimiento; pero que (i) ese sistema no es aplicable a las Secciones 3 y 4 toda vez que ello no es posible, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, y que (ii) en dicha norma

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

se dispone claramente que los seguros de responsabilidad podrán ser pactados bajo la modalidad de delimitación temporal de cobertura por reclamación o “Claims Made” y los seguros de manejo y riesgos financieros bajo la modalidad por descubrimiento.

De igual forma, señala que es cierto que MAPFRE acudió a la licitación privada, por invitación realizada por el FNA, y que si bien las ofertas debían incluir las condiciones indicadas en los pliegos, en ninguna parte del mismo documento se prohibió incluir condiciones adicionales.

También señala que una lectura adecuada de la póliza que da origen al presente proceso, únicamente se puede realizar bajo una aplicación tanto de las condiciones generales como de las condiciones particulares.

De igual forma, señala que ante las nuevas comunicaciones presentadas por el FNA, luego de la objeción de MAPFRE, esta mantuvo su postura inicial, al considerar que no habían cambiado en nada los supuestos de hecho presentados en la primera comunicación. Finalmente, señala que los hechos relacionados con la conciliación fallida son ciertos.

- c. Respecto de los hechos agrupados en el capítulo llamado **“C. DEL PROCESO DE INVESTIGACION DISCIPLINARIA INICIADO AL INTERIOR DEL FONDO”** indica que ninguno de los hechos allí narrados le constan y que se atenderá a lo que se pruebe en el proceso.
- 2.5. Dentro del término para alegar, las partes reiteraron las posiciones expuestas en su demanda, contestación y traslado de las excepciones, que ya fueron resumidas. El Ministerio de Público, por su parte, presentó concepto en el que cual consideró que las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar toda vez que:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- La aseguradora se acogió por completo a las condiciones planteadas en la invitación. En particular, hizo énfasis en que en la carta de presentación de la propuesta, Mapfre consignó que cumplía con cada requerimiento y condición establecidos en la invitación y la ley, y que *“cualquier omisión, contradicción o declaración debe interpretarse de la manera que resulte compatible con los términos y condiciones del proceso de contratación dentro del cual se presenta la misma y aceptamos expresa y explícitamente que así se interprete nuestra propuesta”*.
- En el capítulo denominado Especificaciones Técnicas mínimas se indicó que la modalidad de la póliza de responsabilidad de directores y administradores a contratar debía ser *“Por descubrimiento con retroactividad ilimitada”* y que en la evaluación técnica el FNA indicó que la oferta de Mapfre cumplía, entre otras, con esa modalidad.
- La modalidad de reclamación *Claims Made*, a pesar de ser la más usual para las pólizas de Responsabilidad Civil, no es la única permitida en Colombia, a la luz de lo dispuesto por la ley 389 de 1997.
- Si existía alguna contradicción entre los documentos que hicieron parte del proceso de contratación y las pólizas finalmente expedidas, se debe preferir la aplicación de las primeras, para lo cual se apoya en varias sentencias del Consejo de Estado. Siendo así, concluye la Procuradora, las circunstancias del pago de sanciones e intereses por un error de un funcionario del FNA estaban cubiertas por la póliza expedida por la aseguradora.
- Ante cualquier contradicción entre los documentos del proceso de contratación y las pólizas finalmente expedidas, se debe preferir, como lo consagraban los pliegos de condiciones, una interpretación favorable al asegurado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- Verificada la cronología del caso, se observa que la reclamación se realizó dentro de la vigencia de la póliza, sin configurarse el fenómeno de la prescripción. En especial, manifiesta que la consolidación del siniestro se dio el 23 de marzo de 2015, fecha que estaba dentro de la vigencia de la póliza.

3. LAS PRUEBAS

Mediante al Auto No. 10 se decretó la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes.¹⁷ Se tuvieron como pruebas las siguientes:

- 3.1. **Documentales:** de la Convocante se tuvieron como pruebas todos los documentos aportados con la demanda arbitral¹⁸, y con el memorial por medio del cual se describió traslado de la contestación de la demanda¹⁹. De la Convocada se tuvieron como pruebas los documentos aportados con la contestación²⁰.
- 3.2. **Testimoniales:** el 5 de febrero de 2020 se practicó el interrogatorio del señor FERNANDO RUBIO VALENCIA²¹, testimonio solicitado por la Convocada en la Contestación de la demanda.²²
- 3.3. **Dictámenes periciales:** La Convocante solicitó la práctica de un dictamen que fue elaborado por la firma VALUATIVE y respecto del cual se surtió el trámite de ley.²³ La Convocada solicitó la práctica de un dictamen pericial respecto del cual igualmente se surtió el trámite previsto en la ley.²⁴

¹⁷ Folios 339 a 342 del CP.

¹⁸ Folios 1 a 272 del CPR.

¹⁹ Folios 261 a 262 del CP.

²⁰ Folios 273 a 295 del CPR.

²¹ Folios 362 a 363 del CP.

²² Folios 224 a 224 del CP.

²³ Folios 359 a 377 CPR.

²⁴ Folios 387 a 470 del CPR.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- 3.4. **Interrogatorios de parte:** El 5 de febrero de 2019 se practicó el interrogatorio de parte de la Convocada el cual fue rendido por el señor JAIRO RINCÓN ACHURY, representante legal de MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A.²⁵
- 3.5. **Prueba por informe:** teniendo en cuenta el carácter público del FNA, el Tribunal ordenó la prueba por informe, el cual fue presentado por la Convocante e incorporada al expediente el día 3 de febrero de 2020²⁶, dentro del término fijado para el efecto.

4. EL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Teniendo en cuenta que las Partes no pactaron nada distinto, el término de duración del presente proceso fue inicialmente de seis (6) meses, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012. No obstante, mediante el decreto 491 de 2020, el Gobierno Nacional dispuso ampliar la duración de los procesos arbitrales a 8 meses y permitir su suspensión hasta por 150 días.

Para la fecha del laudo, han transcurrido 110 días, el día de hoy inclusive, desde la finalización de la primera audiencia de trámite celebrada el 15 de enero de 2020 y el proceso el proceso ha estado suspendido por 67 días, con lo cual el laudo se profiere oportunamente.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, motivo por el cual

²⁵ Folio 362 del CP.

²⁶ Folios 384 a 386 del CPR.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

corresponde decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, para efectos de lo cual se analizarán los siguientes aspectos:

1. ÁMBITO DE DECISIÓN

De conformidad con lo previsto en el artículo 281 del CGP, las sentencias deben estar en consonancia con las pretensiones, con los hechos de la demanda y con las defensas del demandado. El principio legal de congruencia implica que, al decidir un conflicto, el Juez debe mantener coherencia con lo planteado por las partes, pues sus argumentos constituyen el límite dentro del cual se debe decidir la controversia.

Y si bien, cuando las pretensiones de la demanda no son claras, el numeral quinto del artículo 43 del CGP, aplicable al proceso arbitral, prevé que el Juez o el Árbitro deben “*interpretar la demanda*” de manera que permita decidir el fondo del asunto, esa interpretación solo es posible en respeto del derecho de contradicción y del referido principio de congruencia.

La congruencia encuentra fundamento en el respeto a la autonomía del individuo pues está vedado al Juez suprimir o modificar la voluntad de aquel al formular las pretensiones, y, desde otro punto de vista, garantiza a la parte demandada ejercer adecuadamente el derecho de defensa, pues enterado del contenido de la demanda, podrá sobre ella, y solo sobre ella, edificar su posición. Así, la sentencia y el laudo deberán velar por mantenerse dentro del objeto pedido y de la causa expuesta, so pena de desconocer el postulado de congruencia.

En el presente proceso arbitral, la parte convocante ha solicitado en la pretensión primera lo siguiente: “*Que se declare que frente al contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, sección IV responsabilidad civil directores y administradores y/o póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores No. 2201215003851, ocurrió y está amparado un siniestro que se concretó en la pérdida o afectación patrimonial sufrida por la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, consistente en el pago de la suma de DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00), por concepto de sanciones e intereses moratorios, como consecuencia del error involuntario en que incurrieron los funcionarios del FNA al considerar que dicha entidad no estaba obligada al pago del impuesto del IVA para las vigencias 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 frente a actividades como arrendamientos, comisiones por intermediación en la colocación de servicios generales y honorarios”. Y a partir de esa pretensión, solicita la declaratoria de incumplimiento de la póliza y en subsidio la ineficacia de una de sus cláusulas, y se condene al pago de la indemnización correspondiente.

A su turno, en los hechos de la demanda, sostiene, en síntesis, que la responsabilidad de Directores y Administradores se cubrió inicialmente como un anexo de la póliza de infidelidad y riesgos financieros, y posteriormente, se amparó mediante la expedición de una póliza independiente.

Transcribe la cobertura que se pretende afectar, en los siguientes términos: “*Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad por decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante.*”, con cuyo texto coincide la demandada.

Igualmente en el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones, el demandante manifiesta que no se trata de que “*se haya determinado que la única forma de concepción del seguro de responsabilidad civil sea “claims made” sino, por el contrario y como lo indica la Superintendencia Financiera en el concepto 2016118318-001 de 29 de noviembre de 2016, que se cita al exponer esta excepción, así las cosas, con la expedición de la Ley en comento se crean dos nuevas modalidades de cobertura para el seguro de responsabilidad civil (...)*”.

Por su parte la convocada, al contestar la demanda, propuso como primer argumento de defensa la circunstancia de que, en su concepto, los seguros de responsabilidad civil solo pueden ser pactados bajo las modalidades de ocurrencia o de reclamación.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Así, lo cierto es que la controversia fundamental propuesta por las partes para decisión del Tribunal debe estar centrada, en primer lugar, en (i) la cobertura de responsabilidad civil de Directores y Administradores, y (ii) los alcances y contenidos de esta, pues los demás amparos contratados en las pólizas no han sido planteados como temas objeto de discusión en este proceso.

No puede pasar por alto el Tribunal que, a pesar de la claridad de lo anterior, la parte convocante en sus alegatos de conclusión pretendió variar el marco del litigio al sostener lo siguiente:

“Como es de completo conocimiento de mi distinguida contraparte, éste acápite tiene unos elementos absolutamente diferentes al primero y que, claramente, no corresponden a un seguro de responsabilidad civil de servidores públicos pues, en primer lugar, el asegurado es el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, nunca el servidor público – condición sine qua non para el seguro de responsabilidad civil de servidores públicos -; en segundo lugar, el interés amparado es el patrimonio de la entidad, el cual se puede ver perjudicado o disminuido producto de las decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas – para distinguirlo del seguro de infidelidad -, adoptadas, ejecutadas o inejecutadas por los servidores cuyos cargos se relacionan más adelante.

Este es, claramente, un seguro de daños patrimoniales que bien puede funcionar, como en éste caso se pactó, por “descubrimiento” y en el que no había por qué, como lo pretende la Convocada, esperar la “reclamación” de un tercero y menos contra el servidor público pues, el FNA, una vez conociera o descubriera que había sufrido una pérdida, podía avisarlo a la aseguradora para iniciar el proceso de reclamación y, de cumplirse todas las condiciones de amparo, afectar la póliza”.

Se trata sin duda de un argumento que no fue planteado a lo largo del proceso y respecto del cual la aseguradora demandada no pudo ejercer el derecho de defensa, por lo cual no puede ser objeto de decisión del Tribunal, so pena de vulnerar el mencionado principio de congruencia.

Establecido lo anterior, procederá el Tribunal, dentro de ese marco, a abordar el estudio de las controversias planteadas.

2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PÓLIZA QUE DA ORIGEN AL PROCESO

2.1. DE LAS REGLAS QUE RIGEN LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

En la labor interpretativa del contrato, y para auscultar la voluntad de las partes y su legítimo querer, hay que tener en cuenta, en primer lugar, las reglas que en el Derecho Colombiano se consagran en el título XIII del libro cuarto del Código Civil, en los artículos 1618 a 1624. El criterio basilar, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, *“es en términos generales, el que encabeza las reglas interpretativas del Código Civil asentado en su artículo 1618 según el cual “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, cuya aplicación no se supedita a aquellos casos en que las palabras usadas por los contratantes no son absolutamente claras y por tanto exigen que el intérprete ausculte la verdadera intención de aquellas, pues va más allá, como que muy a pesar de la claridad del texto contractual, si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal.”*²⁷

Además de la búsqueda del sentido real que las partes quisieron imprimirle al contrato, que algunas veces no coincide con su tenor literal, por lo que el intérprete no debe buscar sólo un sentido gramatical, el artículo 1622 consagra una especie de interpretación auténtica cuando en lo pertinente dispone que, *“las cláusulas de un contrato (...) podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una con aprobación de la otra parte”*, pues se trata en definitiva de averiguar por el real querer, por la voluntad interna, y no por la declarada.

En la misma sentencia atrás citada sostiene la Corte que *“a partir de estas dos reglas principales, sienta el Código Civil otras de alcance más o menos restringido, si se quiere secundarias dirigidas a esclarecer las ambigüedades que el texto contractual presente. Así, ha de resaltarse la que señala el artículo 1620: “el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto a alguno”, aplicable a cláusulas contractuales en que es dable que se interprete en dos sentidos diversos, uno de los cuales no haría producir a la cláusula o al contrato efecto alguno por lo cual debe desestimarse”*.

²⁷ Cas. Civ. 1 de agosto de 2002. Expediente 6907.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Es de advertir que, como regla meramente subsidiaria, en defecto de las demás contenidas en los artículos 1619 a 1623, la disposición del artículo 1624 del Código Civil señala que, *“no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. (Inciso primero). Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que ha debido darse por ella.”* (Inciso segundo).

Como sostuvo la Corte en la sentencia que se viene de citar, el artículo 1624 del Código Civil, es la integración de tres principios capitales en materia de interpretación de los contratos: el de *“favor debitoris”*, en el inciso primero; y los de *“contra stipulatorem”* (contra el predisponente) y *“non auditur propriam allegans turpitudinem”* (nadie puede alegar su propia torpeza), en el inciso segundo.

Desde luego que como lo ha señalado igualmente la Sala Civil de la Corte Suprema, el intérprete *“debe apoyarse en las pautas o directrices legales que se encaminan, precisamente, a guiarlo en su cardinal tarea de determinar el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones de las partes, de modo que pueda descubrir la genuina voluntad que, otrora, las animó a celebrar el contrato y a identificar, en la esfera teleológica, la finalidad perseguida por ellas, en concreto en lo que concierne al establecimiento de las diversas estipulaciones que, articuladas, integran el contenido contractual, objeto de escrutinio por parte de su intérprete.”* (Cas. Civil. 28 de febrero de 2005).

En esa misma sentencia y a manera de directriz, estimó la Corte que, *“la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adulterar o desvirtuar la voluntad plasmada en él”* (CCLV, 568). *A lo anterior se agrega que, tratándose de contratos mercantiles, el juzgador no puede circunscribir su atención exclusivamente a las precitadas reglas hermenéuticas, todas ellas establecidas en el Código Civil, pero aplicables a los negocios jurídicos de esa estirpe, por la integración normativa que dispone el artículo 822 del Código de Comercio, sino que debe igualmente atender los principios – o directrices- que, de manera especial, consagra esta última codificación, entre ellos, por vía de ejemplo, el que aparece entronizado en el artículo 871, conforme al cual, ‘los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

fe, y en consecuencia, obligarán no sólo a lo estipulado expresamente en ellos, sino además a todo lo que corresponde a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural' (se destaca), o el que recoge el artículo 835, que ordena presumir esa buena fe, aún la exenta de culpa.”

A este respecto conviene advertir que, como lo ha indicado la jurisprudencia civil de la Corte Suprema, “cuando el juez asume la tarea de desentrañar la intención de las partes y el alcance mismo de las cláusulas contractuales, debe hacerlo bajo un análisis integral y sistemático, donde no solamente tenga en cuenta el contrato como creación jurídica, sino su expresión material, esto es, como manifestación de voluntad. De manera que se debe considerar su naturaleza jurídica, su tipicidad legal, y por supuesto, el conjunto de sus cláusulas, buscando en ellas un contenido armónico que propenda por la eficacia de las mismas. Además, para el éxito de esa labor se debe consultar la aplicación práctica dada por las partes, y con ella, el desarrollo o desenvolvimiento obligacional por sendos contratantes, porque no empece las obligaciones nacer en el momento mismo del perfeccionamiento de su fuente, las partes las modulan, pues muchas veces someten su exigibilidad a plazos y condiciones, lo cual conduce a un desarrollo escalonado que es necesario identificar cronológicamente. (Sentencia 153 de 4 de septiembre de 2000.)

Y en cuanto al contrato de seguro propiamente dicho, ha sostenido la Corte que “debe ser interpretado en forma similar a las normas legales y sin perder de vista la finalidad que está llamado a servir, esto es comprobando la voluntad objetiva que traducen la respectiva póliza y los documentos que de ella hacen parte con arreglo a la ley (Arts. 1048 a 1050 del C de Com), los intereses de la comunidad de asegurados y las exigencias técnicas de la industria. Dicho en otras palabras, el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse ‘escritura contentiva del contrato’” (Sentencia de Casación Civil 002 del 29 de enero de 1998).

Pero si el texto del contrato, aun el de seguro, no es claro, como lo ha dicho la Corte en la sentencia citada de 1º de agosto de 2002, “es necesario auscultar la intención común, para lo cual resulta de utilidad si las mismas partes han interpretado de consuno dicho texto, bien con ocasión de contratos similares anteriores o ya por la aplicación práctica que del contrato hayan hecho. Si permanece la duda o la ambigüedad, y sin perjuicio de la investigación de la intención común mediante los medios probatorios legalmente admisibles, las demás reglas de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

interpretación (que apuntan más a un plano objetivo, esto es, a la letra del contrato y no a la intención de las partes) se aplicarán en segundo lugar, dejando para una última posibilidad, la norma del artículo 1624 del Código Civil’.

2.2. MARCO TEÓRICO: MODALIDADES DE COBERTURA DEL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

Del análisis integral de las piezas procesales, las actuaciones desarrolladas y las pruebas debidamente practicadas, fácilmente se evidencia que uno de los puntos centrales del debate jurídico es el relacionado con la modalidad de delimitación temporal en que fue otorgado el amparo de responsabilidad civil de directores y administradores contenido en la Sección IV²⁸ de la póliza de seguro No. 2201215003850 de infidelidad y riesgos financieros y/o póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores No. 2201215003851.

A efectos de dilucidar el punto en disputa, el Tribunal procederá a realizar un breve análisis conceptual que permita establecer las posibilidades que en la materia otorga la normatividad nacional vigente, para, posteriormente, a la luz de tales consideraciones, establecer algunas conclusiones y, por último, estudiar la incidencia de estas en el caso concreto.

2.2.1. Sistema de ocurrencia. La regla general en materia de cobertura: artículos 1054, 1073 y 1131 del Código de Comercio.

Es asunto averiguado que, en relación con los seguros como categoría típica contractual dentro del ordenamiento mercantil patrio, el riesgo asegurado configura uno de sus elementos esenciales²⁹, definido legalmente como 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.*”³⁰

²⁸ Incluido a través del anexo 1.

²⁹ Numeral 2°, artículo 1045 del Código de Comercio.

³⁰ Artículo 1054 del Código de Comercio.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Este rasgo fundamental se circunscribe a un marco legal y contractual, de modo que “*no todos los riesgos son asegurables, y que los asegurables, no siempre se entienden asegurados, por lo que se requiere de un conjunto de circunstancias para que se encuentren cubiertos bajo la póliza*”³¹, entre ellas la naturaleza, la causalidad, la identidad local y aquella concerniente al tiempo de su acaecimiento, esto es, a su delimitación temporal, la cual reviste suma importancia, ya que de ella dependerá, en amplio margen, la referida cobertura, claro está, en inescindible relación con la vigencia establecida en el contrato.

De cara a la destacada circunstancia temporal, el Código de Comercio adoptó expresamente, como regla general y principio común a los seguros terrestres, el sistema de “*ocurrencia*”, en virtud del cual el siniestro³² debe acaecer durante el término de vigencia del seguro. Así se colige de lo consagrado en artículo 1054, norma de carácter imperativo, en la que se establece que no constituye riesgo “*la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento*”, de suerte que, en principio, se encuentra proscrita la posibilidad de asegurar riesgos pretéritos.

Refuerza la afirmación precedente el artículo 1073 del estatuto en comento al instituir que “*si el siniestro iniciado antes y continuado después del vencido el término del seguro, consume la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato. Pero si se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro*”.

Sobre el particular la doctrina ha destacado:

"Por regla general, el asegurador es responsable de los siniestros que ocurren dentro de la vigencia del contrato de seguro. Así se establece de manera general para todos los seguros en el artículo 1073

³¹ Zornosa Prieto H., “El seguro de responsabilidad civil y su evolución normativa y jurisprudencial en Colombia, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

³² “Se denomina siniestro a la realización del riesgo asegurado”, artículo 1072.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

*del Código de Comercio. Esta modalidad de cobertura, que hasta 1997 era la única permitida en Colombia, es conocida como la modalidad tradicional de cobertura o modalidad ocurrencia*³³

En punto a los seguros de responsabilidad, esto es, aquellos que imponen “a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene[n] como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización (...)”,³⁴ es menester destacar que la configuración del siniestro que origina la obligación indemnizatoria en cabeza del asegurador, ha sido un punto de debate doctrinal, pues su determinación reviste un amplio margen de dificultad, que ha dado origen a múltiples teorías³⁵, tales como el hecho dañoso, el reclamo de la víctima, la liquidación de la deuda, el pago y el hecho complejo³⁶.

A pesar de la falta de acuerdo académico sobre el particular, pues muchas han sido las discusiones que ha generado el tema, lo cierto es que la normatividad nacional adoptó originalmente, y de modo exclusivo, la tesis de la ocurrencia del hecho externo imputable dañoso como constitutiva del siniestro, y así lo pregonaba diáfananamente el artículo 1131 del Código de Comercio:

*“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”*³⁷

³³ VÁSQUEZ VEGA, Daniel, “Los seguros de responsabilidad civil en el derecho colombiano”, en GAVIRIA, A. (coord.), Estudios de responsabilidad civil (T. I), Medellín, Editorial EAFIT, 2020, p. 531.

³⁴ Artículo 1127 del Código de Comercio.

³⁵ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 149 a 155 y ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. El contrato de seguro. La ley 389 y 1997 y otros estudios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 87-94

³⁶ GARRIGES, Joaquín. Contrato de seguro terrestre, Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 375

³⁷ Actual versión del artículo 1131 del Código de Comercio, con su modificación del año 90 mediante la ley 45. Huelga anotar que aún su versión original respondía a esta misma orientación al señalar: ARTÍCULO 1131. Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. Pero la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, sólo podrá hacerse efectiva, cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

A nivel de la doctrina, si bien se mantuvieron y se mantienen aún hoy en día las discrepancias sobre su naturaleza aseguraticia, y sobre lo que debería ser la regulación adecuada del seguro de responsabilidad civil, se optó preferentemente por la tesis del hecho dañoso³⁸, postura que compartieron importantes doctrinantes, como el profesor Andrés Ordoñez, quien en su obra refirió:

“Sin duda la opción que más visos de acierto tiene es la que hace consistir el siniestro con la realización del hecho dañoso, pues la verdad es que ese hecho es el que genera débito de responsabilidad, dado dentro de las circunstancias que legalmente la constituyen; no es el reclamo, ni la liquidación del siniestro ni mucho menos la sentencia del juez; en cuanto al pago efectivo de la indemnización, solamente implica la realización final de la afectación patrimonial del asegurado”³⁹

No obstante, esta orientación legal comenzó a generar serios problemas desde ángulos diversos tanto a nivel de la operación del seguro como del reaseguro, de un lado por la problemática de la prescripción, dado que el reclamo del tercero del que se hizo depender la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro quedó sujeto a su turno a las reglas ordinarias de prescripción. Tal dicotomía generaba una muy prolongada exposición de los aseguradores y reaseguradores a potenciales futuros reclamos, mucho tiempo después de expiradas las vigencias de los seguros contratados, y de contera impactaba la eficiencia del ramo pues implicaba el mantenimiento de reservas por muy largos períodos de tiempo para hacer frente a esas posibles futuras reclamaciones que se conocen como “colas” de los seguros o reaseguros.

Respecto de dicha problemática el profesor Juan Manuel Diaz-Granados ha puntualizado:

“La prescripción en la responsabilidad civil es uno de los elementos más relevantes en la problemática de los potenciales responsables y, por supuesto, de los aseguradores. Las legislaciones contemplan períodos de prescripción para la responsabilidad que oscilan entre 3 y 30 años. En

³⁸ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 150

³⁹ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. El contrato de seguro. La ley 389 y 1997 y otros estudios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 1998. p. 97

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

materia de responsabilidad extracontractual, la prescripción en Colombia era de 20 años (artículo 2536 Código Civil); con la Ley 791 de 2002 se redujo a 10 años.

*Si la víctima cuenta con amplios períodos para demandar al responsable y éste sólo reclama a su asegurador cuando es demandado, **el sistema de ocurrencia supone de por sí el manejo de coberturas retroactivas en el tiempo, muchos años después de haber expirado la vigencia del contrato de seguro.** En el caso colombiano, la víctima puede demandar hasta el final del año 9 (antes el año 19) desde la ocurrencia del hecho y a partir de la demanda se cuentan los términos de prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador (2 o 5 años según el caso). **Lo anterior tiene como consecuencia que el asegurador se encuentre expuesto por muchos años luego de terminar el período de vigencia del contrato.** Esta situación puede presentarse o bien cuando se trata de daños tardíos (período de latencia) o bien cuando la víctima simplemente espera hasta las postrimerías del término de prescripción de la responsabilidad civil para demandar.⁴⁰” (Resaltado fuera del texto original)*

Tal situación dio lugar a la necesidad de introducir una reforma contenida en la ley 389 de 1994 que introdujo en el país la modalidad de cobertura denominada “*Claims made*”, que literalmente traduce “*reclamo hecho*”, y que se conoce como cobertura de “*Reclamación*”.

Respecto de los antecedentes de este cambio histórico ha señalado la doctrina:

“Debido a la ocurrencia de los siniestros tardíos, la sustitución del clásico criterio de los occurrence basis, por el claims made basis, comenzó a ser considerada por el sector asegurador como un medio necesario de seguridad frente a los siniestros diferidos o de consecuencias prolongadas (long tail risks)”, lo cual tuvo lugar en la década de los ochenta, muy especialmente a partir de “[...] 1984 en los Estados Unidos [...] patrocinadas por la Insurance Services Organization”

A lo anterior se sumaron graves dificultades de índole financiera, pues en la década de los ochenta se hicieron notorias pérdidas millonarias, a raíz de la manifestación tardía de varias patologías, luego de un lento proceso de incubación y desarrollo ulterior, tales como las originadas en la conocida “asbestosis”, primordialmente y, de contera, la más abrasiva e influyente en el campo económico, en la talidomida DES (“diethylstilbesterol”) en el “agente naranja” y en otras sustancias extremadamente nocivas para la salud y el ambiente, las cuales hicieron su implacable y devastadora aparición, principalmente en la segunda mitad de la pasada centuria.

Así las cosas, en consideración a esa prolongada exposición patrimonial, ciertamente atípica de cara a la siniestralidad y comportamiento de otras décadas en el seguro de responsabilidad civil, los

⁴⁰ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 159.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

mercados asegurador y reasegurador (principalmente el estadounidense), propiciaron un panorámico examen de esta situación, involucrando primero a las compañías de seguros y reaseguros, luego a autoridades de control y vigilancia de la actividad aseguradora y por último a los intermediarios de seguros, todo con el confesado propósito de recrear el nuevo estado de la cuestión en esta materia, con los resultados que ya conocemos: la inclusión de las cláusulas claims made, enderezadas a acotar la exposición jurídico-temporal del asegurador y, correlativamente, del reasegurador, en función de la indiscutida interdependencia funcional que, ab antique, existe entre el reaseguro y el seguro.⁴¹”

En concordancia con lo anterior, la delimitación temporal de la cobertura, en el específico caso de los seguros de responsabilidad en el derecho colombiano, históricamente puede dividirse en dos etapas: La primera de ellas, *“está representada en la concepción original del Código de Comercio y la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, normas que consagraron el sistema de ocurrencia con ciertas particularidades. La segunda surge con las nuevas modalidades introducidas mediante la Ley 389 de 1997 (...)*⁴².

En el primero de los periodos referidos, el siniestro se identifica plenamente con el hecho dañoso, como atrás se relievó, a voces del artículo 1131 del estatuto mercantil, disposición en la que, se reitera, se adoptó sin embragues la modalidad o sistema de *“ocurrencia”*, en el cual el acaecimiento del hecho ha de acontecer durante el plazo de vigencia establecido en el contrato de seguro para que el mismo sea objeto de cobertura ⁴³, como lo reconoció jurisprudencia patria en diversas sentencias.⁴⁴

⁴¹ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, “Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil –Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como “claims made””, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 163 - 165

⁴² DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 175.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614: “[Es] el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel [el asegurado], lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro (...) Bien puede decirse entonces, que de acuerdo con la orientación legislativa vigente en materia del seguro de responsabilidad civil, ocurrido el siniestro, es decir, acaecido el hecho del cual emerge una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado, causante del daño irrogado a la víctima –artículo 1131 del Código de Comercio-, surge para el perjudicado el derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

En este escenario, es posible afirmar que, a la luz de la teoría clásica referida, en los seguros de responsabilidad civil el siniestro se entiende acaecido en aquellos eventos en que, durante la vigencia fijada por las partes, acontece un hecho dañoso cometido por el asegurado que reviste los elementos propios de la responsabilidad civil, y que da lugar al surgimiento de una deuda de responsabilidad en cabeza del asegurado.

En este punto es medular referir que en el sistema “*por ocurrencia*”, según la doctrina y la jurisprudencia,⁴⁵ la reclamación efectuada por la víctima, esto es, el tercero que sufrió el daño, no consiste en un requisito de existencia del siniestro, sino de mera exigibilidad, que supedita la iniciación del término de prescripción de la acción para el asegurado⁴⁶, aspecto bastante polémico y de gran incidencia en las regulaciones posteriores, como más adelante se analizará.

Ahora bien, no obstante continuar vigente el sistema clásico de delimitación temporal “*por ocurrencia*” como regla general para los seguros -incluido el de responsabilidad-, no es de poca monta la dificultad práctica que el mismo presentó de cara a los diferentes supuestos de hecho que pueden tener lugar en el amplio campo de los seguros de responsabilidad civil, principalmente en lo relacionado con la incidencia de la reclamación de la víctima en el surgimiento de la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador y el “*evidente el divorcio reinante entre la floración del daño y su manifestación, vale decir, por la presencia, no muy inusual, de los mencionados daños tardíos o diferidos (...) que hacía que los empresarios del riesgo tuvieran que esperar un apreciable número de años para poder establecer si efectivamente se había obligado su responsabilidad civil, en concreto el tiempo requerido para que hiciera tránsito y madurara la prescripción extintiva.*”⁴⁷

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de mayo de 1994, exp. 4106.

⁴⁶ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 176.

⁴⁷ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, “Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil –Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como “claims made””, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 163 - 165

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Frente a la problemática referida, se hizo necesaria la intervención del legislador, no solo para “evitar la incertidumbre inherente a la existencia de los daños diferidos”⁴⁸ sino para ponerse a tono con la tendencia internacional en materia de reaseguros.

Adicionalmente, no sobra referir en este punto que, el carácter imperativo de las normas en virtud de las cuales la modalidad “*por ocurrencia*” estructuraba el sistema de aseguramiento en Colombia de forma general, implicaba una clara limitación a la autonomía de la voluntad de las partes, pues precisamente en atención al rasgo destacado de los preceptos, no podían los contratantes pactar en contrario. Y es que, a pesar de que los artículos 1054, 1073 y 1131 del Código de Comercio, no se encuentran expresamente listados en el artículo 1162, que en materia de seguros enuncia las normas revestidas de imperatividad, lo cierto es que este último artículo contempla también aquellos preceptos que por su naturaleza gozan de tal calidad, cual es el caso de los antes referidos, pues, ello es medular, son de obligatoria observancia para los contratantes. Esta situación constituyó, sin lugar a dudas, otro motivo que justificó la mediación legislativa.

2.2.2. Flexibilización del régimen de delimitación temporal: Artículo 4º de la Ley 389 de 1997.

En consecuente armonía con los comentarios que preceden, la expedición de la Ley 389 de 1997 marcó un hito en cuanto a la regulación del derecho de seguros en Colombia y, de forma especial, en lo que compete la delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil.

Es de anotar que las problemáticas que hemos referido atinentes a los seguros de responsabilidad civil, venían también presentándose en materia de los denominados seguros de infidelidad y riesgos financieros, en los que por la naturaleza de los daños que los mismos cubren, esto es las acciones de infidelidad de empleados y otros actos fraudulentos que afectan a las entidades aseguradas, el descubrimiento de las pérdidas suele diferirse en el tiempo, dada la habilidad de los autores o incluso su posición de poder al interior de las estructuras administrativas de estas.

⁴⁸ Ibidem.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

En tales situaciones, y ante la categórica concepción original del Código de Comercio que limitaba el amparo a los hechos ocurridos durante la vigencia del seguro, las entidades aseguradas muchas veces veían frustradas sus pretensiones de aseguramiento por el lapidario efecto de la prescripción extraordinaria que fulmina la acción del asegurado aún del que siendo el más diligente permanece ignorante de la ocurrencia de la pérdida dadas las argucias y ardidés de los hábiles defraudadores.

De igual modo la prolongada dilación en el afloramiento de las pérdidas, resultante de la dificultad para descubrir las actuaciones perpetradas por los hábiles defraudadores, generaba también colas de reaseguros de suyo inconvenientes para la eficiente operación de este ramo.

En este escenario, la ley 389 vino a introducir la posibilidad de amparar hechos claramente pretéritos, pero descubiertos durante la vigencia, con lo cual se morigeró la categórica imposibilidad de asegurar el riesgo putativo consagrada en el artículo 1054 del ordenamiento mercantil, pero exclusivamente para este tipo de seguros, conocidos como de “Manejo e “Infidelidad y Riesgos Financieros”.

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

“El criterio inspirador era dotar al sector asegurador de un apoyo internacional de reaseguro para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más racionales a favor de los asegurados atendiendo necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.”⁴⁹

Por su parte la jurisprudencia destacó que:

“[L]a intención de dicha modificación obedeció a que estaban tornándose inviables las pólizas de responsabilidad, así como las de manejo y riesgos financieros, con el consecuente retraso en el desarrollo del ramo.

⁴⁹ Luis Alberto Botero, Patricia Jaramillo, Fernando Rodas, “Diez años de la Ley 389 de 1997”, en Memorias del XXV Encuentro Nacional de Acoldece. Aspectos sustantivos y procesales del contrato de seguro, pág. 60.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Todo porque la expedición de dichas pólizas implicaba para el mercado asegurador un riesgo desmesurado, al concederle al asegurado amparos extensos temporalmente, pues nada impedía que los perjuicios causados fueran descubiertos tiempo después de finalizada la vigencia del contrato, siendo viable su reclamo mientras no se configuraran los términos de prescripción, que son de largo aliento para las actuaciones adelantadas directamente por la víctima. Por ende, era obligación para la compañía de seguros hacer las provisiones de rigor, también extensas en el tiempo.

A esto se sumaba la imposibilidad de reaseguramiento, porque el mercado internacional no lo suministraba con una vida tan prolongada, salvo que se estuviera dispuesto a pagar altos costos, haciendo poco competitivo el sector.”⁵⁰

Enfilado en la consecución de sus objetivos, el legislador de 1997, mediante el artículo 4° de la Ley en comento, autorizó que en Colombia se establecieran las modalidades de delimitación temporal conocidas como “*por descubrimiento*” para los seguros de infidelidad y riesgos financieros y “*por reclamación*” o “*claims made*” para los seguros de responsabilidad civil. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “*esta norma franqueó el paso a dos tipologías negociales distintas al tradicional seguro basado en la ocurrencia*”⁵¹

Valga mencionar que la autorización allí otorgada aplica única y exclusivamente para los ramos que la misma norma contempla y así lo ha reconocido la jurisprudencia:

“(…) se trata de riesgos específicos en relación con los cuales el legislador permite amparar hechos ya sucedidos al iniciar la vigencia del seguro, pero aún desconocidos para las partes y que se evidencian durante la misma, pero no es una regla general”⁵²

De lo expuesto se colige que la facultad otorgada por el artículo 4° de esta Ley es de carácter taxativo y excluyente, de modo que únicamente podrá pactarse la modalidad “*por descubrimiento*” en contratos de seguro que amparen el manejo de recursos y en general las consecuencias de infidelidad y riesgos financieros y, a su turno, la modalidad “*por reclamación*” o “*claims made*” en

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 18 de julio de 2017, Radicación N° 76001-31-03-001-2001-00192-01.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de diciembre de 2019 SC5217-2019.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2013, Radicado 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

los seguros que cubren la responsabilidad civil, conclusión que no requiere de mayores elucubraciones, ni de interpretación alguna, puesto que así quedo claramente referido en el artículo mencionado, que en su tenor señala:

*“**ARTICULO 4o.** En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.”* (Subrayado fuera del texto original)

La expresión “en el primero”, hace diáfana referencia al seguro de manejo y riesgos financieros, ramo al que le otorga la posibilidad de circunscribir la cobertura al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, y, por su parte, la locución “en el segundo” sin hesitación se refiere al seguro de responsabilidad, en el cual la cobertura podrá circunscribirse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia.

Para el Tribunal es este y no otro el sentido de la norma, pues, se insiste, si bien se trata de asuntos propios de la técnica aseguraticia que pueden resultar complejos para los no expertos, provisto el conocimiento de la materia, el precepto no es oscuro, ni contiene expresiones equívocas, que por lo mismo no es susceptible de interpretación distinta a la enunciada⁵³.

Como ya se había referido, esta norma no derogó las disposiciones del Código de Comercio que regulan la delimitación temporal del riesgo, pues éstas continúan vigentes y su obligatoriedad se mantiene para los demás tipos de seguros, pero, específica y exclusivamente, para los seguros de

⁵³ Así lo ha reconocido la justicia arbitral, al estudiar la categoría del riesgo en una póliza global bancaria de infidelidad y riesgos financieros: “(...) habilitado primero por la Ley 35 de 1993 y complementado luego en virtud de la Ley 389 de 1997, el riesgo descubrimiento es propio de las pólizas globales bancarias” Laudo Arbitral Sociedad fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación contra Aseguradora Colseguros S.A., 2002.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

responsabilidad civil y riesgos financieros, se creó una alternativa de aseguramiento por la que pueden optar los contratantes.

En efecto, así lo sostuvo el profesor Carlos Ignacio Jaramillo J., al referirse a la norma en comento, en los siguientes términos:

*“Obedece a una alternativa que se edifica en la periferia del denominado sistema tradicional o convencional. Es entonces una opción ex contractu o ex lege, según el caso y el ordenamiento legal pertinente, que no significa la abolición de éste, como quiera que subsiste para una parte no despreciable de los riesgos que convergen en el seguro de responsabilidad civil, en general. De allí la calificación de extraordinario u opcional que le hemos dado, queriendo significar con ella que su irrupción en la esfera contractual es puntual o específica, **amén que destinada a regir de cara a precisos riesgos**, comentario que es menester realizar, habida consideración de que existe la creencia infundada de que imperará en todos y cada uno de los dominios del bienhechor seguro de responsabilidad, v. gr. En el seguro de automóviles (segmento destinado al seguro de responsabilidad), que se disciplina, es la regla, con arreglo al esquema convencional o tradicional, entre otros ejemplos más, así gane terreno en la cotidianidad, no tanta, empero, como para que se imponga como monarca absoluto en el extendido campo de este seguro, pues ello sería asistir a su desnaturalización. De allí que, desde un ángulo funcional, este sistema deba catalogarse de excepcional, rectamente entendido, en particular para cuando hagan presencia los apellidados daños diferidos o tardíos (pérdidas de “cola larga”), como se señalará.”⁵⁴ (resaltado fuera del texto original)*

Tan es así que, ante el silencio de las partes, esto es, en los eventos en que no se pacte expresamente una de las modalidades que ley 389 admite expresamente para el seguro contratado, se entenderá que el mismo fue pactado en la modalidad “por ocurrencia”.

Puntualizado lo anterior y en atención al libelo que fija el marco dentro del cual debe el Tribunal efectuar su labor, es menester abordar la modalidad “por reclamación” o “claims made”, propia de los seguros de responsabilidad.

2.2.3. La modalidad de delimitación temporal “por reclamación” o “claims made”.

⁵⁴ *Derecho de Seguros, Tomo II*, Carlos Ignacio Jaramillo J., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, Pg. 323.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Bajo esta modalidad la cobertura de la póliza se restringe a las reclamaciones que se efectúen al asegurado o al asegurador durante su vigencia. En otras palabras, el riesgo asegurado se limita a los eventos en que se presente la reclamación y la cobertura dependerá de que aquella sea formulada dentro del término de la vigencia de la póliza, pues *“en un contexto amplio, el riesgo asegurable es la responsabilidad civil; pero en forma específica, para esta modalidad, la ley lo delimita a los reclamos formulados durante la vigencia, así los hechos generadores de responsabilidad hayan ocurrido con anterioridad”*⁵⁵

Se trata entonces de un esquema extraordinario que *“se traduce en un sistema de aseguramiento con arreglo al cual, ex ante, se delimita temporalmente el riesgo asegurado, en la medida en que se establece que la entidad aseguradora, inicialmente, responderá en aquellos casos en que la reclamación se presente durante la vigencia del seguro, todo en función de diversas modalidades o reglas especiales de cobertura, aún prospectivas (post-contractum)”*⁵⁶

De suerte que, en imperio de este sistema, es posible que exista un hecho dañoso, que implique responsabilidad y no por ello habrá siniestro, pues este consiste en la reclamación, la cual puede no efectuarse. Sobre este punto, la doctrina autorizada ha precisado:

*“Si conforme al artículo 1072 del Código de Comercio siniestro es la realización del riesgo asegurado, es necesario concluir que la Ley 389 de 1997 en su artículo 4, inciso 1, modificó el concepto de siniestro para esta modalidad en particular. En otros términos, si con base en esta ley los contratantes pactaron que el riesgo asegurado se refiere a las reclamaciones presentadas durante la vigencia, para estos efectos habrá que entender modificado el artículo 1131 del Código de Comercio y, en consecuencia, concluir que el siniestro se presenta en el momento de la reclamación y no cuando acaezca el hecho externo imputable al asegurado. El artículo 1131 citado mantiene su entera vigencia para la modalidad de ocurrencia”*⁵⁷ (Subrayas fuera del texto original)

⁵⁵ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 178.

⁵⁶ JARAMILLO J., Carlos Ignacio, “Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil –Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como “claims made””, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 159.

⁵⁷ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 179.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Dentro de esta perspectiva, es claro que la ley introdujo la posibilidad de delimitar contractualmente la cobertura temporal de los seguros de responsabilidad civil, en forma tal que el amparo se otorgue exclusivamente a aquellos casos en los cuales i) el asegurado se vea demandado o requerido por la víctima del daño durante la vigencia del seguro, aunque el hecho externo imputable dañoso haya acaecido con anterioridad a la iniciación de la vigencia o ii) la víctima, dentro de la vigencia del seguro, dirija esa demanda o requerimiento directamente contra el asegurador, en ejercicio de la prerrogativa que le concedió el artículo 87 de la ley 45 de 1990 (artículo 1133 del Código de Comercio), en busca del resarcimiento de los daños que alega imputables al asegurado y causados inclusive en una época pretérita y antecedente a la contratación de la póliza por parte del Asegurado.

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha fijado su postura en los siguientes términos:

“Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.

Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que en ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido.

Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, (...), sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Entonces, la ocurrencia del suceso perjudicial que consagra el artículo 1131 ejusdem es suficiente para la configuración del siniestro, empero, si se ha pactado la modalidad de reclamación hecha (claims made), también se exige el reclamo judicial o extrajudicial en el término de vigencia pactado o en el plazo ulterior convenido, hecho por la víctima al asegurado, o al asegurador en ejercicio de la acción directa, el que demarca la obligación indemnizatoria a cargo de éste, pudiendo involucrar, incluso sucesos pretéritos e ignorados por el asegurado, es decir, ocurridos con anterioridad a la iniciación de la vigencia de la póliza -de existir acuerdo contractual.” (Subrayas fuera del texto original)

Adicional a lo anterior, la misma Corporación, al estudiar el artículo 4° de la Ley 389 de 1997, identificó la posibilidad de se presenten varias situaciones, a saber:

- “a.-) Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora.*
 - b.-) Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta.*
 - c.-) Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones.*
- El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están.”⁵⁸*

A modo de corolario puede señalarse que la modalidad “*Claims Made*” encuentra su elemento diferenciador en la noción de “*Reclamación*” entendida ésta como la acción, petición o solicitud, ora judicial ora extrajudicial, que impetre la víctima en procura de que le sea resarcido el daño causado, bien sea dirigiéndola contra aquel que considera causante del mismo, a la sazón el asegurado, o bien, si es conocedora de la existencia del seguro que cubre su responsabilidad civil, encausándola directamente contra el asegurador que ha otorgado dicho amparo.

Huelga anotar finalmente que esta modalidad por “*Reclamación*”, como las demás modalidades de cobertura temporal, tan solo establece un marco conceptual para identificar la póliza de seguro o la vigencia afectada, con el potencial siniestro, pero en modo alguno supone que la “*Reclamación*” por sí sola baste para que surja la obligación indemnizatoria del asegurador. Ello exige la comprobación, que a voces de los artículos 1077 y 1080 es siempre necesaria, de que el

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2013, rad. 2000-01098-01, citada en el fallo SC10048-2014 de 31 de julio de 2014, proferido por la misma Corporación.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

asegurado es en realidad civilmente responsable, de acuerdo con la ley, por los perjuicios que se le imputan, y siempre que además se cumplan los demás requisitos previstos en la póliza.

Son estas, a grandes rasgos, las principales características que identifican la modalidad de delimitación temporal que nos ocupa.

2.2.4. La modalidad de delimitación temporal “especial” o “Sunset”.

En adición a las dos modalidades de cobertura para el seguro de responsabilidad, que fueron descritas en las líneas que anteceden (*Ocurrenca y Reclamación*), el artículo cuarto de la Ley 389 de 1997, en su inciso segundo, incorporó en el ordenamiento jurídico colombiano una modalidad adicional, que ha sido llamada “*modalidad especial*”,⁵⁹ “*ocurrencia de cola corta*”, “*sistema mixto*” o “*Sunset*”⁶⁰. Bajo esta modalidad, que tiene por finalidad también acortar las “*colas largas*” de responsabilidades potenciales frente a eventuales siniestros, se permite asegurar, en un seguro de responsabilidad, los “*hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años*”⁶¹. (resaltado ajeno al texto)

Bajo esta modalidad entonces, la configuración de un siniestro exige que se verifiquen dos requisitos indispensables: por un lado, la ocurrencia del hecho dañoso durante la vigencia del seguro, pero adicionalmente, es menester que la víctima presente su reclamación dentro del periodo pactado en la póliza para tales efectos, como lo ha entendido la doctrina:

⁵⁹ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 182

⁶⁰ ISAZA POSSE, María Cristina. Dificultades que se presentan en Colombia alrededor de la póliza de seguro de responsabilidad civil, en: Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, Bogotá (Colombia), vol. 44 (25), pág. 157. En igual sentido: VÁSQUEZ VEGA, Daniel, “Los seguros de responsabilidad civil en el derecho colombiano”, en GAVIRIA, A. (coord.), Estudios de responsabilidad civil (T. I), Medellín, Editorial EAFIT, 2020, p. 534.

⁶¹ Ley 389 de 1997, Artículo 4°, inciso 2°

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

“En esta figura, los hechos generadores de responsabilidad deben acaecer durante la vigencia de la póliza, a diferencia de la modalidad anterior (refiriéndose a Claims Made) en la cual, durante la vigencia debe presentarse la reclamación. Se exige también que con relación a los hechos ocurridos durante la vigencia, la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe en un término pactado por las partes no inferior a dos años”⁶².

Esta modalidad de aseguramiento fue objeto de análisis por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, quien se pronunció al respecto mediante concepto 2002001008-2 del 24 de mayo de 2002, abordando dos puntos fundamentales a saber, la necesidad de pacto expreso para que esta modalidad opere, y su diferencia con una simple extensión de cobertura, que a voces de la Superintendencia no hace referencia a la modalidad de aseguramiento sino a la vigencia misma del seguro.

“De esta forma la norma transcrita consagra la posibilidad de que las partes estipulen un término dentro del cual las reclamaciones que se presenten por siniestros registrados durante la vigencia del seguro sean objeto de cobertura.

Ahora bien, en relación con la inquietud que se plantea en su oficio debe advertirse que analizado en su contexto el precepto contenido en el inciso citado, en los términos previstos en el artículo 27 del Código Civil, resulta claro que la descripción consignada refiere al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes con el objeto de pactar esta modalidad de cláusula de conformidad con los parámetros que allí se indican, circunstancia legal que excluye la posibilidad de que en ausencia de estipulación la norma resulte aplicable, como quiera que la misma tiene un carácter dispositivo y no supletivo de la voluntad de las partes.

En los términos precedentes se define el alcance de las cláusulas de limitación temporal de cobertura a que alude el inciso 2º del artículo 4º de la precitada ley, que difiere de la "extensión de la cobertura" indicada en su comunicación, toda vez que la misma sugiere tener relación con la ampliación de la vigencia del seguro acordada por las partes”⁶³.

En suma, las notas características de la modalidad de cobertura *Sunset*, tal y como las ha reseñado la doctrina autorizada, son:

- “• *Se cubren los hechos que ocurran durante la vigencia del seguro.*

⁶² DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2º Edición. 2012. p. 182-183

⁶³ Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2002001008-2 del 24 de mayo de 2002.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- *Es un requisito que, respecto de tales hechos, la reclamación de la víctima al asegurado o al asegurador se efectúe en el término pactado por las partes, que no podrá ser inferior a dos años.*
- *El término pactado por las partes para presentar la reclamación no es un plazo de prescripción ni de caducidad. Podría ser considerado como un requisito de cobertura (condición de nacimiento de la obligación) o de exigibilidad”⁶⁴.*

Así, se dejan establecidas las notas características de las tres modalidades de delimitación temporal permitidas por la Ley para el seguro de responsabilidad civil.

2.2.5. Referencia al sistema “por descubrimiento”

Resulta ahora pertinente efectuar una referencia al sistema de cobertura por “descubrimiento”, que al igual que el de “claims made” o “por reclamación”, constituye una excepción a la regla general establecida en el Estatuto Mercantil, pero en este caso exclusivamente aplicable a los seguros de Manejo y Riesgos Financieros.

Tal excepción, consagrada también en el artículo 4 de la ley 389 de 2001, responde igualmente a la necesidad del mercado y a la evolución histórica de las denominadas Pólizas Globales Bancarias (Bankers Blanket Bonds) que como su nombre lo indica, reúnen bajo un amparo global diversas coberturas, diseñadas inicialmente para los bancos y que al extenderse a otras entidades se han venido a denominar localmente Seguros de Infidelidad y Riesgos Financieros, otorgan fundamentalmente siete amparos básicos a saber: i. Infidelidad de Empleados, ii. Predios (que ampara pérdidas de bienes en oficinas por hurto, atraco o eventos similares), iii. Tránsito (con la misma finalidad del anterior, pero para pérdidas durante el transporte), iv. Falsificación de Cheques y Otros Documentos, v. Dinero Falso. vi Pérdida de Derechos de Suscripción y vii. Gastos de Defensa. Otro tanto sucede con el seguro de Manejo, que más adaptado a las necesidades de las entidades frente a la pérdida de dineros a manos de quienes tienen la función

⁶⁴ DÍAZ-GRANADOS. Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. 2° Edición. 2012. p. 186.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

de manejarlos (de ahí su nombre⁶⁵), es una versión más restringida de protección para actos también de naturaleza defraudatoria pero típicamente delictuales. Son pues seguros mediante la cuales se busca brindar amparo frente a actos típicamente defraudatorios, fraudulentos o dolosos (y no en pocas ocasiones delictuales) que generan pérdidas muchas veces indetectables en su gestación y que solo afloran con el pasar del tiempo. Es por ello que internacionalmente y desde el año 1992 en Colombia “*este tipo de pólizas operan sobre la base de descubrimiento de pérdidas*”⁶⁶.

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

*“De la sola lectura de la norma, se desprende sin dificultad que la medida allí comprendida, de acuerdo con la cual la cobertura podrá circunscribirse al **descubrimiento** de pérdidas durante la vigencia del seguro así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, es una*

⁶⁵Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de la Sala de Casación Civil de 24 de julio de 2006, exp. 00191 “El seguro de manejo, por su parte, también fue creado por la precitada ley 225 de 1938, que en su artículo 2° señala que aquel tiene por objeto garantizar ‘el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, a favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables’ (...) En virtud de este seguro –mejor aún modalidad aseguraticia- se brinda cobertura de cara al riesgo de apropiación o destinación indebida de dineros o bienes entregados a una persona, a título no traslativo de dominio, destino que ésta, per se, no puede variar, ad libitum, vale decir por su propia y mera voluntad, razón por la cual en esta clase de seguro, la obligación indemnizatoria del asegurador aflora con ocasión del uso o apropiación indebida de las especies monetarias o bienes por parte de aquélla, lo cual, claro está, debe ser demostrado suficientemente”.

⁶⁶NARVÁEZ B., C., “Delimitación temporal de la cobertura en el seguro de la responsabilidad civil –Adopción del sistema de aseguramiento comúnmente conocido como ‘claims made’”, Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, 2011, p. 71.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

*excepción a la regla general que señala que la responsabilidad del asegurador sólo surge cuando el siniestro se produce dentro del término de vigencia de la respectiva póliza y que admite que el hecho de la pérdida haya sido anterior a la iniciación de la cobertura del seguro, siempre que el conocimiento del mismo se produzca durante el término de su vigencia, pero es una excepción que sólo se predica, así mismo, de ciertos y determinados seguros: los de manejo y riesgos financieros.*⁶⁷ (negrilla fuera del texto original)

Fluye de lo expuesto que así como acaece con la modalidad de Claims Made, que sólo es posible pactar en los seguros de Responsabilidad Civil, el sistema Descubrimiento únicamente es admitido para para los seguros de Manejo e Infidelidad y riesgos Financieros pues de forma expresa así lo autoriza la ley y por ello no hay lugar a acoger la posición expuesta por el demandante y por el Ministerio Público, según la cual, la póliza de responsabilidad y riesgos financieros expedida por Mapfre, se rige por esta última modalidad.

Resulta oportuno traer a colación la siguiente explicación que, de modo gráfico, describe las distintas modalidades de cobertura que las partes voluntariamente pueden acordar y los tipos de seguros en los cuales tal pacto es legalmente viable en derecho colombiano:

“La síntesis de las modalidades de cobertura en el derecho colombiano es la siguiente:

Ámbito de aplicación	Modalidad de cobertura	Norma
ESQUEMA GENERAL	Ocurrenca del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
SEGURO DE MANEJO Y RIESGOS FINANCIEROS	Ocurrenca del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Descubrimiento de la pérdida	Ley 35 de 1993-art. 185 EOSF y art. 4 ley 389 de 1997
SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	Ocurrenca del hecho	Art. 1054 Código de Comercio
	Reclamación de la víctima	Art. 4 Ley 389 de 1997

68

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Sentencia de 19 de junio de 2013, Radicado 25000-23-26-000-2000-02019-01(25472).

⁶⁸ DIAZ GRANADOS, Juan Manuel, La Responsabilidad Fiscal y su incidencia en los Seguros. XXVII Encuentro Nacional de ACOLDESE, celebrado el 30, 31 de octubre y 1° de noviembre de 2014. en Santiago de Cali, Colombia.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Corolario de lo anterior es que no resulta posible extender la modalidad de Descubrimiento a seguros distintos de los mencionados, pues todos los demás contratos asegurativos distintos de los de Manejo y Riesgos Financieros, por no haber sido objeto de expresa autorización legal, caen bajo los preceptos normativos comentados, que hacen depender la asegurabilidad de la incertidumbre objetiva, entendida esta, a voces del artículo 1054 varias veces citado, como la mera probabilidad futura de ocurrencia del riesgo, y que proscriben de contera el aseguramiento del riesgo putativo. Inadmisibles así mismo de cara a la ley resultaría el otorgamiento de un seguro de Responsabilidad Civil bajo el sistema de Descubrimiento, pues ni este se ajusta a la naturaleza del riesgo que aquel ampara ni existe norma legal que así lo permita, aspecto que arroja conveniente claridad sobre la controversia que se analiza.

En efecto, el seguro de Responsabilidad de Directores y Administradores, aunque se expida como un anexo o acápite de la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros, jamás podría operar bajo la modalidad de Descubrimiento, pues este sistema, a más de repugnar a la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, se encuentra reservado legalmente para los amparos propios de aquella.

2.3. CONCLUSIONES SOBRE LA MODALIDAD DE ASEGURAMIENTO

Tras el somero estudio teórico que antecede, el Tribunal decanta sendas conclusiones:

- 2.3.1. En materia de modalidades de delimitación temporal de la cobertura de los seguros, la regla general, por mandato legal es el sistema “por ocurrencia”.
- 2.3.2. No obstante lo anterior, y sin derogar tal mandato, en aras de viabilizar en mayor medida la expedición y manejo de las pólizas de responsabilidad civil y de manejo y riesgos financieros, la Ley 389 de 1997, flexibilizó la regla única y exclusivamente para los seguros de los ramos mencionados.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

- 2.3.3. El artículo 4° de la Ley en comento, autorizó para los seguros de responsabilidad la posibilidad de circunscribir la cobertura a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación, o la de amparar los hechos culposos acaecidos durante la vigencia, siempre que la víctima formule el reclamo dentro del período previsto en la póliza. De esta forma se admitió únicamente, se reitera, para los seguros de responsabilidad, la modalidad “*por reclamación*” o “*claims made*” así como la modalidad “*sunset*”
- 2.3.4. El mismo precepto facultó que en el seguro de manejo y riesgos financieros la cobertura pueda circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia. Así se consintió en la modalidad “*por descubrimiento*” de forma exclusiva para este tipo de seguros.
- 2.3.5. Dado que cada una de las modalidades mencionadas se autorizó única y exclusivamente para el tipo seguro que la misma ley asignó, no es posible que las partes pacten un sistema distinto a aquel que por mandato legal se encuentra permitido. En otras palabras, la aplicación voluntaria de una modalidad de delimitación temporal de cobertura a un contrato de seguro respecto del cual la ley expresamente no la ha autorizado, se encuentra proscrita.
- 2.3.6. La prohibición enunciada en la conclusión anterior encuentra sustento en varias normas del Estatuto Mercantil, a saber: (i) el artículo 1045, en el que se establecen los elementos esenciales del contrato de seguro, entre ellos el riesgo asegurable, (ii) el artículo 1054 que define qué se entiende por riesgo asegurable y en su último inciso establece que no constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento, y (iii) el artículo 1131 que consagra que en el seguro de responsabilidad civil se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

2.3.7. Lo cierto es que, de no haberse introducido la reforma de que Ley 389 de 1997, la delimitación temporal de los seguros de responsabilidad civil sería “*por ocurrencia*”, y no otra.

2.4. CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA PÓLIZA DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES Y LA PÓLIZA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Tras abordar lo atinente a las modalidades de cobertura, conviene efectuar algunas precisiones sobre la naturaleza de las pólizas de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores y en particular sobre una especie de estas adaptada para los funcionarios del sector público conocida como Póliza de Servidores Públicos.

2.4.1. La Póliza de Directores y Administradores

Cumple puntualizar que se trata esencialmente un seguro de responsabilidad civil, pero enfocado específicamente a amparar el patrimonio de los directores o administradores de una empresa, frente a los perjuicios patrimoniales que estos puedan causar a la sociedad, a los socios o a terceros, en el ejercicio de sus funciones de dirección o administración.

La jurisprudencia arbitral al ocuparse de la naturaleza de este seguro ha señalado que:

*“(...) es ante todo un seguro de daños que pertenece al género de los seguros de responsabilidad civil y, dentro de estos últimos, a la categoría de los de responsabilidad profesional; por la otra, que su diferencia específica consiste en que es un seguro instituido básicamente en favor de los asegurados, que lo son los directores y administradores de una persona jurídica, en amparo de sus respectivas responsabilidades personales eventualmente comprometidas en el ejercicio de sus funciones.”*⁶⁹(subrayas ajenas al texto)

⁶⁹ Laudo Tribunal Arbitral de Proyectar Valores S.A. Comisionista de Bolsa en Liquidación Forzosa Administrativa Contra Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

También la doctrina nacional ha precisado su alcance con indiscutible claridad:

“Las pólizas de seguro para directores y administradores que pueden obtenerse en Colombia otorgan protección respecto de las pérdidas que pueden ocasionar en el desempeño de sus funciones y como consecuencia de actos incorrectos o faltas en su gestión, como apropiadamente lo definen algunas pólizas y que hace referencia, por lo general, a omisiones o extralimitaciones en las funciones o deberes a su cargo, o actos que se consideren contrarios a la ley o a los estatutos sociales o que haya sido ejecutados sin la diligencia que podría esperarse de un buen hombre de negocios.”⁷⁰

Estas pólizas operan además bajo el sistema de Reclamación y por tal razón, el riesgo asegurado es justamente *la Reclamación* que llegue a ser presentada contra los asegurados dentro de la vigencia de la póliza respectiva:

“Las pólizas cubren los reclamos contra los directores o administradores por un acto incorrecto en ejercicio de sus funciones como director o administrador que genere responsabilidad civil a su cargo, reclamo que deberá ser formulado por primera vez durante el período de vigencia de la cobertura y que se refiera a hechos no conocidos con anterioridad como posibles generadores de daño que darían lugar a responsabilidad (modalidad de reclamación o claims made).”⁷¹

2.4.2. Las Pólizas de Servidores Públicos

Como se ha indicado, estas son una especie de las de Directores y Administradores, pero particularmente diseñadas para cubrir las especiales responsabilidades de los funcionarios públicos las cuales, se encuentran regidas por la normativa especial propia de su calidad y que no solamente abarca la típica responsabilidad civil de los administradores, sino que se extiende a la administrativa, la fiscal y la disciplinaria.

⁷⁰ NARVAEZ BONET Jorge Eduardo. El Contrato de Seguro en el Sector Financiero. Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición, 2002, pág. 507

⁷¹ DIAZ GRANADOS, Juan Manuel, La Responsabilidad Fiscal y su incidencia en los Seguros. XXVII Encuentro Nacional de ACOLDESE, celebrado el 30, 31 de octubre y 1° de noviembre de 2014. en Santiago de Cali, Colombia.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

En lo atinente a las partes e interesados en el contrato de Seguro de Responsabilidad de Servidores Públicos, es menester destacar, que si bien los Asegurados son esencialmente dichos funcionarios (cuyos actos erróneos y consecuentes reclamaciones constituyen el riesgo, y cuyo patrimonio es el objeto primordial del seguro) quien obra normalmente como Tomador es la entidad para quien éstos laboran o a la que se encuentran vinculados en calidad de directores.

Esta circunstancia dio lugar a que durante mucho tiempo se dudara de la capacidad que tenían las entidades estatales, dado lo restringido de su objeto social y la estricta regulación del uso de sus recursos, para contratar como Tomadoras, pólizas encaminadas a proteger el patrimonio de sus directores, y de contera, asumir con recursos públicos, el pago de las primas que estas ocasionan. De tales inquietudes dan cuenta los múltiples conceptos y consultas que sobre el particular se han elevado v. gr. La formulada por la Contraloría de Bogotá ante la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado ⁷².

En esta oportunidad la Sala respondió afirmativamente la consulta amparándose en el decreto 2715 del 27 de diciembre de 2012, mediante el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para el año 2013, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos, el cual incluyó la siguiente norma:

“ARTÍCULO 53. (...)

(...)

(Las entidades estatales) También podrán contratar un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, mediante el cual se ampare la responsabilidad de los mismos por actos o hechos no dolosos ocurridos en ejercicio de sus funciones, y los gastos de defensa en materia disciplinaria, penal y fiscal que deban realizar; estos últimos gastos los podrán pagar las entidades, siempre y cuando exista decisión definitiva que exonere de toda responsabilidad y no sea condenada la contraparte a las costas del proceso.(...)”.

⁷² Concepto Sala de Consulta C.E. 2131 de 2013 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. La Sala resolvió entre otros el siguiente interrogante planteado por la Contraloría de Bogotá D.C. *¿Es procedente conforme a la ley que la Contraloría de Bogotá D.C., contrate una póliza de responsabilidad civil que ampare los perjuicios patrimoniales causados a terceros y a la Entidad, provenientes de actos u omisiones, por actos incorrectos, culposos, reales o presuntos cometidos por los funcionarios encargados de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva, asignados a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Entidad?*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Si bien esta autorización se ha repetido en posteriores decretos, y leyes, no se ha incluido en una norma de carácter permanente, y como dan cuenta diversas consultas, han existido dudas de las entidades sobre aspectos puntuales tales como, si es posible amparar no solo a empleados de planta sino también a miembros de juntas directivas o comités directivos⁷³ o si la autorización para contratar estos seguros se aplica a todo tipo de entidades de los distintos ordenes territoriales o descentralizadas por servicios.⁷⁴

Todo ello ha dado lugar a que las entidades públicas evidencien en sus procesos de contratación, que al obrar en calidad de Tomadoras por cuenta de sus directores, les asiste simultáneamente un interés que se radica en cabeza suya de protección de su propio patrimonio que hace parte del erario.

Y es que como lo observan jueces y tratadistas, en el seguro por cuenta, el Tomador puede o no tener interés asegurable en el contrato, pero normalmente lo tiene, pues la contratación del seguro no es un acto espontáneo o de liberalidad, sino que más bien responde a que el Tomador *“aspira a proteger su propia eventual responsabilidad”* y es por ello que el artículo 1042 de Código de Comercio señala que *“salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del Tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato,”* lo que patentiza que el tomador tiene normalmente un interés y que el mismo, en desarrollo de la autonomía de las partes puede asegurarse o no simultáneamente con el del tercero, pero que en todo caso, queda directa o indirectamente protegido con el aseguramiento⁷⁵

⁷³ CONCEPTO 122 DE 2015 (septiembre 13) INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF *¿Es viable amparar la responsabilidad civil en que pueda incurrir un servidor público en la toma de decisiones? ¿Puede el ICBF tomar un seguro para amparar la responsabilidad de un servidor público que no hace parte de su planta de personal pero sí de su Consejo Directivo?*

⁷⁴ De hecho, la Ley 1815 de 2016 *“Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017 y Decreto 2170 de 2016 “Por el cual se liquida el presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 2017, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos”* extendió la autorización a *los Superintendentes, así como a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las Sociedades de Economía Mixta asimiladas a estas”*.

⁷⁵ OSSA J Efrén, Teoría General del Seguro, Temis, Segunda Edición, 1991, pág. 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

En efecto, las entidades estatales no solo persiguen la protección para sus directores frente al riesgo, de suyo considerable, de ver afectado su patrimonio por los eventuales reclamos derivados de sus errores de gestión, sino a no dudarlo, buscan proteger su propio patrimonio que de contragolpe puede verse afectado por los reclamos dirigidos en contra de sus administradores y directores, particularmente los derivados de la responsabilidad fiscal, como lo ha sostenido la propia Contraloría General de la República ⁷⁶.

En tal virtud, no es extraño que en estas pólizas la entidad Tomadora pueda fungir a la vez como asegurada, pues en muchas ocasiones es su patrimonio el que puede resultar implicado como resultado del reclamo dirigido en contra de sus directores y administradores.

Es por ello que estas pólizas pueden incluir amparos para proteger a la propia entidad Tomadora frente a ciertos eventos derivados de los reclamos contra sus administradores y no por ello pierden su naturaleza de pólizas de Responsabilidad civil, como lo reconoce la doctrina:

“Las pólizas que se conocen en el mercado internacional corresponden fundamentalmente a un clausulado corporativo, que es el de mayor utilización porque ampara a los administradores de una compañía o de un grupo de compañías respecto de las sumas que deban reconocer a los socios o a terceros productoras negligentes en que hayan incurrido pero, igualmente, le permite a la compañía obtener indemnización con respecto a las sumas que se haya visto obligada a pagar por los actos dañinos de sus administradores”⁷⁷

En cuanto a la modalidad de cobertura, es de anotar que este tipo de pólizas operan invariablemente bajo la modalidad de *Reclamación*, pues se trata de riesgos que se ceden en

⁷⁶ Intervención de la Contraloría en el proceso que dio lugar a la Sentencia C-735 de 2003 de la Corte Constitucional: *“las entidades estatales deben velar porque sus bienes en general, estén protegidos contra hechos futuros e inciertos que puedan causarle perjuicio o detrimento al erario público. En este sentido, los órganos de control fiscal, deben verificar que los bienes públicos, se encuentren asegurados adecuadamente, es decir, que estos tengan la cobertura suficiente, con el fin de que el erario público esté cubierto contra cualquier desmedro, que el hecho de un tercero o uno de sus funcionarios pueda ocasionarle, de manera tal que sea resarcido de los daños ocasionados por la ocurrencia del siniestro o riesgo asegurado”*

⁷⁷ NARVAEZ BONET Jorge Eduardo. El Contrato de Seguro en el Sector Financiero. Óp. Cit pág. 499

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

reaseguro al mercado internacional y particularmente al de Londres, ámbito en el que ésta es la única modalidad disponible, como lo refiere la doctrina:

*(...) los seguros de servidores públicos son pólizas de responsabilidad civil estructuradas bajo la modalidad de reclamación, por cuanto solo así el mercado de reaseguros internacional da su respaldo.*⁷⁸

Inclusive en los propios clausulados, normalmente se encuentran excluidos los reclamos que se derivan de situaciones que los Asegurados o la propia entidad tomadora hubiere conocido o debiere conocer a tiempo de la expedición de la póliza⁷⁹

2.5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

A efectos de precisar las condiciones de la contratación del seguro objeto de la litis a continuación se realiza un análisis del proceso de contratación y expedición que se surtió entre el Fondo Nacional del Ahorro y la Aseguradora Mapfre Seguros Colombia

2.5.1. La invitación para la contratación de la denominada Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros:

Según da cuenta la Invitación a participar en el Proceso FNA-DA-PRIV-113-2015 – 201522001274211 (obrante a folios 12 y siguientes el cuaderno de pruebas, aportada por la parte convocante al descorrer el traslado de la contestación de la demanda), el Fondo Nacional del Ahorro dirigió invitación a Mapfre el día 10 de abril del año 2015 para que presentara su oferta para la contratación de una Póliza de Infidelidad y Riesgos financieros, con las siguientes secciones:

⁷⁸ DIAZ GRANADOS, Juan Manuel, La Responsabilidad Fiscal y su incidencia en los Seguros. XXVII Encuentro Nacional de ACOLDESE, celebrado el 30, 31 de octubre y 1° de noviembre de 2014. en Santiago de Cali, Colombia

⁷⁹ Ibídem pág. 192 “Si el reclamo fue presentado antes de iniciarse la vigencia o si el hecho razonablemente podía dar lugar a un reclamo y era conocido por el asegurado antes de iniciar la vigencia, no habrá lugar a cobertura de estas situaciones.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

“SECCION 1: BBB (GLOBAL BANCARIA)
SECCION II: CRIMEN POR COMPUTADOR
SECCION III: RESPONSABILIDAD PROFESIONAL
SECCION IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y
ADMINISTRADORES”

En el cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas, obrante a folio 15 se señaló, respecto del amparo de directores y administradores se señaló:

“SECCION IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y
ADMINISTRADORES

Póliza de responsabilidad civil servidores públicos, que cubra funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable.

Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante.

Incluyendo pero no limitado a los siguientes amparos:

- *Acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición*
- *Responsabilidad Fiscal.*
- *Perjuicios causados a terceros.*
- *Reclamos por acción social de responsabilidad.*
- *Costos del proceso.*
- *Culpa Grave del asegurado.*

Los gastos de defensa (honorarios profesionales de abogados defensores y cauciones judiciales) según los límites por etapas procesales establecidos en este documento (...)”

En cuanto a la modalidad de cobertura, en el mismo cuadro, numeral 6 se indicó, que la misma sería “*Por descubrimiento con retroactividad ilimitada*”

Adicionalmente en lo relativo a la vigencia la invitación señala:

“2. VIGENCIA TÉCNICA DE LA PÓLIZA.

Contará con una vigencia técnica, desde las 00:00 horas del 26/04/2015 hasta las 23:59 horas del 26/04/2016.”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

(...)

“7.10 Extensión de cobertura, con término de 24 meses, con cobro adicional máximo del 50% de la prima anual ofrecida para este proceso.

Bajo esta cláusula, queda expresamente acordado que la cobertura del seguro se extiende por el período de 24 meses, bajo las mismas condiciones pactadas dentro del presente proceso de contratación, para amparar las reclamaciones que se formulen con posterioridad al vencimiento de la vigencia de la póliza.”

2.5.2. La Oferta de La Aseguradora Convocada:

Con fecha 20 de abril de 2015 y según se aprecia a folios 49 y siguientes del Cuaderno de Pruebas (documentos presentados al descorrer el traslado de la contestación), la Aseguradora Convocada presentó oferta al Fondo Nacional del Ahorro aceptando las condiciones de la invitación e incluyendo, entre otras, los clausulados generales de las pólizas correspondientes a las cuatro secciones. Para el amparo de la Sección IV RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES adjuntó el Clausulado denominado “*ACE ELITE SERVIDORES PÚBLICOS· SEGURO DE RESPONSABILIDAD PARA SERVIDORES PÚBLICOS CODIGO SUPERBANCARLA 17/10/200M305-P-06·12EOSP001*” (Folio 145 y ss).

En el Amparo Básico el clausulado presentado a la Tomadora señala:

“POR LA PRESENTE PÓLIZA. EL ASEGURADOR PAGARÁ EN EXCESO DEL DEDUCIBLE, DE SER ESTE APLICABLE, LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES Y/O COSTOS A CARGO DE LOS ASEGURADOS, PROVENIENTES DE UNA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN SU CONTRA, DURANTE EL PERIODO CONTRACTUAL Y/O DURANTE EL PERIODO DE REPORTE EXTENDIDO, EN CASO DE QUE ESTE SEA CONTRATADO, POR CAUSA DE UN ACTO INCORRECTO QUE GENERE IMPUTACION DE RESPONSABILIDAD CIVIL ADMINISTRATIVA. DISCIPLINARIA O PENAL. COMETIDO EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DEL CARGO REPORTADO DE ACUERDO CON LOS SIGUIENTES AMPAROS:

En lo relativo a la modalidad de amparo el condicionado prevé:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

“18. DELIMITACIÓN TEMPORAL

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 4 de la ley 389 de 1997, la cobertura de esta póliza es aplicable a las Reclamaciones presentadas por primera vez contra cualquier Asegurado durante el Período Contractual o en el Período de Reporte Extendido, en caso que este último sea contratado, por Actos Incorrectos cometidos durante el período comprendido entre la Fecha de Retroactividad y la fecha de expiración del Período Contractual”

Adicionalmente aparece en la oferta el listado de Condiciones Particulares presentado con la propuesta (folios 156 y ss.), en el que se reprodujeron las condiciones exigidas en la invitación para cada sección y en lo relativo a la sección IV, se señaló que la cobertura de dicha sección se regiría por el aludido condicionado general:

“Cobertura: Texto ACE Elite Servidores Públicos” (Folio 159)

En las condiciones Particulares de la Oferta presentada por Mapfre (y aportada por el FNA al descorrer el traslado de la demanda), se indicó, en punto de la modalidad de cobertura para la Sección IV:

“Retroactividad Eliminada. La cobertura aplica con base en Claims Made”. (folio 160)

2.5.3. La expedición de las Pólizas y sus condiciones:

Realizada la evaluación y selección de la propuesta de Mapfre Seguros, el día 3 de junio la Aseguradora remitió al Fondo las Pólizas correspondientes a las distintas secciones contratadas (folio 218 Cuaderno de Pruebas, aportadas con la demanda).

La Aseguradora Expidió una Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros que según indica su carátula, obrante a folio 219, se identifica con el Número 2201215003850 y fue expedida el día 30 de abril de 2015, con vigencia del 26 de abril de 2015 al 25 abril 2016. El objeto de esta póliza, según su texto es el siguiente:

TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)

***“DESCRIPCIÓN: Póliza de Infidelidad Y Riesgos Financieros por Secciones COBERTURAS
53SECCIÓN I BBB (GLOBAL BANCARIA)
53SECCIÓN II: CRIMEN POR COMPUTADOR
53SECCIÓN III· RESPONSABILIDAD PROFESIONAL”***

La sección IV fue amparada mediante una póliza independiente de RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTORES Y ADMINISTRADORES expedida el mismo día 30 de abril de 2015 con el número 2201215003851 según consta en la carátula obrante a folio 382, y cuya vigencia se estableció entre el 4 de mayo de 2015 y el 4 de mayo de 2016. En dicha carátula se reproducen las condiciones de la oferta y se adjuntan tanto las condiciones generales (mismas que habían sido remitidas con la oferta, pero esta vez en papelería de Mapfre), como las particulares que se habían también adosado a la Oferta.

En la carátula de la póliza se señala que la cobertura es *“por descubrimiento con retroactividad limitada”*, al paso que en las condiciones particulares se indica:

Retroactividad Eliminada. La cobertura aplica con base en Claims Made.

En las condiciones generales, cláusula 18, se señala, como atrás se indicó, que la póliza opera *por Reclamación*.

2.5.4. Análisis sobre la naturaleza y modalidad del seguro expedido:

Las pruebas obrantes en el expediente y el claro texto de las pretensiones permiten afirmar que la demanda se enfila a obtener la declaratoria de ocurrencia del riesgo amparado en *la sección IV, de la póliza de seguro No. 2201215003850 de infidelidad y riesgos financieros y/o póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores No. 2201215003851.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Con fundamento en lo expuesto en los párrafos precedentes y en atención a la naturaleza del seguro cuya afectación se pretende, que no es otra que la de un seguro de responsabilidad civil, es diáfano que las posibilidades que la ley otorga en orden a establecer la modalidad de limitación temporal de este tipo de seguro (responsabilidad civil de directores y administradores, servidores públicos) son sólo tres: (i) “*por ocurrencia*”, en atención al artículo 1131 del Código de Comercio, (ii) “*por reclamación*” o “*claims made*”, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 389 de 1997 y (iii) “*Sunset*”. Cualquiera otra se encuentra prohibida por mandato legal.

Así las cosas, es inadmisibles el argumento expuesto por la parte convocante, según el cual, en atención a que en la carátula de la póliza se consignó que la modalidad de limitación temporal sería “*por descubrimiento*” y que, además, la misma aseveración fue incluida como requisito dentro del pliego de condiciones mínimas de la licitación que condujo a la expedición del seguro, exigencia que, por demás, fue cumplida por la aseguradora convocada sin salvedad alguna, debe concluirse que el seguro se expidió bajo tal modalidad. Y es que acoger tal tesis implicaría darle eficacia a una disposición contractual que es abiertamente contraria a la ley que gobierna el negocio jurídico típico que tuvo lugar, es *contra legem* y ello constituye motivo suficiente para descartar el argumento en análisis.

Pero si se quiere ahondar en razones, a pesar de lo consignado en la carátula de la póliza y en la invitación privada efectuada por el Fondo Nacional del Ahorro, lo cierto es que un análisis sistemático de los documentos que integran el contrato de seguro celebrado, permite concluir que la modalidad en que se pactó el amparo de la Sección IV fue “*por reclamación*” o “*claims made*”. Así expresamente aparece en las condiciones particulares en las que se indica:

“Retroactividad eliminada. La cobertura aplica en base a Claims Made” (folio 384)

Y ello además se aprecia con toda claridad en el condicionado general de la Póliza de Servidores Públicos cuyas cláusulas corresponden efectivamente al sistema de “Reclamación”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Debe resaltarse que, como se ha indicado en forma precedente, tanto las condiciones particulares como el condicionado general, hicieron parte de la propuesta presentada y estudiada por la convocante, según la prueba documental que obra en el expediente, aportada por la propia convocante tanto con su demanda como al descorrer el traslado de las excepciones y adicionalmente se enviaron nuevamente en papelería de Mapfre Seguros, al expedirse la póliza una vez seleccionada su propuesta.

El Tribunal es consciente de que, en el campo de los seguros de infidelidad y riesgo financiero, el uso común o acostumbrado para su expedición implica que la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros se expida acompañada de las Pólizas de Responsabilidad Civil Profesional (que se conoce como PI por su nombre en inglés “*Professional Indemnity*”)⁸⁰ y de la póliza de Crimen por Computador.⁸¹ que no obstante ser seguros distintos, con finalidades y condiciones generales y particulares diversas, se comercializan en paquete como anexos de la primera.⁸²

Así lo ha reconocido la justicia arbitral en los siguientes términos: “*en el aseguramiento de las operaciones y responsabilidades de la empresa financiera, es habitual que se tomen tres (3) coberturas: (i) la global bancaria que incluye el amparo de infidelidad de empleados, (ii) la de responsabilidad profesional que bien puede*

⁸⁰ NARVAEZ BONET Jorge Eduardo. El Contrato de Seguro en el Sector Financiero. Ediciones Librería del Profesional, Primera Edición, 2002, págs. 428, 429 “(...) una entidad bancaria o financiera puede ver comprometida su responsabilidad en desarrollo de actividades comunes a cualquier persona, o (...) en virtud del desarrollo de sus actividades profesionales. A este segundo campo se refiere **el anexo de responsabilidad profesional, también denominado Professional Indemnity – In Houes Errors & Omissions, que protege a la entidad bancaria o financiera contra reclamaciones formuladas por sus clientes a consecuencia de actos negligentes, errores y omisiones de sus empleados**” (...)” **Tal anexo es pues un complemento ideal para la póliza global de entidades bancarias o financieras**” (resaltado ajeno al texto)

⁸¹ Ibidem pág. 558. “**Carácter Complementario de la Póliza:** (de Crimen por Computador) *Se pone de relieve que está diseñada para ser un complemento de la póliza de instituciones financieras del asegurado...*”

⁸² Esto por cuanto entre tales pólizas existe una evidente complementariedad y una clara jerarquía, en virtud de que, eventos que podrían hipotéticamente quedar amparados por las coberturas de responsabilidad civil o crimen por computador y a la sazón cubiertos por los amparos básicos de la póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros (como la responsabilidad profesional de la entidad asegurada, derivada de la actuación dolosa de un empleado infiel, o el crimen por computador perpetrado así mismo por un empleado deshonesto) se encuentran excluidos de aquellas en forma tal que estos siniestros se encauzan exclusivamente a través de los amparos respectivos de la Póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros “

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

ser autónoma o independiente respecto de la primera, y (iii) las coberturas específicas que demande cada entidad o que deba acreditar”⁸³.

Pero no ocurre lo mismo con la póliza de Directores y Administradores que tradicionalmente se otorga de modo independiente, aun cuando haga parte del mismo programa de seguros.

Sin embargo, en el caso puesto a consideración se observa que, en su invitación, el Fondo Nacional del Ahorro pretendió que todo el programa de seguros requerido fuera incluido en una sola póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros con cuatro secciones lo cual puede explicar que tanto en el cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas como en las carátulas de las pólizas finalmente expedidas, haya quedado consignada únicamente la modalidad de cobertura “*por descubrimiento*” (por oposición a ocurrencia) lo cual, como ya se dijo, no implica que la misma pueda ser aplicada a la Sección IV contratada, se itera, por ser una disposición ineficaz de cara al amparo allí otorgado. Tampoco comparte el Tribunal la alegación del Ministerio Público referente a la prioridad de los pliegos sobre lo contratado, pues debe recordarse que el contrato de seguro contratado, no corresponde a uno de los contratos previstos y regulados en la ley 80 de 1993, ni a las reglas especiales de contratación que ese Estatuto contempla.

Mas aún, si se pretende indagar la voluntad de los contratantes, es claro que la intención de las partes no era pactar un sistema que la ley no les permitía. En lo que hace a la oferente, esta cumplió con los requisitos de la invitación, que no le era dable modificar, pero, aclaró a través de las Condiciones Particulares y del Clausulado que adosó a su oferta, que la modalidad de cobertura para la Sección IV sería la de “Reclamación”. Ello fue sin duda aceptado por el Fondo pues, analizada la oferta por las áreas correspondientes, la misma no ofreció reparo y, por el contrario, fue elegida como ganadora.

⁸³ Laudo Arbitral Sociedad fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación contra Aseguradora Colseguros S.A., 2002.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

En lo que al Fondo se refiere, trasluce que su intención tampoco era la de pretender un aseguramiento de la responsabilidad civil por el sistema de “descubrimiento” ni conscientemente proponer una cláusula ilegal. De hecho, y reviste ello particular relevancia, en el cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas, a folio 214, al hacer referencia a la Sección III, correspondiente al otro seguro de Responsabilidad Civil que pretendía contratar, pero esta vez para cubrir los perjuicios que la entidad llegase a causar por su culpa profesional, señaló:

“1.4 Sección III RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Según Texto NMA 2273 / 74

Y es que ese Texto NMA 2273 precisamente corresponde al condicionado más común de los seguros de Responsabilidad Profesional de Entidades Financieras, y opera justamente bajo “Claims Made” o por Reclamación, como lo ha precisado la doctrina:

*“2. La Póliza NMA 2273 denominada de Responsabilidad civil Profesional de Entidades Financieras del Lloyd’s, que opera sobre la base de reclamaciones presentadas durante la vigencia o **claims made**, provee indemnización al asegurado con respecto a la responsabilidad en que incurra ante terceros, por reclamos en materia de compensación de daños (...).”⁸⁴*

Así es claro que, no obstante existir la mención general según la cual la cobertura de los Seguros contratados sería con base en “*Descubrimiento*” lo cierto es que el propio Fondo Nacional del Ahorro, también en materia de la póliza de Responsabilidad Profesional, aceptó y más aún, exigió en cuanto a la sección III que la cobertura fuese por “*Reclamación*”, como es no solo lo lógico, sino lo legal y lo usual.

Ello evidencia que, aunque también en este caso hay una contraposición entre lo dicho en el pliego (Cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas) y el texto de la póliza, tal contradicción

⁸⁴ NARVAEZ, El contrato de Seguro en El Sector Financiero, óp. cit pág. 430 - 431

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

no puede ser sino el producto de un error involuntario por parte del Fondo y desde luego de la oferente, que debe entenderse superado con la clara descripción de la cobertura que se explica sobradamente en las condiciones Particulares y Generales de las pólizas.

En este escenario, resulta suficiente el análisis de eficacia de la disposición contractual en que funda la parte convocante su argumento para desacreditarlo.

Por último, se destaca que las nuevas apreciaciones introducidas por el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro en sus alegaciones conclusivas no pueden ser apreciadas por el Tribunal, pues se apartan diametralmente de los puntos en torno a los cuales se ha desarrollado el litigio, ya que ni en la demanda, ni en ninguna otra pieza procesal aportada por la convocante, se cuestionó la naturaleza del seguro cuya afectación se persigue. Todo lo contrario, el libelo es claro en expresar que las pretensiones se aducen “*frente al contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, sección IV responsabilidad civil directores y administradores (...)*”.

De suerte que, como se afirmó en precedencia, la tesis elucubrada en los alegatos de conclusión en virtud de la cual “*lo que se contrató no fue única y exclusivamente un seguro de responsabilidad civil de servidores públicos sino, por el contrario, que el amparo se extendió a ‘Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante.’ (...) lo cual lo cual constituye un amparo diferente al de responsabilidad civil, como se vio atrás, el clausulado general que la Convocada pretende hacer valer, no puede aplicarse a un amparo distinto al de responsabilidad civil de servidores públicos*” resulta inadmisibles dada su intempestividad, y el hecho de estar en contradicción con el *petitum* que fija el marco de decisión del juzgador.

Sentadas las premisas anteriores y en simple gracia de discusión, valga referir que, aún de estudiarse el argumento referido en el párrafo que antecede, el resultado no sería otro que el hallarlo infundado, pues contradice el texto de la carátula y de la póliza que incluye este amparo

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

bajo el título “SECCIÓN IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES”, ”, y especifica además que se trata de un seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos, sin que sea dable pensar que se trate de un seguro distinto al de responsabilidad civil, a más de que en ninguno de los documentos que lo integran se evidencia referencia alguna que permita inferir lo propuesto por el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro.

De otra parte y como quedó precisado anteriormente el hecho de que el Fondo Nacional del Ahorro apareciese como Asegurado y Beneficiario además de Tomador en nada afecta su naturaleza de seguro de responsabilidad civil, pues es claro, como se ha indicado, que la entidad tomadora tiene sin duda un interés asegurable indirecto y concurrente en la contratación del seguro y que a consecuencia de ello, no es extraño que en este tipo de pólizas el otorgar ciertas coberturas a la propia entidad, para ampararla de las consecuencias adversas de los reclamos que se formulen en contra de sus directores y administradores. Tal particularidad, como fue objeto de análisis, es precisamente lo que justifica que una entidad pública pueda contratar una póliza por cuenta de terceros, sus directores y administradores, y además pagar la prima respectiva con recursos públicos

En tal virtud, nada tiene de exótico que el seguro de responsabilidad civil de servidores públicos otorgado por la aseguradora se hubiese extendido a *‘Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas’*, pues ello tan solo implica que la póliza no solo ampara los daños que el director o administrador ocasione a terceros, sino aquellos que la entidad tenga que indemnizar a consecuencia de los errores de gestión de sus directores y administradores y aun los que estos le causen de modo directo a su patrimonio, los cuales de suyo, por tratarse de recursos públicos, implican usualmente la iniciación de procesos de responsabilidad fiscal, no solo contra el servidor público sino contra la propia entidad.

Pero aún de tratarse de un seguro patrimonial, distinto del de Responsabilidad Civil, pero resultante de actuaciones culposas de empleados, cuestión que, dicho sea de paso, no tiene

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

parangón en la ley ni en la doctrina, ni en la práctica, es evidente que tal seguro tampoco podría operar por el sistema de descubrimiento, como pretende en su alegato el apoderado de la Convocante, pues, como ya se ha indicado, sólo los Seguros de Manejo e Infidelidad y Riesgos Financieros pueden operar bajo tal sistema de cobertura, dado el tratamiento legal excepcional del que han sido objeto, el cual es exclusivo y no se extiende a otros seguros patrimoniales como pretende la actora. Tampoco puede admitirse que el seguro se contrató bajo un sistema “Sunset” pues no milita en el expediente evidencia que permita arribar a tal conclusión.

De otra parte huelga precisar que de ninguna manera podría aceptarse que el siniestro pueda consistir en la voluntaria aceptación por parte del Tomador, Asegurado o Beneficiario de una determinada responsabilidad, pues tal aproximación iría frontalmente en contra del artículo 1054 del Código de Comercio que prohíbe el aseguramiento de hechos meramente potestativos del tomador asegurado y beneficiario en conjunción con el artículo 1072 del mismo ordenamiento que define el siniestro como *“la realización del riesgo asegurado”*.

3. EL EVENTO RECLAMADO

Establecido como ha quedado que la modalidad de cobertura corresponde a la denominada *“claims made”*, corresponde al Tribunal establecer si los hechos en que se fundamenta el reclamo constituyen un siniestro a la luz del clausulado de la póliza.

Como se ha indicado líneas atrás, el seguro en cuestión cubre:

“a los funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y por los por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable y ampara “los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante Incluyendo pero no limitado a los siguientes amparos:

Acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición.

Responsabilidad Fiscal

Perjuicios causados a terceros.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

*Reclamos por acción social de responsabilidad
Costos del Proceso
Culpa Grave del Asegurado”*

De otra parte, en las condiciones particulares, se incorporó el clausulado “ACE Elite Servidores Públicos”, que a su turno define la reclamación como “*toda comunicación escrita, investigación, denuncia, queja, noticia, requerimiento, demanda, o cualquier trámite legal o administrativo interpuesto por una persona natural o jurídica en contra del Asegurado debido a un Acto Incorrecto del mismo*”. (Numeral 23.15)

La correcta interpretación de esas dos estipulaciones contractuales, en concordancia con la modalidad de aseguramiento pactada, lleva a la conclusión de que el siniestro corresponde al hecho de que, dentro de la vigencia de la póliza, que en este caso transcurrió entre el 4 de mayo de 2015 y el 4 de mayo de 2016, los asegurados hubieran recibido una cualquiera de las tipologías definidas como “reclamaciones”, derivadas de una actuación de estos que hubiera generado daño a un tercero, o a la entidad Tomadora, con el consecuente deber patrimonial de reparar.

Revisadas las pruebas allegadas al proceso, se advierte, en primer lugar, que los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no tuvieron como causa un reclamo directo presentado por esa Entidad, sino que el mismo obedeció a una revisión interna de la demandante que llevó a concluir la necesidad de realizar esos pagos. La prueba documental allegada al expediente, pone de presente que el documento emitido por la DIAN en relación con el tema del IVA, corresponde simplemente a una respuesta a una consulta formulada por la convocante⁸⁵, más no a un requerimiento o reclamo que ese Ente Fiscalizador hubiese formulado.

Posteriormente a ello, si bien se iniciaron las investigaciones internas del caso, no aparece acreditado dentro del acervo probatorio, que un tercero, o el propio Fondo Nacional del Ahorro, y la Contraloría en su defensa, hayan formulado a alguno de los asegurados, reclamo alguno

⁸⁵ Comunicación de 23 de marzo de 2016 remitida por la DIAN al FNA.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

proveniente de esa causa, dentro del periodo de vigencia de la póliza. En efecto, como se reconoce en el hecho 32 de la demanda, el 17 de julio de 2017, esto es, ya expirada la cobertura, se notificó al Grupo de Control Interno Disciplinario de la demandante los hallazgos administrativos de la Contraloría Delegada para la Gestión Pública, por razón de los pagos que dan origen al proceso, sin que se haya acreditado la existencia de una responsabilidad derivada de una actuación culposa del funcionario señalado por el Fondo, como causante de la pérdida alegada.

En lo tocante a la extensión de cobertura con término de 24 meses que alega el apoderado de la Convocante, no obra en el expediente evidencia alguna que permita aseverar que la misma fue solicitada, ni que la prima adicional que contempla la póliza como requisito para su otorgamiento haya sido pagada por la entidad tomadora. Vale la pena recalcar que las condiciones para que tal extensión operara se precisaron en la condición 7 del Condicionado General en los siguientes términos:

“El Periodo de reporte Extendido se otorgará previa solicitud de la Entidad Tomadora, si la póliza es terminada, revocada o no renovada por cualquier razón diferente al no pago de prima o al incumplimiento de alguna obligación a cargo del Asegurado bajo la póliza y siempre y cuando esta no sea reemplazada por otra póliza de la misma naturaleza tomada con esta o con otra Compañía de Seguros. La vigencia y la prima de este periodo serán las indicadas en la Carátula de la póliza y/o Condiciones Particulares.

Para ejercer el derecho que esta cláusula otorga los Asegurados deberán comunicar por escrito por el Asegurador su intención de contratar el Periodo de Reporte Extendido debiendo pagar la prima establecida en las Condiciones Particulares y/o en la Carátula de la póliza dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de revocación o no renovación de la póliza.

El límite de responsabilidad aplicable durante el Periodo de Reporte Extendido será el que continúe disponible a la expiración del último Periodo Contractual, no suponiendo de ninguna forma que el Periodo de reporte Extendido implique un reinstalamento del límite de responsabilidad.”

Se sigue de lo anterior, que no obra en el expediente prueba de que durante el periodo de vigencia de la póliza, alguno de los asegurados hubiese recibido reclamo por las alegadas pérdidas, lo cual lleva a concluir que no se configuró el siniestro amparado dentro de la vigencia y, en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

consecuencia, habrá de declararse probada la excepción denominada “*AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA NO. 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO*”, que por tener la virtualidad de enervar la totalidad de las pretensiones principales de la demanda, releva al Tribunal del deber de analizar y resolver los demás medios exceptivos propuestos por la convocada.

Estando entonces llamada al fracaso la totalidad de las pretensiones principales de la demanda, correspondería abordar el estudio de las pretensiones subsidiarias. Sin embargo, el contenido de estas se encamina a que el Tribunal analice la eficacia de una de las exclusiones pactadas en la póliza, estudio que sin embargo, por sustracción de materia, resulta innecesario pues en la medida en que se ha arribado a la conclusión de que no aparece acreditada la ocurrencia del siniestro que en este proceso se reclama, el estudio de las exclusiones de la póliza resulta inane.

4. LOS DICTÁMENES PERICIALES

Finalmente, considera conveniente el Tribunal efectuar una mención a los “dictámenes periciales” allegados por las partes, en la medida en que los mismos fueron reiteradamente invocados por ellas como soporte de sus alegaciones finales. Examinado el contenido de esas pruebas, se advierte que, en buena parte, las mismas incorporan análisis y conclusiones jurídicas elaboradas por quienes las suscriben, lo cual, como es bien sabido, no puede tener el alcance técnico que los apoderados pretendieron otorgarle a esos conceptos.

Baste recordar que la prueba pericial por su esencia recae sobre conocimientos científicos, técnicos o artísticos, ajenos a la ciencia del Juez, y no puede ser utilizada para sustentar interpretaciones jurídicas.

El Código General del Proceso prevé en el inciso tercero del artículo 226, que son inadmisibles los dictámenes periciales que versen sobre puntos de derecho, por lo cual es claro para el Tribunal que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

las consideraciones legales contenidas en cada uno de los documentos acá analizados, no podrán ser tenidas en cuenta con el alcance de prueba pericial que pretendieron otorgarle las partes.

5. COSTAS

El artículo 365 del CGP dispone en su numeral primero que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. A su turno, el numeral octavo de dicha norma, prevé que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Teniendo en cuenta que la parte convocante efectuó el pago de la totalidad de los honorarios y gastos de este Tribunal, incluyendo los que correspondían a la convocada, no habrá lugar a proferir condena en costas.

6. JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014, dispone que si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar al Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien hizo el juramento no demuestre los perjuicios.

Dos son los supuestos que prevé el artículo 206 antes citado para la aplicación de la sanción y ambos se dan necesariamente en el caso en el que el Juez entre a analizar los daños. El primer evento consiste en que, demostrado el detrimento, este exceda la suma estimada, mientras que el segundo, tienen lugar cuando no se acredita perjuicio alguno, lo que conlleva la denegación de las pretensiones condenatorias.

En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación, bien porque prueba menos de lo que pide o porque no acredita nada de su aspiración y, por ende, debe ser sancionado por formular demandas temerarias o altamente infundadas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

Sin embargo, no prevé la norma, como supuesto de sanción, el hecho de que las pretensiones de la demanda no prosperen por razones de fondo distintas a errores o excesos en la cuantificación del perjuicio, como ocurrió en este caso.

En efecto, si bien las pretensiones de la demanda no pueden prosperar por las razones expuestas con anterioridad, lo cierto es que ello no tiene como causa una falta de prueba del daño que tenga la virtualidad de configurar la hipótesis prevista en la norma.

En ese sentido, aunque el petitum de condena no está llamado a prosperar, no hay lugar a imponer sanción por la estimación efectuada, ya que, se reitera, esta solo procede en los casos en los que la decisión es consecuencia de que la parte, o bien no logra demostrar el daño que reclama, o bien demostrado es inferior al cuantificado.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las controversias surgidas entre **EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO** como convocante y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** como convocada, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y por habilitación expresa de las partes, con el voto unánime de sus integrantes,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de mérito denominada “*AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA N.º 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE*”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)**

COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO” propuesta por **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO: Negar la totalidad de las pretensiones principales de la demanda.

TERCERO: Abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: Abstenerse de proferir condena en costas.

QUINTO: Ordenar la expedición de copia auténtica de este Laudo Arbitral con destino a las partes y al Ministerio Público.

SEXTO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Esta providencia se notificó **en audiencia**.



ANTONIO PABÓN SANTANDER

Presidente



JORGE SANTOS BALLESTEROS

Árbitro

TRIBUNAL ARBITRAL DE
FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO
VS. MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.
(CASO 15891)



MARÍA DEL PILAR GALVIS

Árbitro



ESTEBAN PUYO POSADA

Secretario



Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ- SALA CIVIL

Referencia: Poder especial para interposición de Acción de Tutela de FONDO NACIONAL DEL AHORRO "CARLOS LLERAS RESTREPO" contra el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN, colombiana, mayor de edad, domiciliada y residiada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 45.467.296 expedida en Cartagena, actuando en calidad de **Presidente y Representante Legal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO CARLOS LLERAS RESTREPO**, entidad creada mediante Decreto Ley 3118 del 26 de diciembre de 1968, y transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado mediante la Ley 432 del 29 de enero de 1998, con domicilio en Bogotá D.C. e identificada con NIT. 899.999.284-4, según nombramiento efectuado por Decreto 2252 de fecha tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), calidad que acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, documento que se adjunta, confiero **PODER ESPECIAL**, amplio y suficiente a la Dra. **NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA**, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 43.209.931 de Medellín y tarjeta profesional 130.624 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en representación de la Entidad, instaure de nuevo acción de tutela contra el TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO conformado por los doctores ANTONIO PABÓN SANTANDER – Presidente -, MARIA DEL PILAR GALVIS SEGURA y JORGE SANTOS BALLESTEROS, para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO "CARLOS LLERAS RESTREPO" y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., por vía de hecho con motivo de la expedición del laudo arbitral de fecha diez (10) de julio de dos mil veinte (2020), por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda arbitral y se declaró probada la excepción denominada inexistencia de siniestro, considerando que en la acción impetrada anteriormente no hubo un pronunciamiento de fondo por la instancia correspondiente.

La apoderada queda facultada en los términos del artículo 77 del Código General del Proceso, y del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y en especial, para desistir, impugnar, sustituir, reasumir, conciliar y realizar cuanto estime pertinente para el éxito de este mandato

Cordialmente,

MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN
Presidente y Representante Legal
FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Acepto:

NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA
Apoderada Especial
FONDO NACIONAL DEL AHORRO
nbustamante@fna.gov.co

16

NOTARÍA DIECISEIS DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO, FIRMA Y HUELLA

Compareció:
MARIA CRISTINA LONDOÑO JUAN
Quien se identifico con: C.C. 45467296

Y declaro que la firma y la huella que aparecen en el mismo son suyas y que el contenido es cierto. De conformidad con el Art. 68 del decreto ley 968 de 1978.

Bogotá D.C. 24-Mar-2021
Siendo las 01:36 PM

JUANITA LALINDE GARCIA NOTARIA 16
(E) DE BOGOTA D.C.



[Handwritten signature in black ink]

[Handwritten signature in blue ink: "Cristina Londoño Juan"]

Se autoriza de conformidad con el artículo 12 del decreto 2148 de 1983 y procede con respecto a la Biometria como lo ordena el artículo 3° de la Resolución 6467 del 11 de junio de 2015 que autoriza la toma de firmas registradas o tomadas fuera del despacho sin que medie verificación contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil

SE AUTENTICA A RUEGO E INSISTENCIA DEL USUARIO

16

NOTARÍA DIECISEIS DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO, FIRMA Y HUELLA

Compareció:
NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA
Quien se identifico con: C.C. 43209931

Y declaro que la firma y la huella que aparecen en el mismo son suyas y que el contenido es cierto. De conformidad con el Art. 68 del decreto ley 968 de 1978.

Bogotá D.C. 24-Mar-2021
Siendo las 01:37 PM

JUANITA LALINDE GARCIA NOTARIA 16
(E) DE BOGOTA D.C.



[Handwritten signature in black ink]

[Handwritten signature in blue ink: "Natalia Bustamante Acosta"]

Se autoriza de conformidad con el artículo 12 del decreto 2148 de 1983 y procede con respecto a la Biometria como lo ordena el artículo 3° de la Resolución 6467 del 11 de junio de 2015 que autoriza la toma de firmas registradas o tomadas fuera del despacho sin que medie verificación contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil

SE AUTENTICA A RUEGO E INSISTENCIA DEL USUARIO

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.SALA CIVIL
E. S. D.

NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 43.209.931 de Medellín y tarjeta profesional 130.624 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderada Especial del **FONDO NACIONAL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”**, Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter Financiero de orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Entidad sometida al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, con N.I.T. No. 899999284-4, según poder conferido por su Presidente y representado legal, la Dra. **MARÍA CRISTINA LONDOÑO JUAN**, documento que se adjunta, respetuosamente interpongo **ACCIÓN DE TUTELA** contra el **TRIBUNAL ARBITRAL** conformado por los doctores **ANTONIO PABON SANTANDER** (Presidente), **MARÍA DEL PILAR GALVIS SEGURA** y **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, constituido para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”** (el “FNA”) y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.** (“MAPFRE”), por configurar varias causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales con motivo de la expedición del Laudo Arbitral de fecha 10 de julio de 2020, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda arbitral y se declaró probada la excepción denominada inexistencia de siniestro.

Con la expedición del mencionado Laudo Arbitral, como se demostrará en este trámite, el Tribunal de Arbitramento incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa (artículos 28 y 29 de la Constitución Política), y al acceso a la administración de justicia (artículo 228 de la Constitución Política) de los cuales es titular el **FNA**, **que tornan procedente** la acción de tutela contra providencias judiciales, con lo que se pretende se acceda a la siguiente o similar:

I.- PETICIÓN

Solicito respetuosamente que se tutelen los derechos invocados y, en consecuencia, se deje sin valor y efecto las decisiones contenidas en el Laudo Arbitral de fecha julio 10 de julio de 2020, al que se hace referencia en el siguiente acápite.

II.- HECHOS

A.- Hechos relativos a la demanda arbitral instaurada por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** contra **MAPFRE**:

1.- Los hechos que configuran la vulneración actual de los derechos fundamentales aquí invocados, se originaron en un proceso arbitral adelantado con motivo de la convocatoria que realizara el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (la parte “**Convocante**” del proceso arbitral) para resolver, **en derecho**, las diferencias surgidas con **MAPFRE** (la parte “**Convocada**” del proceso arbitral), en desarrollo del contrato de seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros instrumentado a través de la póliza No. 220215003850 frente al amparo o cobertura incluida en su sección IV, alusiva a la Responsabilidad de Servidores Públicos, y/o en la póliza de seguro de responsabilidad civil de directores y administradores No. 2201215003851, que la Demandada, *motu*

propio, decidió expedir unilateral e independientemente, proceso dentro del cual se profirió el diez 10 de julio de 2020, el Laudo Arbitral que puso fin a la controversia.

2.- En la Demanda Arbitral se consignaron las siguientes:

“PRETENSIONES

1.- Que se declare que frente al contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, sección IV responsabilidad civil directores y administradores y/o póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores No. 2201215003851, ocurrió y está amparado un siniestro que se concretó en la pérdida o afectación patrimonial sufrida por la Convocante, **FONDONACIONAL DEL AHORRO**, consistente en el pago de la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00)**, por concepto de sanciones e intereses moratorios, como consecuencia del error involuntario en que incurrieron los funcionarios del FNA al considerar que dicha entidad no estaba obligada al pago del impuesto del IVA para las vigencias 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 frente a actividades como arrendamientos, comisiones por intermediación en la colocación de servicios generales y honorarios.

2.- Que se declare que la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., incumplió el contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o el contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851, al haber objetado y/o haberse negado a pagar la indemnización reclamada.

3.- Que se declare que la razón expuesta por la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE SEGUROS S.A., para objetar o negarse al pago de la indemnización, consistente en indicar que el evento se encuentra excluido conforme a lo establecido en el numeral 3.14 de las condiciones generales de la póliza, resulta infundada toda vez que la misma ASEGURADORA consignó en su oferta a la licitación privada FNA-DA-PRIV-113-2015, así como en el texto de la póliza y/o en sus condiciones particulares, que “prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan” y que “en todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cual es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, **se aplicará aquella que determine el asegurado de acuerdo a su interpretación**”.

4.- Subsidiariamente, solicito que se declare que la cláusula 3.14 de las condiciones generales de la póliza de seguro de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentada en la póliza No. 2201215003851, es ineficaz por tratarse de una cláusula abusiva y que se encuentra en clara contravía con lo consignado en la oferta presentada por la Convocada a la licitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015 y las condiciones particulares de la póliza, consignadas en su carátula.

5.- Subsidiariamente, solicito se declare que la razón expuesta por la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., para objetar o negarse al pago de la indemnización, consistente en indicar que el evento se encuentra excluido conforme a lo establecido en el numeral 3.14 de las condiciones generales de la póliza, resulta infundada toda vez que los

intereses moratorios no son ni multa ni sanción, sino que corresponden a una indemnización de perjuicios como lo tiene considerado la jurisprudencia nacional.

6.- *Que se declare que la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., es responsable del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851.*

7.- *Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851.*

8.- *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00)** a título de indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión del incumplimiento del contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros, en su sección IV de responsabilidad civil directores y administradores, instrumentado a través de la póliza No. 2201215003850 y/o del contrato de seguro de responsabilidad civil directores y administradores instrumentado a través de la póliza No. 2201215003851 o la suma que resulte probada en el proceso.*

9.- *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, a reconocer y pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, conforme a lo establecido en el artículo 1080 del C. de Co., intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley sobre la suma indicada en la pretensión anterior, desde el día 23 de marzo de 2018 y hasta la fecha en que se verifique el pago.*

10.- *Que se condene a la Convocada, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA, a pagar a la Convocante, FONDO NACIONAL DEL AHORRO, las costas, agencias en derecho y gastos que demande o haya demandado para ella la conformación y adelantamiento de este Tribunal de Arbitramento”.*

3.- En la demanda se señalaron como hechos que fundamentaban las pretensiones, los siguientes:

“HECHOS:

A.- CORRESPONDIENTES A LA SITUACIÓN QUE SE PRESENTÓ AL INTERIOR DEL FNA Y QUE CONFIGURAN EL SINIESTRO.-

1.- *Dentro del proceso de cambio de Presidencia del FNA y atendiendo la obligatoriedad de revisión de los dictámenes del Revisor Fiscal, la*

Administración del FONDO, revisó los informes de dicho Revisor a los Estados Financieros de las vigencias 2012, 2013, 2014 (suscritos por el Dr. Cristóbal Uribe Castellanos, designado por la firma Amézquita & Cía. S.A., quien ostentaba para la época esa calidad), encontrando que en los mismos no se observó comentario y/o anotación referente al cumplimiento o incumplimiento por parte del FNA de la obligación de liquidar, presentar y pagar el Impuesto sobre las Ventas – IVA.

2.- Igualmente, se realizó la revisión a la calificación de la evaluación del área de control interno contable del FNA para las mismas vigencias, encontrando calificaciones de 4.55 (2012), 4.85 (2013) y 4.77 (2014), que en su rango de interpretación se califica como “Adecuado”, sin encontrarse anotaciones referentes a planes de acción o incumplimiento en materia de liquidación, presentación y pago del Impuesto sobre las Ventas – IVA.

3.- Estas dos circunstancias permitieron inferir un cumplimiento de todas las obligaciones tributarias.

4.- En el año 2015 dentro del proceso de preparación a la convergencia a Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), el FONDO realizó una revisión detallada de las obligaciones financieras, contables y tributarias de la Entidad, encontrando que bajo el amparo de lo establecido en el Marco Conceptual de las NIIF (constitución de pasivos); la NIIF 1 Adopción por primera vez; NIC 1 Presentación de Estados Financieros y NIC 37 Provisiones, Activos y Pasivos Contingentes y sin dejar de lado lo establecido en el Decreto Extraordinario 624 de 1989 (Estatuto Tributario), especialmente en el libro tercero, título V, artículo 476, la Entidad eventualmente era responsable de la liquidación, presentación y pago del Impuesto sobre las Ventas – IVA, situación contraria a la interpretación que los funcionarios responsables de la época, habían dado a la responsabilidad del FONDO en cuanto a que la entidad se encontraba exenta de este pago.

5.- Ante esta discrepancia, el FONDO decidió elevar la consulta ante su nueva Revisoría Fiscal - KPMG - y ante la DIAN respecto de su eventual u obligatoria responsabilidad en el pago del impuesto al valor agregado – IVA.

6.- La Revisora Fiscal KPMG, en concepto emitido el 5 de Noviembre de 2015, concluyó: “El Fondo está en la obligación de presentar sus declaraciones del impuesto sobre las ventas de manera bimestral incorporando la totalidad de los ingresos y clasificándolos en gravados, excluidos y no gravados.

Los ingresos por arrendamiento, comisiones por intermediación en la colocación de servicios generales y honorarios están gravados a la tarifa de IVA del 16%. Si la comisión es por la colocación de pólizas de seguros de vida, el ingreso será excluido de IVA.

Aunque la mayor parte de los ingresos del FNA (rendimientos financieros) son excluidos, tendrá que realizar el cálculo de proporcionalidad de que trata el artículo 490 del E.T., para establecer qué parte del IVA que les paga a sus proveedores por la compra de bienes y servicios debe ser tomada como impuesto descontable y cual como mayor valor del gasto.”

7.- Respecto de la sanción por no declarar KPMG conceptuó: “Así pues, el Estatuto Tributario consagra la sanción correspondiente al incumplimiento de

esta obligación, artículo 643, en el cual se define lo siguiente: **“Artículo 643. Sanción por no declarar.** La sanción por no declarar será equivalente: (...) 8.- En el caso de que la omisión se refiera a la declaración del impuesto sobre las ventas, al diez por ciento (10%) de las consignaciones bancarias o ingresos brutos de quien persiste en su incumplimiento, que determine la Administración por el periodo al cual corresponda la declaración no presentada, o al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos que figuren en la última declaración de ventas presentada, el que fuere superior”.

Como vemos en el numeral 2 del artículo se encuentra consagrada una sanción por no declarar correspondiente al 10% de los ingresos brutos del contribuyente que omitió la obligación de declarar el IVA; por lo tanto, se deberá liquidar la sanción sobre los ingresos brutos percibidos durante los periodos donde se ejecutaron las actividades gravadas.

No obstante lo anterior, el FNA si presenta la declaración de IVA de manera voluntaria, se le impondrá la sanción contemplada en el artículo 641 del E.T que establece que las personas o entidades obligadas a declarar, que presenten las declaraciones tributarias en forma extemporánea, deberán liquidar y pagar una sanción por cada mes o fracción de mes calendario de retardo, equivalente al cinco por ciento (5%) del total del impuesto a cargo objeto de la declaración tributaria, sin exceder del ciento por ciento (100%) del impuesto”.

9.- En virtud del mencionado concepto, se sostuvo reunión con el Director de la DIAN, doctor Santiago Rojas, y se elevó solicitud ante dicha Entidad para que se pronunciara sobre la obligatoriedad del FNA de declarar y pagar el IVA respecto de las operaciones (gravadas, exentas y excluidas). La DIAN manifestó, mediante concepto remitido en marzo 23 de 2016, que la responsabilidad del impuesto sobre las ventas se da por el carácter de las operaciones (gravadas, exentas o excluidas), más no por la naturaleza de la entidad, indicando taxativamente que la entidad sí es responsable del impuesto sobre las ventas sobre las operaciones que tengan el carácter anteriormente citado.

10.- Una vez conocidos los conceptos de la Revisoría Fiscal y la DIAN, el FNA procedió a (i) realizar la modificación en el RUT incluyendo tal responsabilidad y (ii) a practicar la liquidación de los impuestos y sanciones a su cargo de acuerdo con el siguiente detalle:

PERIODO	IMPUESTO	SANCIONES	INTERESES	TOTALES
TOTAL 2012	\$ 277.389.000	\$277.389.000	\$303.846.000	\$ 858.624.000
TOTAL 2013	\$ 393.625.000	\$ 393.625.000	\$ 313.486.000	\$1.100.736.000
TOTAL 2014	\$ 475.365.000	\$ 446.151.000	\$ 233.423.000	\$ 1.154.939.000
TOTAL 2015	\$ 477.585.000	\$ 210.019.000	\$ 96.936.000	\$ 784.540.000
TOTAL 2016	\$ 72.329.000	\$ 7.233.000	\$ 2.641.000	\$ 82.203.000
TOTALES	\$1.696.293.000	\$1.334.417.000	\$ 950.332.000	\$3.981.042.000

11.- En virtud de la anterior liquidación, el FNA procedió a realizar el pago de los impuestos y sanciones a su cargo en cuantía de **TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CUARENTA Y DOS MIL PESOS M/C (3.981.042.000.00)**, cancelando por concepto de sanciones e intereses la suma

de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00)**, discriminados así: a. Sanciones: **MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS M/CTE. (\$ 1.334.417.000.00.)** y b. Intereses: **NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS M/CTE. (\$ 950'332.000.00.)**.

12.- La causa eficiente del pago que el FNA tuvo que realizar a favor de la DIAN en cuantía de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00)**, discriminados así: a. Sanciones: **MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS M/CTE. (\$ 1.334.417.000.00.)** y b. Intereses: **NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS M/CTE. (\$ 950'332.000.00.)**, fue el error involuntario o negligencia del (los) funcionario (s) encargado (s) de liquidar y ordenar el pago en oportunidad del impuesto al valor agregado sobre los arrendamientos percibidos por el FNA.

B.-CORRESPONDIENTES AL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO ENTRE EL FNA Y MAPFRE, EL AVISO DE SINIESTRO Y LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR EL FONDO A LA ASEGURADORA.-

1.- **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, expidió, con base en el Slip de cotización diligenciado y presentado por el FNA a MAPFRE en abril de 2015 y la oferta presentada a la licitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015, la póliza de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, dentro de la cual se incluyó, a través del anexo 1, en el capítulo IV, la cobertura de responsabilidad civil directores y administradores, cuyo objeto es, según se consigna en la carátula de la póliza : “ Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad por decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante.”.

2.- Igualmente se consigna en la carátula de la póliza como tomador, asegurado y beneficiario al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, su vigencia se extiende del 4 de abril de 2015 al 4 de mayo de 2016 y su valor asegurado para el amparo de responsabilidad Civil Directores y Administradores es de \$12.000'000.000.00. toda y cada pérdida / reclamos y en el agregado, sin la aplicación de deducible y la modalidad de cobertura se estipuló por descubrimiento con retroactividad ilimitada.

3.- La póliza expedida por MAPFRE fue el resultado del proceso de selección FNA- DA-PRIV-113-2015.

4.- De acuerdo con el pliego de condiciones del mencionado proceso de selección o licitación privada, las ofertas que se presentaran debían incluir y/o aceptar:

a.- Que la cobertura de responsabilidad de Directores y Administradores debía extenderse a cubrir: “funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable”.

b.- Que el amparo se extendiera a “amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante. Incluyendo, **pero no limitado** a los siguientes amparos:

- Acción de repetición o llamamiento en garantía con fines de repetición.
- Responsabilidad fiscal.
- Perjuicios causados a terceros.
- Reclamos por acción social de responsabilidad.
- Costos del proceso.
- Culpa grave del asegurado...”

c.- Que la aseguradora “ACEPTA que las tasas y condiciones de cobertura otorgadas se sostendrán durante toda la vigencia técnica de la póliza, se aplicarán para las inclusiones que sea necesario efectuar y **para las prórrogas de la póliza que sea necesario efectuar, si FNA las requiere**”.

d.- Que “prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan” y que “en todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cual es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, **se aplicará aquella que determine el asegurado de acuerdo a su interpretación**”.

5.- MAPFRE, al haber sido su oferta la seleccionada y en cumplimiento a lo establecido en el pliego de condiciones de la licitación privada, incluyó las condiciones relacionadas en el hecho anterior dentro de las condiciones particulares de la póliza en su amparo de responsabilidad de Directores y Administradores, bajo el título “CLAUSULAS ADICIONALES OBLIGATORIAS PARA LA PÓLIZA”.

6.- A través del certificado No. 1 de la Póliza de Seguro de Infidelidad y Riesgos Financieros No. 2201215003850, MAPFRE “...DEJA CONSTANCIA DE LA INCLUSIÓN DE LA COBERTURA DE LA SECCIÓN IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES”, dicho anexo y cobertura inició su vigencia el 4 de mayo de 2015 y se extendió hasta el 4 de mayo de 2016.

7.- A pesar de haberse incluido, a través del certificado No. 1, en las coberturas de la póliza de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850 la correspondiente a la responsabilidad de directores y administradores, MAPFRE decidió expedir una póliza independiente para la cobertura de responsabilidad civil directores y administradores. Es así como a través de la póliza No. 2201215003851, cuya vigencia se extendía desde el 4 de mayo de 2015 hasta el 4 de mayo de 2016, otorgó la mencionada cobertura bajo los mismos parámetros, condiciones y términos en que se había hecho cuando se incluyó como sección IV en la póliza de infidelidad y riesgos financieros.

8.- De acuerdo con la definición del amparo de Directores y Administradores consignada en la póliza y que se acaba de transcribir en el hecho 12, el FNA consideró que el evento descrito anteriormente se encontraba cubierto por la Póliza de seguro, razón por la cual dio aviso del siniestro mediante comunicación de fecha noviembre 23 de 2016, aportando preliminarmente la documentación con la que contaba en ese momento y que, en su concepto, acreditaba la

ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida. En dicha comunicación y en cumplimiento de las previsiones que al respecto contiene la póliza, el FONDO solicitó a LA ASEGURADORA le presentara la lista de cinco (5) ajustadores para que aquél procediera a la selección del ajustador que se encargaría de determinar y acreditar el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1077 del C. de Co.

9.- En la comunicación de 23 de noviembre de 2016, por medio de la cual se dio aviso del siniestro, se indicó que la pérdida ascendía a la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS M/C (\$2.284.749.000.00)**, valor correspondiente a la suma cancelada por el FNA por concepto de intereses y sanciones en el pago de Impuesto al Valor Agregado IVA dejado de cancelar durante los años 2012 a 2016, producto de una interpretación errada e involuntaria de los funcionarios responsables de la época que consideraron que el FONDO no estaba obligado a pagar dicho impuesto.

10.- Dentro de los funcionarios que pudieron haber incurrido en esta omisión involuntaria está el señor RITO ADELMO TORRES GAMBOA, encargado del área tributaria del FNA y que está siendo investigado dentro de la indagación y/o procesodisciplinario que ya se adelanta.

11.- El 27 de Diciembre de 2016, MAPFRE emitió comunicación de “objeción” al aviso presentado por el FNA.

12.- En la citada comunicación, LA ASEGURADORA sustenta su objeción en (i) la ausencia de señalamiento de los empleados responsables por parte del FNA y (ii) a lo contemplado en el numeral 3.14 del clausulado general de la póliza, que se refiere a la exclusión de cobertura para las multas e intereses impuestos a la entidad.

13.- Con fecha 6 de febrero de 2017, el FNA radicó ante LA ASEGURADORA comunicación en que le manifiesta que (i) fue sorpresiva la decisión de “objeción” que emitió toda vez que, lo que hasta ese momento le estaba formulando apenas era un “aviso de siniestro” y (II) que se encontraba pendiente de la presentación de la lista de ajustadores para la selección de aquél que debía colaborarle en la labor de demostración de las obligaciones a que se refiere el artículo 1077 del C. de Co.

14.- LA ASEGURADORA guardó absoluto silencio frente a la comunicación del FONDO que se relaciona en el hecho anterior e incumplió la obligación que le imponía el contrato de seguro alusiva a la presentación de la lista de ajustadores al asegurado para que éste, seleccionara de ella aquél que le colaboraría en la demostración de la ocurrencia del siniestro, la cuantía de la pérdida y la afectación de la póliza.

15.- Ante el silencio de LA ASEGURADORA, el FONDO, con fecha 23 de febrero de 2018, radicó ante MAPFRE reclamación formal con motivo del siniestro del que fue objeto y que se concretó en la pérdida patrimonial por el error en que incurrieron sus funcionarios al considerar, equivocadamente, que la Entidad no era responsable del impuesto del IVA y manifestó su desacuerdo (i) con la aplicación de la exclusión 3.14 del clausulado general por considerar que constituye una cláusula abusiva, redactada por el asegurador, impuesta al asegurado y tendiente a dejar sin el amparo básico al FONDO frente a un caso

típico de cobertura a través de éste tipo de seguro; (ii) indicó el nombre del funcionario que se vinculó al proceso disciplinario iniciado por el FNA en calidad de presunto responsable y (iii) informó el estado en que se encontraba dicha investigación o proceso, aspectos a que se refería la objeción formulada por MAPFRE al “aviso de siniestro” radicado por la Convocante.

16.- Frente a esta reclamación MAPFRE guardó absoluto silencio.

17.- En torno a las razones expuestas por la Convocada al momento de formular su objeción al “aviso de siniestro”, en particular a la afirmación de que el evento está excluido conforme a lo establecido en la cláusula 3.14 del clausulado general de la póliza, dicho argumento desconoce:

a.- Lo que MAPFRE consignó en su oferta a la licitación privada FNA-DA-PRIV-113- 2015, así como en el texto de la póliza y/o en sus condiciones particulares, alusivo a que “prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan” y que “en todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cual es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, **se aplicará aquella que determine el asegurado de acuerdo a su interpretación**”.

b.- Que los intereses moratorios no son ni multa ni sanción, sino que corresponden a una indemnización de perjuicios como lo tiene considerado la jurisprudencia y doctrina nacionales en pronunciamientos como los contenidos en las sentencias: C-604/12 de la Corte Constitucional, Sentencia de la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2014, consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas, radicado interno 2184, número único 11001-03-06-000-2013- 00517-00, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio de fecha 14 de abril del 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214) y concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia No. 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006.

c.- Que la cláusula 3.14 de las condiciones generales de la póliza de responsabilidad de directores y administradores, instrumentada en la póliza No. 2201215003851, es ineficaz por tratarse de una cláusula abusiva al haber sido redactada por LA ASEGURADORA, contradecir por completo el texto de las condiciones particulares de la póliza e ir en contra de lo ofertado por MAPFRE en la licitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015 y que se reproduce en el literal a) de este hecho.

18.- En vista del silencio y posición asumida por LA ASEGURADORA, el FONDO, dando cumplimiento a lo establecido en las condiciones particulares de la póliza – Cláusula de solución alternativa de conflictos -, convocó audiencia prejudicial de conciliación ante el Centro de Conciliación para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación, con el ánimo de buscar una solución a la diferencia existente entre las partes.

19.- El Centro de Conciliación para Asuntos Civiles de la Procuraduría General de la Nación señaló la hora de las 8:30 A.M. del día 19 de abril de 2018 para llevar a cabola mencionada audiencia.

20.- Llegada la fecha, se celebró la anotada audiencia en la que LA ASEGURADORA manifestó que no le asistía ningún ánimo de conciliar la diferencia existente, razón por la que se expidió la correspondiente constancia de imposibilidad de acuerdo.

B.- DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA INICIADO AL INTERIOR DEL FONDO.-

1.- El Grupo de Control Interno Disciplinario del FONDO, el día 17 de julio del año 2017, fue notificado por parte la Contraloría Delegada para la Gestión Pública, de hallazgos administrativos con presunta incidencia disciplinaria, referentes a la evasión del impuesto a las ventas (IVA) durante los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, que llevaron al pago a la DIAN de las sumas detalladas anteriormente.

2.- Como consecuencia de lo anterior, mediante auto de fecha 28 de septiembre del 2017, proferido por el Jefe de la Oficina Jurídica – Control Disciplinario Interno del FNA, se dispuso apertura de Indagación Preliminar en AVERIGUACIÓN DE RESPONSABLES No. 150-2017.

3.- Durante la indagación preliminar se recaudó material probatorio que conllevó a que el día 01 de junio del 2018, se profiriera auto de apertura de Investigación Disciplinaria No. 150-2017 en contra del señor RITO ADELMO TORRES GAMBOA, quien ocupó el cargo de Jefe de la División de Contabilidad del FNA entre los años 2011 al 2015”.

4.- La Demandada (**MAPFRE**) contestó la demanda y propuso como excepciones las que a continuación se anotan. Se reliva que estos fueron los únicos medios Exceptivos esgrimidos:

4.1.- AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA No. 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO”:

4.2.- LA PERDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARÍA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLAUSULA DE EXCLUSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.14.

4.3.- LA PERDIDA QUE SE PRETENDE SEA INDEMNIZADA ESTARÍA EXCLUIDA DE CONFORMIDAD CON LAS CONDICIONES GENERALES DEL SEGURO EXPEDIDO POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN LA CLAUSULA DE EXCLUSIÓN CONTENIDA EN EL NUMERAL 3.16.

4.4.- PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 1081 DEL CODIGO DE COMERCIO.

Del mismo modo, formuló objeción al juramento estimatorio.

5.- De acuerdo con el texto de la cláusula compromisoria, la Demanda Arbitral se

presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien citó a las partes para la designación de los árbitros. Dicha designación recayó sobre los Doctores **ANTONIO PABON SANTANDER**, **MARIA DEL PILAR GALVIS SEGURA** y **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, quienes coincidieron en designar al primero de ellos como Presidente del Tribunal Arbitral.

B.- HECHOS RELATIVOS AL LAUDO DEL 10 DE JULIO DE 2020 MATERIA DE ESTA ACCIÓN DE TUTELA:

6.- Luego de evacuado todo el procedimiento previsto en la ley para este tipo de procesos, el Tribunal Arbitral profirió el 10 de julio de 2020 el Laudo Arbitral en el que declaró probada la excepción de inexistencia de siniestro, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas y de sancionar por el juramento estimatorio.

7.- El Laudo Arbitral señala como principales fundamentos de su decisión los siguientes:

7.1.- En la página 18 parte final, el Tribunal afirmó que lo propuesto en los alegatos acerca de que el amparo tenía una parte de RCE y otra de daños –seguro de manejo– no puede ser tenido en cuenta porque eso no se alegó a lo largo del proceso y se afectaría el derecho de defensa.

Este argumento es retomado y reafirmado en la página 59 del Laudo Arbitral cuando se consignó:

“Por último, se destaca que las nuevas apreciaciones introducidas por el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro en sus alegaciones conclusivas no pueden ser apreciadas por el Tribunal, pues se apartan diametralmente de los puntos en torno a los cuales se ha desarrollado el litigio, ya que ni en la demanda, ni en ninguna otra pieza procesal aportada por la convocante, se cuestionó la naturaleza del seguro cuya afectación se persigue. Todo lo contrario, el libelo es claro en expresar que las pretensiones se aducen “frente al contrato de seguro de infidelidad y riesgos financieros No. 2201215003850, sección IV responsabilidad civil directores y administradores (...)”.

“De suerte que, como se afirmo en precedencia, la tesis elucubrada en los alegatos de conclusión en virtud de la cual (...) resulta inadmisibles dada su intempestividad, y el hecho de estar en contradicción con el petitum que fija el marco de decisión del juzgador”.

7.2.- El Tribunal consideró que el amparo que pretendía afectar la parte Convocante, solamente opera bajo la modalidad de “reclamación”, siendo absolutamente imposible o, por lo menos, contrario a la ley el que pueda ser por “descubrimiento”. A esta conclusión se arriba luego de las consideraciones contenidas entre las páginas 18 y 44.

7.3.- En la parte final de la página 39 y en la 40, el Laudo Arbitral se refirió al seguro de manejo para indicar que es aquél que ampara las pérdidas sufridas con motivo de actos defraudatorios de quienes deben manejar dineros o recursos y afirmar que el mismo puede funcionar por “descubrimiento” y, de alguna manera, dejó entrever que frente a ese amparo que buscó el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, esto es, el que le permitiera protegerse contra los perjuicios derivados de los actos u omisiones involuntarias de sus empleados, ésta sería la modalidad bajo la que se contrataría, vale decir, la de “descubrimiento”.

7.4.- En la página 41 se reiteró que los seguros de manejo e infidelidad pueden ser contratados bajo la modalidad de descubrimiento.

7.5.- En la parte final de la página 44, se consignó el concepto de la jurisprudencia arbitral sobre el seguro de directores y administradores para definirlo como seguro de daños de la especie de los de responsabilidad civil, dentro de estos, de los de responsabilidad profesional.

7.6.- En las páginas 46 y 47 se describió el seguro de servidores públicos y se explicó quién es el asegurado en él y lo que se protege. Habla de la entidad como asegurada, pero, no la ve como que ella pueda resultar afectada en su patrimonio sino como causante, lo cual es un error porque precisamente le pretende quitar efecto vinculante a la segunda parte del amparo de la póliza. Se desconoció expresamente el texto del amparo consignado y otorgado por la demandada en la póliza.

7.7.- En la página 48 en su parte inicial, se indicó que no es la única posibilidad. La entidad también se protege contra los actos de sus propios empleados que le pueden causar perjuicio, que fue lo que ocurrió acá, pero no sólo porque con ellos se cause daño a un tercero que le reclama el perjuicio al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, sino que ésta misma puede resultar afectada por la acción u omisión de su empleado, tal y como se previó en el objeto del seguro.

En este sentido se afirmó:

“Es por ello que estas pólizas pueden incluir amparos para proteger a la propia entidad tomadora frente a ciertos eventos derivados de los reclamos contra sus administradores y no por ello pierden su naturaleza de pólizas de Responsabilidad Civil, como lo reconoce la doctrina:

“Las pólizas que se conocen en el mercado internacional corresponden fundamentalmente a un clausulado corporativo que es el de mayor utilización porque ampara a los administradores de una compañía o de un grupo de compañías respecto de las sumas que deben reconocer a los socios o a terceros productoras negligentes en que hayan incurrido pero, igualmente, le permite a la compañía obtener indemnización con respecto a las sumas que se haya visto obligada a pagar por los actos dañinos de sus administradores”.

*“En cuanto a la modalidad de cobertura, es de anotar que este tipo de pólizas operan invariablemente bajo la modalidad de Reclamación, pues se trata de riesgos que se ceden en reaseguro al mercado internacional y particularmente al de Londres, **ámbito en el que ésta es la única modalidad disponible**, como lo refiere la doctrina:*

*“(…) los seguros de servidores públicos son pólizas de responsabilidad civil estructuradas bajo la modalidad de reclamación, por cuanto **sólo así el mercado de reaseguros internacional da su respaldo**”.*

7.8.- En la página 52 se consignó lo que supuestamente dice y contiene la oferta de **MAPFRE**. Indicó que ella **modificó motu proprio y unilateralmente** los términos de la invitación, pues indicó que se eliminaba la modalidad de la póliza por descubrimiento para volverla “claims made” y se eliminaba también la retroactividad ilimitada. Circunstancia que hace inexistente cualquier siniestro que en la demanda se esté reclamando, toda vez que los impuestos que se dejaron de pagar y que provocaron las sanciones e intereses moratorios que se reclaman son de los años 2012, 2013, 2014,

2015 y 2016, anualidades la mayoría de ellas para las que no se encontraba vigente el seguro.

7.9.- En la página 53 se indicó que en la póliza se consignó lo mismo y se aporta a folio 160 lo que allí se afirma.

7.10.- En la página 54, luego de hacer un recuento de lo que presentó **MAPFRE** en su oferta y consignó en la póliza, y que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** no se percató ni al momento de estudiar la oferta ni de aceptar la póliza, que se había incluido en dichos documentos en clara contravía de lo consignado en el pliego y que constituía la intención de la parte y que la llevaba a contratar, se rechazó la pretensión de la demandante diciendo que, como se quiso contratar la póliza bajo la modalidad de “*descubrimiento*”, eso era abiertamente ilegal - *contra legem* - y no era admisible una disposición contractual en tales términos.

Afirmó el Tribunal:

*“Así las cosas, es inadmisibile el argumento expuesto por la parte convocante, según el cual, en atención a que en la carátula de la póliza se consignó que la modalidad delimitación temporal sería “por descubrimiento” y que, además, la misma aseveración fue incluida como requisito dentro del pliego de condiciones mínimas de la licitación que condujo a la expedición del seguro, **exigencia que, por demás, fue cumplida por la aseguradora convocada sin salvedad alguna, debe concluirse que el seguro se expidió bajo tal modalidad.** Y es que acoger tal tesis implicaría darle eficacia a una disposición contractual que es abiertamente contraria a la ley que gobierna el negocio jurídico típico que tuvo lugar, es contra legem y ello constituye motivo suficiente para descartar el argumento en análisis”.*

“Pero si se quiere ahondar en razones, a pesar de lo consignado en la carátula de la póliza y en la invitación privada por el Fondo Nacional del Ahorro, lo cierto es que un análisis sistemático de los documentos que integran el contrato de seguro celebrado, permite concluir que la modalidad en que se pactó el amparo de la Sección IV fue “por reclamación” o “claims made”. Así expresamente aparece en las condiciones particulares en las que se indica: “Retroactividad eliminada. La cobertura aplica en base a Claims Made” (folio 384).

7.11.- En la parte final de la página 55 y en la página 56 se indicó que el proceso de invitación fue completamente errado. La costumbre es expedir una póliza para la infidelidad y riesgos financieros, responsabilidad civil profesional y crimen por computador y, otra para la responsabilidad civil de los directores y administradores, el haberse pretendido que todo fuera en una sola póliza como lo hizo el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, es la única explicación para que se haya solicitado que la modalidad del seguro fuera por “*descubrimiento*”.

7.12.- En esa página 56, el Tribunal plasmó una afirmación que llama mucho la atención porque contraría por completo la jurisprudencia.

Indicó el tribunal:

“Sin embargo, en el caso puesto a consideración se observa que, en su invitación, el Fondo Nacional del Ahorro pretendió que todo el programa de seguros requerido fuera incluido en una sola póliza de Infidelidad y Riesgos Financieros con cuatro secciones lo cual puede explicar que tanto en el cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas como en las carátulas de las pólizas

finalmente expedidas, haya quedado consignada únicamente la modalidad de cobertura “por descubrimiento” (por oposición a ocurrencia) lo cual, como ya se dijo, no implica que la misma pueda ser aplicada a la Sección IV contratada, se itera, por ser una disposición ineficaz de cara al amparo allí otorgado. **Tampoco comparte el Tribunal la alegación del Ministerio Público referente a la prioridad de los pliegos sobre lo contratado**, pues debe recordarse que **el contrato de seguro contratado, no corresponde a uno de los contratos previstos y regulados en la ley 80 de 1993, ni a las reglas especiales de contratación que ese Estatuto contempla**”.

7.13.- En la misma página 56 en su parte final, se indicó:

*“Más aún, si se pretende indagar por la voluntad de los contratantes, es claro que la intención de las partes no era pactar un sistema que la ley no les permitía. En lo que hace a la oferente, esta cumplió con los requisitos de la invitación, **que no le era dable modificar**, pero, aclaró a través de las Condiciones Particulares y del Clausulado que adosó a su oferta, que la modalidad de cobertura para la Sección IV sería la de “Reclamación”. Ello fue sin duda aceptado por el Fondo pues, analizada la oferta por las áreas correspondientes, la misma no ofreció reparo y, por el contrario, fue elegida como ganadora”.*

7.14.- En la página 57 se hizo alusión a un amparo totalmente diferente, que no está en discusión y que, precisamente, reliva que lo que aquí se contrató fue por “descubrimiento” y no por “reclamación” en lo que respecta a la Responsabilidad Civil de los Directores y Administradores o Servidores Públicos del Fondo.

En efecto, allí el Tribunal de Arbitramento mencionó que:

*“En lo que al Fondo se refiere, trasluce que su intención tampoco era la de pretender un aseguramiento de la responsabilidad civil por el sistema de “descubrimiento” ni conscientemente proponer una cláusula ilegal. De hecho, y reviste ello particular relevancia, en el cuadro de Especificaciones Técnicas Mínimas, a folio 214, al hacer referencia a la Sección III, **correspondiente al otro seguro de Responsabilidad Civil que pretendía contratar**, pero esta vez para cubrir los perjuicios que la entidad llegase a causar **por su culpa profesional**, señaló:*

“1.4 Sección III RESPONSABILIDAD PROFESIONAL. Según texto NMA 2273/74

“(…) y es que ese Texto NMA 2273 precisamente corresponde al condicionado mas común de los seguros de responsabilidad Profesional de Entidades Financieras, y opera justamente bajo “claims Made” o por Reclamación, como lo ha precisado la doctrina: (…)”.

7.1.5.- El Tribunal encontró todo tipo de justificaciones para no aplicar el pliego y las condiciones técnicas mínimas y, a partir la página 58, expuso cómo no puede aceptarse que la póliza contemplaba ese amparo que protegía al **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** frente a los perjuicios sufridos con motivo de los actos u omisiones involuntarias de sus empleados y, para ello, indicó que un seguro de esas condiciones no puede contratarse por el sistema de “descubrimiento” y que no existe evidencia que se haya contratado por el sistema “sunset”.

El Tribunal afirmó:

“Sentadas las premisas anteriores y en simple gracia de discusión, valga referir que, aún de estudiarse el argumento referido en el párrafo que antecede, el resultado no sería otro que el de hallarlo infundado, pues contradice el texto de la carátula y de la póliza que incluye este amparo bajo el título “SECCION IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES”, y especifica además que se trata de un seguro de Responsabilidad Civil Servidores Públicos, sin que sea dable pensar que se trate de un seguro distinto al de responsabilidad civil, a mas de que en ninguno de los documentos que lo integran se evidencia referencia alguna que permita inferir lo propuesto por el apoderado del Fondo Nacional del Ahorro”.

“De otra parte y como quedó precisado anteriormente el hecho de que el Fondo Nacional del Ahorro apareciese como Asegurado y Beneficiario además de Tomador en nada afecta su naturaleza de seguro de responsabilidad civil, pues es claro, como se ha indicado, que la entidad tomadora tiene sin duda interés asegurable indirecto y concurrente en la contratación del seguro y que a consecuencia de ello, no es extraño que en este tipo de pólizas el otorgar ciertas coberturas a la propia entidad, para ampararla de las consecuencias adversas de los reclamos que se formulen en contra de sus directores y administradores”.

7.16.- En la página 59 se efectuó una afirmación por parte del Tribunal que, precisamente, respaldaría por completo las pretensiones de la demanda pero que, sin embargo, no produjo ningún efecto a la hora de tomar la decisión final.

El Tribunal adijo:

*“En tal virtud, nada tiene de exótico que el seguro de responsabilidad civil de servidores públicos otorgado por la aseguradora se hubiese extendido a “Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas”, pues ello tan solo implica que la póliza **no sólo ampara los daños que el director o administrador ocasione a terceros, sino aquellos que la entidad tenga que indemnizar a consecuencia de los errores de gestión de sus directores y administradores Y AUN LOS QUE ESTOS LE CAUSEN DE MODO DIRECTO A SU PATRIMONIO**, los cuales de suyo, por tratarse de recursos públicos, implican usualmente la iniciación de procesos de responsabilidad fiscal, no sólo contra el servidor público sino contra la propia entidad”.*

7.17.- El Tribunal confirmó que:

“aún de tratarse de un seguro patrimonial, distinto del de Responsabilidad Civil, pero resultante de actuaciones culposas de empleados, cuestión que, dicho sea de paso, no tiene parangón en la ley ni en la doctrina, ni en la práctica, es evidente que tal seguro tampoco podría operar por el sistema de descubrimiento, como pretende en su alegato el apoderado de la Convocante, pues, como ya se ha indicado, sólo los seguros de Manejo e Infidelidad y Riesgos Financieros pueden operar bajo tal sistema de cobertura, dado el tratamiento legal excepcional del que han sido objeto, el cual es exclusivo y no se extiende a otros seguros patrimoniales como pretende la actora”.

7.18.- A partir de las conclusiones anteriores a las que arribó el Tribunal, en la página 61 indicó:

“La correcta interpretación de esas dos estipulaciones contractuales, - refiriéndose a unas condiciones generales que no serían aplicables a la póliza por tener un clausulado especial que viene desde el pliego de condiciones de la licitación y se reprodujo como clausulado particular en la póliza -, en concordancia con la modalidad de aseguramiento pactada, lleva a la conclusión de que el siniestro corresponde al hecho de que, dentro de la vigencia de la póliza, que en este caso transcurrió entre el 4 de mayo de 2015 y el 4 de mayo de 2016, los asegurados hubieran recibido una cualquiera de las tipologías definidas como “reclamaciones”, derivadas de una actuación de estos que hubiera generado daño a un tercero, o a la entidad Tomadora, con el consecuente deber patrimonial de reparar”.

7.19.- Aseveró el Tribunal que:

“Revisadas las pruebas allegadas al proceso, se advierte, en primer lugar, que los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no tuvieron como causa un reclamo directo presentado por esa Entidad, sino que el mismo obedeció a una revisión interna de la demandante que llevó a concluir la necesidad de realizar esos pagos”.

7.20.- En la página 62 del laudo, el Tribunal afirmó que:

*“En lo tocante a la extensión de cobertura con término de 24 meses que alega el apoderado de la Convocante, no obra en el expediente evidencia alguna que permita aseverar que la misma fue solicitada, ni que la prima adicional que contempla la póliza como requisito para su otorgamiento haya sido pagada por la entidad tomadora. Vale la pena recalcar que las condiciones para que tal extensión operara **se precisaron en la condición 7 del Condicionado General** en los siguientes términos: (...)”.*

7.21.- Finalizó el Tribunal indicando en la parte final de la página 61 e inicio de la 62 del Laudo que :

*“Se sigue de lo anterior, que no obra en el expediente prueba de que durante el período de vigencia de la póliza, alguno de los asegurados hubiese recibido reclamo por las alegadas pérdidas, lo cual lleva a concluir que no se configuró el siniestro amparado dentro de la vigencia y, en consecuencia, habrá de declararse probada la excepción denominada **“AUSENCIA DE COBERTURA DE LA POLIZA No. 2201215003851 DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES EXPEDIDA POR MI REPRESENTADA MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. POR LA INEXISTENCIA DE SINIESTRO”**.*

7.22.- En síntesis, los pilares o soportes de la decisión proferida por el Tribunal Arbitral son los seis (6) siguientes:

A.- El tipo de seguro objeto de reclamación es de responsabilidad civil de servidores públicos y la activación de la cobertura es por reclamación.

B.- No puede considerarse que la modalidad pactada fuera por descubrimiento, pues tal sentido de la intención de las partes conduciría a un tipo de pacto *contra legem*, que no se admite en esta tipología de seguro.

C.- El texto mismo de los documentos contractuales conduce a entender que la modalidad pactada fue por reclamación.

D.- No prevalece el alcance del pliego de condiciones sobre los términos exactos del acuerdo entre las partes, como quiera que el tipo de contrato genitor de la disputa no se rige por la ley 80 de 1993.

E.- No se recibió una reclamación de terceros o víctimas durante la vigencia de la póliza (4-05-15 al 4-05-16).

F.- No se probó que se hubiera otorgado extensión de la cobertura de la póliza se hubiera pagado la prima de la misma.

Estas conclusiones, sin embargo, son fruto de graves y trascendentes errores, tal y como se demuestra en la presente acción de tutela, cometidos por el Tribunal Arbitral tanto a la hora de valorar las pruebas, como en el ejercicio de interpretación realizado sobre las normas que rigen el contrato de seguro, en la tipología de marras, y su verdadero alcance y consecuencia jurídica.

C. HECHOS RELATIVOS A LA ACCIÓN DE TUTELA PROMOVIDA POR EL FNA, Y LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

8. La Secretaria General del Fondo Nacional del Ahorro, Sandra Liliana Royo Blanco, obrando en virtud del Poder General conferido por la Representante Legal de la Entidad mediante escritura pública 222 de 2020 otorgada en la Notaría 16 del Círculo de Bogotá, con amplias facultades para *“otorgar poderes para las diligencias judiciales, extrajudiciales y administrativas a que hubiere lugar en defensa de los intereses de la Entidad”* y *“presentar directamente o a través de apoderados especiales demandas y/o denuncias penales cuando así lo requiera la defensa de los intereses de la Entidad”*, confirió poder especial al Dr. NORMAN ALBIN GARZÓN MORA, mayor y vecino de Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.340.261, abogado con la Tarjeta Profesional No. 53.771 del Consejo Superior de la Judicatura, para que en representación de la Entidad, instaurara acción de tutela contra el TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO conformado por los doctores ANTONIO PABON SANTANDER – Presidente -, MARIA DEL PILAR GALVIS SEGURA y JORGE SANTOS BALLESTEROS, para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO” y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., por vía de hecho con motivo de la expedición del laudo arbitral de fecha diez (10) de julio de dos mil veinte (2020), por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda arbitral y se declaró probada la excepción denominada inexistencia de siniestro.

9. El Fondo Nacional del Ahorro presentó, a través de su apoderado especial, acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento que resolvió las diferencias surgidas entre el FONDO y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. por las circunstancias vulneratorias de los derechos fundamentales descritas en los capítulos anteriores, misma que fue admitida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especializada en Restitución de Tierras, el 4 de diciembre 2020, correspondiéndole el número de radicación 11001220300020200192501, siendo el magistrado ponente el doctor Oscar Humberto Ramírez Cardona.

10. Tras surtirse los traslados para la contestación de la acción, la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá profirió providencia el 16 de

diciembre de 2020, en la que resolvió que la acción constitucional promovida por el FNA era improcedente por las siguientes razones:

- El hecho de que la decisión del Tribunal de arbitramento haya sido adversa al FNA, no convierte el asunto en uno de relevancia constitucional que deba ser resuelto por vía de tutela.
- No se vulneraron las garantías de acceso a la justicia y debido proceso, pues el FNA fue quien decidió que en caso de controversia, la misma se resolvería a través de un tribunal arbitral y, en el que convocó, estuvo representada por apoderado, pudo solicitar y practicar pruebas e interponer recursos.
- En torno al tema de la relevancia constitucional, considera, que no se advierte arbitrariedad o ilegalidad en el proceder del Tribunal, que las pruebas se valoraron apropiadamente y que las razones para haber rechazado el estudio del amparo mixto, estaban ajustadas por, según la Sala Civil, no haberse propuesto el argumento sino en los alegatos.
- Considera que sí se tuvo en cuenta el pliego de condiciones de la invitación privada y la póliza.
- Considera que la diferencia que plantea el FNA es un problema interpretación con el sistema de la póliza y lo establecido en la ley y que, en su parecer, la interpretación que hizo el tribunal arbitral no fue arbitraria.
- Que, en su concepto, no hay una doctrina probable declarada por Corte.
- Para finalizar, considera que no se agotó el requisito de la subsidiaridad en la medida en que se contaba con el recurso de revisión por serias deficiencias de motivación del laudo.

11. El 12 de enero de 2021, el FNA, por intermedio de su apoderado, radicó ante la Secretaría de la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, el escrito contentivo de la impugnación del fallo de tutela de primera instancia.

12. El 18 de enero de 2021, la Sala Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá concedió la impugnación y ordenó la remisión del expediente a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

13. El 24 de febrero de 2021, mediante providencia notificada por correo electrónico del 25 del mismo mes y año, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia en el que resolvió la impugnación señalando que “**no puede estudiar el amparo de fondo**, toda vez que el poder general otorgado por el FNA a la abogada Sandra Liliana Royo Blanco, no la habilita para cuestionar en su nombre la actuación adelantada por el Tribunal arbitral accionado mediante este mecanismo extraordinario de defensa.”, esto por considerar que el poder debía ser otorgado por el titular del derecho vulnerado o amenazado, que, por tratarse de persona jurídica, debía corresponder directamente a la representante legal del Fondo Nacional del Ahorro, y no a su apoderada general, salvo que dicho poder le otorgase facultades expresas de representar a la Entidad en acciones de tutela.

14. A pesar de fundamentar a lo largo de sus consideraciones que no era posible pronunciarse de fondo sobre el asunto debatido en sede de tutela, por considerar que el apoderado del FNA carecía de legitimidad en la causa, la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en la que sí se estudiaron material y sustancialmente los elementos fácticos y jurídicos de la acción de tutela impetrada por el FNA, dejando a la Entidad en una situación de indefinición e inseguridad jurídica, pues aún no se ha resuelto de fondo el asunto de manera definitiva.

15. Ante la contradicción del fallo, el 2 de marzo de 2021, el apoderado del FNA presentó escrito en el que solicitó aclaración del fallo, señalando lo siguiente:

(ii) *«por qué la decisión de la Sala Civil de la Corte, que se refiere a aspectos absolutamente procedimentales y no sustanciales, **en lugar de solicitar su corrección o aclaración si es que se advertía alguna clase de error de procedimiento, sentenció de fondo asunto sin que, en realidad de verdad, se abordara argumentación que provocó que, en segunda instancia, solicitara la intervención de la Corte**»;*

(iii) *«Si como bien lo advierte la Sala Civil de la Corte Suprema Justicia en la decisión cuya aclaración se solicita, la declaratoria de improcedencia obedece a un aspecto puramente procedimental, no advertido por el A quo, que hace “que esta Sala no pueda estudiar el amparo de fondo”, **por qué la decisión adoptada por esa Corporación es la de “CONFIRMAR LA SENTENCIA IMPUGNADA”**, cuando no hubo estudio ni análisis de dicha sentencia, de los argumentos que se propusieron en impugnación contra ella, ni el motivo de improcedencia fue, como ya se dijo, un aspecto advertido por el Tribunal A quo?»*

16. Mediante providencia del 12 de marzo de 2021, la Corte negó la solicitud de aclaración de la sentencia sobre la base de lo siguiente:

*Además, no se observa la presunta contradicción indiciada por el actor, toda vez que, si bien se dijo confirmar la providencia del a quo constitucional, en el numeral quinto se precisó lo siguiente: «se impone confirmar la sentencia controvertida, pero por las razones expuestas en precedencia». Dicho de otra forma, **el amparo decayó en virtud de la falta de legitimación de la apoderada general para interponer la acción de tutela, ya fuera a nombre propio o a través de apoderado, de manera que no era necesario incursionar en el fondo de la problemática dada la ausencia de legitimidad de la accionante.***

17. Considerando lo anterior, a la fecha no existe un pronunciamiento de fondo sobre los hechos y pretensiones relacionados con el laudo arbitral objeto de discusión, y sobre el que pueda recaer el efecto de cosa juzgada constitucional, pues a juicio de la Corte, el apoderado que presentó la acción de tutela carecía de legitimación en la causa por activa.

18. Debe resaltarse que la presente acción de tutela la impetru en calidad de apoderada especial del Fondo Nacional del Ahorro, titular de los derechos fundamentales sobre los cuáles se reclama amparo, según poder conferido directamente por su representante legal, la Dra. María Cristina Londoño Juan, según nombramiento efectuado por Decreto 2252 de fecha tres (3) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), calidad que acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

III. CAUSALES ESPECÍFICAS DE PROCEDENCIA Y VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El laudo atacado en la presente acción de tutela incurrió en las siguientes causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

- 1.- Defecto fáctico.
- 2.- Defecto sustantivo.
- 3.- Desconocimiento del precedente

Esto se fundamenta en los siguientes puntos:

1.- DEFECTO FÁCTICO POR OMISIÓN EN LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS Y CERCENAMIENTO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

El Tribunal Arbitral, al acometer la labor de inventariar y valorar las pruebas obrantes en el expediente, de manera irrazonable e injustificada, cercenó el alcance de varias de ellas y omitió por completo su valoración conjunta. Este yerro fáctico, por demás trascendente y de la mayor gravedad, lo condujo a no ver, a pesar de que estaban plenamente probados, los siguientes hechos:

- El amparo otorgado era mixto e incluía la posibilidad de reclamar por los daños incoados en la demanda bajo la modalidad de descubrimiento.
- Las exclusiones pactadas, y los demás términos de las “Condiciones Generales” no eran aplicables al amparo concretamente reclamado en la demanda.
- No es cierto que el argumento acerca del amparo mixto haya sido extemporáneo y solo haya surgido en los alegatos
- Estaba probada la extensión de la cobertura de la póliza.

Este defectuoso trabajo probatorio del Tribunal lo condujo a una “*aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal*”, lo que configura a las claras un defecto fáctico y una grave violación a los derechos fundamentales de mi mandante.

El señalado defecto se explica, al menos, con arreglo a las siguientes cinco (5) consideraciones:

1.1.- El amparo otorgado era mixto, siendo que los reclamos contenidos en la demanda se regían por el mecanismo del “descubrimiento”, según los términos expresos del acuerdo entre las partes. El Tribunal cercenó por completo el alcance probatorio del documento contentivo del pliego de condiciones, la oferta de MAPFRE y la póliza expedida.

El Tribunal Arbitral, so pretexto de una interpretación amoldada a la práctica usual del mundo del reaseguro, cercenó por completo el alcance probatorio de los documentos obrantes en el expediente, los del caso concreto, y que componen el verdadero acuerdo al que llegaron las partes, que debió haber regido la relación entre ellos, si el laudo atacado no lo hubiese eliminado de tajo. En concreto, hacemos referencia a las pruebas documentales que dan cuenta de aquello que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO pretendió contratar cuando decidió dar inicio al proceso de invitación o licitación privada FNA-DA-PRIV-113-2015, lo que la parte Convocada ofertó y lo que finalmente se contrató y consignó en la póliza.

Antes de pasar a analizar este aspecto, vale la pena recordar en torno al tema del reaseguro y de su práctica internacional que, en nuestro régimen legal, dicho contrato, como bien lo prevé la ley, no es un contrato en favor de tercero, de ahí que el tomador,

asegurado y/o beneficiario carezcan de acción contra el reasegurador, y que no sea oponible a estos. De manera que, mas allá de lo que pueda ser la práctica internacional del reaseguro, los términos y condiciones que pueda tener el que se celebró entre la Convocada y sus reaseguradores, no tienen por qué afectar y, mucho menos, aplicar a la relación contractual entre mi mandante y MAPFRE, la cual se rige, de manera exclusiva, por las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada, las cuales se plasmaron en su totalidad, como condiciones particulares del contrato, en la carátula de la póliza expedida por la anotada aseguradora.

Veamos detenidamente el asunto, en particular, en lo que tiene que ver con el seguro objeto de la controversia y que aparece en el numeral 1.5 de la cláusula 12 correspondiente a las “CONDICIONES TECNICAS MINIMAS” de la invitación a contratar FNA- DA-PRIV-113-2015:

“SECCION IV: RESPONSABILIDAD DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES”

Póliza de responsabilidad civil servidores públicos que cubra funcionarios e intereses patrimoniales del FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable.

Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante (...). (Negrilla fuera del texto original).

La primera parte de éste numeral 1.5. alude a la contratación de un típico seguro de responsabilidad civil. Efectivamente, alude a que se pretende contratar un seguro que cubra a los funcionarios e intereses patrimoniales del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** y por los que él llegue a ser responsable.

Aquí se reúnen todos los elementos del seguro de responsabilidad civil y, seguramente, aunque no significa una camisa de fuerza por así preverlo expresamente la ley, la operabilidad del amparo debe ser por el sistema “*claims made*” o de “*reclamación*”. Decimos que no constituye una camisa de fuerza pues, la ley (Ley 389 de 1997, art.4) expresamente indica que en el seguro de responsabilidad la cobertura “**podrá**” operar por “*reclamación*”, dando a entender que si las partes –tomador y asegurador– así lo acuerdan, pueden pactar el sistema que venía operando hasta el momento en que se introdujo esa reforma, esto es, el de “*descubrimiento*”, el de “*ocurrencia*” o cualquier otro.

No obstante, respecto de la segunda parte del numeral 1.5., no se predica la misma situación.

En efecto, allí claramente el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** le indica a sus invitados a la licitación que, además de pretender contratar una póliza de responsabilidad civil servidores públicos también requiere “**amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante**” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Este acápite tiene unos elementos absolutamente diferentes al primero, que claramente no corresponden a un seguro de responsabilidad civil de servidores

públicos, pues en primer lugar, el asegurado es el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, nunca el servidor público, condición *sine qua non* para el seguro de responsabilidad civil de servidores públicos; en segundo lugar, el interés amparado es el patrimonio de la entidad, el cual se puede ver perjudicado o disminuido producto de las decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas –para distinguirlo del seguro de infidelidad–, adoptadas, ejecutadas o inejecutadas por los servidores cuyos cargos se relacionan mas adelante.

El contenido expreso del documento, sin necesidad de ir más allá de su sola literalidad, claramente da cuenta de un amparo mixto o doble, es decir, que incluye no solo la cobertura típica de un seguro de responsabilidad civil, sino además otro diferenciado, con elementos propios, relativo a un seguro de daños patrimonial por conductas no dolosas de los funcionarios, según lo quiso y lo solicitó el propio **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, en los documentos que contienen los términos de la invitación a ofrecer, y que obran en el expediente.

En efecto, el segundo acápite del texto contenido en la documentación señalada, claramente da cuenta de un seguro de daños patrimonial que bien puede funcionar, como en éste caso se pactó, por “*descubrimiento*” y en el que no había por qué, como lo exige el Tribunal Arbitral, esperar la “*reclamación*” de un tercero y menos contra el servidor público pues, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, una vez conociera o descubriera que había sufrido una pérdida, podía avisarlo a la aseguradora para iniciar el proceso de reclamación y, de cumplirse todas las condiciones de amparo, afectar la póliza.

Esto es claro, diáfano. No admite discusión en la medida en que así está plasmado en el pliego contentivo de la invitación de la licitación privada FNA- DA-PRIV-113- 2015, y así debió haberlo visto el Tribunal Arbitral.

Tan cierto es lo anterior que es la misma Convocada quien consigna a la Convocante como tomadora, asegurada y beneficiaria del seguro. Este es un acto demostrativo del conocimiento y la conducta contractual de la Convocada. Si se tratara simplemente de un seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, con seguridad la Convocada jamás hubiera incluido a la actora como asegurada.

La Convocante conoció o descubrió que tenía una pérdida y estaba sufriendo un detrimento patrimonial así: **a)** En la fecha en que la DIAN expide y le notifica el concepto sobre la obligatoriedad de declarar y pagar el IVA sobre las operaciones (gravadas, exentas y excluidas), esto es, el 23 de abril de 2016 – dentro de la vigencia de la póliza –; **b)** En el momento en que efectúa la liquidación de los impuestos adeudados y los paga y; **c)** Cuando advierte que es una decisión de gestión del servidor no dolosa, ni fue con la intención de causar el daño ni con el fin de obtener un provecho para sí o para un tercero, y que se concreta en la omisión de solicitar en la misma forma en que lo hizo el señor Oswaldo Vallejo, sucesor en el cargo del Señor Rito Adelmo Torres, los conceptos necesarios para proteger los intereses del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**.

A partir de lo anterior, resulta necesario tener en cuenta que el aviso de siniestro presentado por la Convocante a la Convocada es de fecha 23 de noviembre de 2016 y la reclamación real es del 23 de febrero de 2018. Así la demandada haya decidido “*objetar*” el aviso de siniestro, si tenemos en cuenta que la “*reclamación*” judicial o extrajudicial, tiene el efecto de interrumpir la prescripción, esto significa que el término de 2 años volvió a arrancar su contabilización, en el mejor de los casos el 23 de noviembre de 2016 y vencía el 23 de noviembre de 2018.

Por lo anterior, y teniendo en consideración que la Demanda Arbitral fue presentada el 19 de noviembre de 2018 es de concluir que estamos ante un reclamo judicial, por la vía arbitral, válido y oportunamente incoado y efectuado por un hecho descubierto y ocurrido en vigencia de la póliza. Aquí es pertinente recordar, que la póliza prevé una retroactividad ilimitada, por lo que se cubren las pérdidas correspondientes a las vigencias anteriores a la póliza y a que se refiere el pago de los impuestos, sanciones e intereses moratorios reclamados. Este reclamo válido y oportuno, fue desechado por el Tribunal Arbitral, precisamente por alejarse totalmente del contenido demostrativo de los pliegos de condiciones y los términos de la invitación ofrecer. Los cercenó, sin más, por completo.

1.2.- La redacción atípica no es un criterio válido para restarle mérito demostrativo a los documentos.

Según se afirmó en líneas precedentes, contrario a lo que expresamente señala la invitación a ofrecer, el Tribunal Arbitral afirmó, de un lado, que la cobertura del tipo de amparo allí contenido no podía ser la de descubrimiento, ya que en el mercado internacional, el tipo de pólizas que permiten a la compañía obtener una indemnización por las sumas pagadas por los actos dañinos de sus administradores, son invariablemente de reclamación. Más aún, se niega el Tribunal a reconocer que allí se prevé, como posibilidad, que quien pueda resultar dañado en su patrimonio sea el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, a pesar de que sea este el tomador, beneficiario y asegurado. Es decir, el carácter atípico del tipo de protección solicitada, lo lleva a concluir que la documentación aportada no tiene el alcance que se desprende la literalidad de su texto.

En efecto, en la página 56 se indica que el proceso de invitación fue completamente errado pero, desconoce que ninguno de los oferentes, todos ellos expertos y conocedores como ninguno de la ciencia del seguro, rechazó los términos de referencia de la licitación, las condiciones técnicas mínimas, ninguno formuló observaciones y, mucho menos, se opuso a presentar oferta a un proceso “ilegal”. Indica que, como la costumbre es expedir una póliza para la infidelidad y riesgos financieros, responsabilidad civil profesional y crimen por computador y otra para la responsabilidad civil de los directores y administradores, el haberse pretendido que todo fuera en una sola póliza como lo hizo el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, es la única explicación para que se haya solicitado que la modalidad del seguro fuera por “descubrimiento”, pero le resta todo alcance a esta modalidad, aseverando que lo acostumbrado en el mercado es que estas pólizas sean por reclamación.

Con todo, esas explicaciones obedecen a criterios didácticos o técnicos pero, en ninguna parte aparece en la ley que esto esté prohibido y si no está prohibido, significa que está permitido, razón por la cual no debió restársele alcance al pacto entre las partes.

La conclusión probatoria del Tribunal está respaldada en una lectura sesgada de la documental, pues aun cuando la redacción de lo querido por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, pueda aparecer como impropia o anti técnico en el ámbito de los seguros, y aunque pretender la contratación de un seguro en esas condiciones también pueda encajar en estos calificativos, ello no resta alcance a que las partes hayan apuntalado su acuerdo hacia ese tipo de producto.

Si para **MAPFRE**, como lo alegó en el proceso, la existencia de una cobertura mixta y diferenciada resultaba ineficaz, ilegal, o anti técnica, dicha circunstancia debió haber

sido manifestada dentro del término denominado periodo de “observaciones” y que, conforme a ese pliego de condiciones de la licitación iba entre el 10 y el 14 de abril del 2015, para que explicadas las razones de tal irregularidad, los pliegos se corrigieran, modificaran o adicionaran y todos los invitados pudieran concursar en igualdad de condiciones presentando ofertas dentro de la posibilidad que las condiciones legales y de mercado se los permitía.

Sin embargo, y como quedó probado en el proceso por ausencia de “prueba en contrario”, siendo una clara negación indefinida, ninguno de los proponentes u oferentes invitados, formuló “observación” alguna al pliego, a esas condiciones técnicas mínimas y, en particular, a la contenida en el numeral 1.5. dentro o por fuera del aludido término.

Por el contrario, todas las invitadas presentaron sus propuestas ofreciendo cubrir los dos riesgos que se señalan en el numeral 1.5. de los formularios de calificación de las propuestas que se aportaron con la demanda y el dictamen pericial por parte de la Convocante, claramente se confirma lo anterior y también se demuestra que **MAPFRE** expidió la póliza que solemnizaba el contrato que se le había adjudicado, incluyendo ambos amparos. Se trata, pues, de hechos claramente probados en el proceso arbitral, que el Tribunal pasó enteramente por alto.

En la misma línea, cercenó el Tribunal el alcance de estos documentos, cuando no tuvo por probado que a la Convocada, en ese momento, no le pareció irregular o atípico que, aún tratándose de la parte relativa al seguro de responsabilidad civil, éste funcionara por el sistema de “descubrimiento”.

1.3.- Las especificaciones técnicas y la oferta de MAPFRE regulaban la totalidad de la relación entre las partes, de manera que las supuestas condiciones generales, desuyo, supletorias, no podían aplicar entre ellas.

El Tribunal, al acudir a las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, como argumento para negar la particularidad del amparo contenido en el acápite segundo del numeral 1.5, pasó enteramente por alto el contenido de la documental que consagró las especificaciones técnicas entre las partes, que regulaban la totalidad de la relación y que hacían innecesario e inaplicable, a ese amparo concreto, las condiciones generales de la póliza alegadas por la Convocada.

Dicho de otra manera, si no hubiera cercenado por completo el alcance de estas pruebas, necesariamente debía haberle dado efectividad a los términos expresos de las cláusulas mínimas de la invitación privada, que lo hubiesen llevado a una conclusión diametralmente opuesta a la obrante en el laudo: las exclusiones de las condiciones generales no eran aplicables.

En la página 52 del laudo, se consigna lo que supuestamente dice y contiene la oferta de MAPFRE e indica que ella modificó, *motu proprio*, los términos de la invitación pues, indicó que se eliminaba la modalidad de la póliza por descubrimiento para volverla “claims made” y se eliminaba también la retroactividad ilimitada, circunstancia que hace inexistente cualquier siniestro que en la demanda se esté reclamando, toda vez que los impuestos que se dejaron de pagar y que provocaron las sanciones e intereses moratorios que se reclaman, son de los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, anualidades, la mayoría de ellas, para las que no se encoentrabavigente el seguro.

Es decir, el Tribunal aplicó las exclusiones cuando ellas no eran pertinentes, pues el

contenido de los documentos propios de la etapa licitatoria, contrario a lo anotado, dejaban ver que el pacto de las partes se extendía al tipo de amparo reclamado, de manera diferenciada al de la póliza por responsabilidad de servidores que fue anexada por **MAPFRE**.

Veamos si las condiciones generales del seguro de responsabilidad civil para servidores públicos, dentro del cual aparece la exclusión 3.14, tienen o no operancia o aplicabilidad en el caso que nos ocupa.

Sea lo primero mencionar en torno a este tema que, las cláusulas o condiciones técnicas mínimas de la invitación privada No. FNA- DA-PRIV-113-2015, así como la propuesta presentada por la Convocada a dicho proceso licitatorio, consignaban:

“1. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS

NOTA: *El diligenciamiento del presente anexo **ES OBLIGATORIO**, de no hacerse se considerará que la propuesta NO CUMPLE. El proponente deberá marcar la casilla CUMPLE o no CUMPLE del cuadro correspondiente...*. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

En el numeral 1.5. de ese capítulo 1 de “**ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS**” y de la oferta de **MAPFRE**, se consigna:

“SECCIÓN IV: RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES.

Póliza de responsabilidad civil servidores públicos, que cubra funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable.

Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante.

*Incluyendo pero **no limitado a los siguientes amparos:** (...). (Negrilla fuera del texto original).*

En el numeral 6 de esas “**ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS**” y de la oferta de **MAPFRE**, también se consigna:

“MODALIDAD DE COBERTURA

Por descubrimiento con retroactividad ilimitada”.

En la cláusula 7.3 de esas “**ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS**” y de la oferta de **MAPFRE**, se estipula:

“CLAUSULAS ADICIONALES OBLIGATORIAS PARA LA POLIZA. (...) De igual manera prevalecerán los amparos, cláusulas o condiciones que otorguen coberturas sobre aquellos que las excluyan. En todo caso y ante cualquier discrepancia sobre cual es el amparo, cláusula o condición aplicable a un caso determinado, se aplicará aquella que determine el asegurado de

acuerdo a su interpretación". (Negrilla fuera del texto original).

Finalmente, en la cláusula 7.10 de las "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS" y de la oferta de **MAPFRE**, se acuerda:

"Extensión de cobertura, con término de 24 meses, con cobro adicional máximo del 50% de la prima anual ofrecida para este proceso.

Bajo esta cláusula queda expresamente acordado que la cobertura del seguro se extiende por el período de 24 meses, bajo las mismas condiciones pactadas dentro del presente proceso de contratación, para amparar las reclamaciones que se formulen con posterioridad al vencimiento de la vigencia de la póliza".

Como se puede observar y concluir, estas "ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS", regulaban la totalidad de la relación contractual entre las invitadas y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**. Situación que conllevó a que la Convocada y la Convocante lo consignaran como clausulado particular en el texto mismo de la póliza, cuyo alcance fue también cercenado por el Tribunal, y en la que dijeron amparar daños **causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante.**

Nótese, incluso, que los documentos en que la Convocada consigna esa modificación *motu proprio* a los términos iniciales del pliego, a la que le da alcance el Tribunal, no constituían documentos necesarios o indispensables de la oferta y que, además, no estaban concebidos como anexos obligatorios de la misma. En efecto, los términos de la invitación nunca exigieron que se acompañaran a la oferta ni (i) la carátula de la eventual póliza que se expediría de resultar cada oferente favorecido con la adjudicación; (ii) las condiciones generales de la póliza depositadas en la Superfinanciera y, mucho menos, (iii) un documento elaborado por la demandada en que eliminaba la modalidad de la póliza y la retroactividad ilimitada exigidas en el pliego.

Así las cosas, no había lugar a recurrir a las condiciones generales para aplicar la exclusión, como quiera que la cobertura mixta de la póliza, según el alcance expresado de las condiciones técnicas mínimas contenidas en la licitación, amparaban el riesgo pretendido en la modalidad de descubrimiento y con retroactividad ilimitada, siendo este el alcance específico del acuerdo entre las partes que no requería ser integrado o mermado a partir del clausulado de las condiciones generales.

1.4.- No es cierto que el argumento del amparo mixto fuese extemporáneo

El desarrollo del laudo y la exposición de las consideraciones del Tribunal arranca, en realidad, en la página 18, cuando en su parte final, dice que lo propuesto en los alegatos acerca de que el amparo tenía una parte de RCE y otra de daños –seguro de manejo–, no puede ser tenido en cuenta porque eso no se alegó a lo largo del proceso y se afectaría el derecho de defensa.

Eso es totalmente falso y denota que el Tribunal, o no leyó la totalidad del expediente y de los argumentos propuestos por **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, o simplemente no le merecieron la más mínima consideración pues, en primer lugar, es la misma invitación privada remitida por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** a las aseguradoras la que consigna lo que la entidad pretendía contratar, así como la oferta

de **MAPFRE** y de las demás invitadas las que contienen esa misma manifestación, como también la póliza que se expidió para solemnizar la adjudicación de ese contrato; en segundo lugar, éste tema sí fue objeto de discusión y manifestación por parte del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** a través del suscrito desde cuando se efectuó el pronunciamiento frente al dictamen pericial presentado por la Convocada.

Fue en ese preciso momento en que se indicó que tanto la Convocada como su perito abogado, desconocían el texto de la invitación, de la oferta y de la póliza, donde claramente aparecía que lo que se pretendía era (i) expedir una póliza que amparara la responsabilidad civil de los directores y administradores –léase servidores públicos del **FNA**– por los daños que se causaran a terceros pero, también (ii) un seguro que cubriera los perjuicios que sufriera el **FNA** producto de los actos negligentes u omisiones de esos servidores públicos por actos o circunstancias como las que allí se enumeran pero, no limitadas a esas conductas sino a cualquiera que tuviera la virtualidad de provocar perjuicio a la entidad.

Incluso, allí se le indicó al Tribunal que el perito contratado por la convocada había efectuado una manifestación que, a todas luces, implicaba un fraude pues, se afirmaba que la manifestación consignada en la oferta de **MAPFRE**, relativa a que se ofrecía un seguro de responsabilidad civil que operaba bajo la modalidad de “*descubrimiento*”, la cual según el perito y el apoderado era ilegal o irregular, sólo podía obedecer al deseo de que no se le excluyera del proceso licitatorio al ofertar un seguro bajo una modalidad distinta de aquella contemplada en los pliegos.

No es cierto, pues, que el argumento alusivo a la concesión por parte de la demandada de un amparo mixto, jamás se haya expuesto en el proceso y sólo haya sido hasta los alegatos de conclusión que se propusieron. Es preciso mencionar que la Convocada, cuando formuló su objeción a la reclamación, jamás propuso como argumento de esa negativa el que el seguro que se pretendía afectar fuera ilegal porque los seguros de responsabilidad sólo puedan contratarse bajo la modalidad de “*reclamación*”.

La prueba de esto se obtiene en los documentos acompañados con la Demanda Arbitral y que la Convocada nunca tachó de falsos. Allí se pueden observar claramente cuáles fueron los motivos por los cuales se consideró que no era procedente la indemnización solicitada y, entre ellos, no se cuenta el anteriormente mencionado; de manera que, la Demanda Arbitral no podía o tenía que encaminarse a discutir un argumento que, en primer lugar, se desconocía y, en segundo lugar, aludía a la existencia y validez misma del contrato celebrado y de todo el proceso de invitación privada que lo precedió.

Ni en vigencia de la póliza, ni dentro del término del que disponía la Convocada para demandar la nulidad del proceso de contratación o del seguro expedido en virtud de él, la pasiva efectuó manifestación alguna dirigida a cuestionar los términos del pliego de condiciones, las especificaciones técnicas mínimas y el texto mismo del contrato, como para que la demandante pudiera llegar a considerar necesario, en aras de sustentar su reclamación, explicar la naturaleza del contrato que celebró o las condiciones pactadas, menos cuando las mismas estaban reproducidas expresa y completamente en la carátula de la póliza a manera de condiciones particulares.

Solo fue hasta el momento en el que se dio Contestación de la Demanda Arbitral que la Convocada vino a manifestar que el seguro de responsabilidad civil debía operar bajo la modalidad de “*reclamación*”, desconociendo con ello las especificaciones técnicas mínimas de la invitación privada, la oferta o propuesta presentada por ella, así como la

póliza que expidió. Adicionalmente, en ese preciso momento en que la Convocante le indicó en repetidas oportunidades a lo largo de su escrito, que lo contratado había sido no sólo la parte propia del seguro de responsabilidad civil, esto es, *“Póliza de responsabilidad civil servidores públicos, que cubra funcionarios e intereses patrimoniales de FNA y aquellos por los cuales sea o llegare a ser legalmente responsable”*; sino también la alusiva a *“Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante”*.

Observándolo con detenimiento, en ninguna parte la Convocada manifestó que, dentro de su póliza, y contraviniendo los términos de referencia de la invitación privada, de su oferta y del clausulado que incluyó en su póliza como condicionado particular, se hubiera reversado la retroactividad ilimitada y que el amparo de la sección IV quedara contratado bajo la modalidad de *“reclamación”*.

Eso sí fue intempestivo, imposible de refutar en ejercicio del derecho de defensa para la Convocante, por haberse alegado única, exclusiva y finalmente en los alegatos de conclusión y recogido por el Tribunal de Arbitramento en el laudo controvertido por medio de la presente acción de tutela.

La Convocante también puso de presente la situación y planteó el argumento del amparo mixto cuando se pronunció frente al dictamen pericial presentado por la Convocada a través del abogado – perito José Fernando Torres. Fue al pronunciarse frente a lo afirmado en la página 21 y, posteriormente, cuando se realizó el pronunciamiento frente a la respuesta dada a la pregunta: *“indique si los hechos descritos precedentemente tienen o no la virtud o capacidad de afectar la póliza”*, cuando se indicó que nos encontrábamos frente a un amparo de carácter mixto. De manera que, no puede afirmarse que dicho argumento fue intempestivo y que frente a él no puede haber pronunciamiento si es que su fundamento y prueba se encuentra en el documento obrante como prueba del contrato de seguro y en aquellos que dieron pie a su nacimiento a la vida jurídica.

El argumento, pues, estuvo presente durante todo el debate probatorio y se desprendía, además, directamente de varios de los documentos que fueron enteramente pasados por alto por el Tribunal. El argumento de la naturaleza mixta del amparo debió haber sido considerado en su integridad pues hubiera apoyado la conclusión que tantas veces ha sido señalada a lo largo de esta tutela, y es que efectivamente se pactó un amparo diferenciado, claramente delineado en los pliegos de condiciones y reproducido en la oferta de **MAPFRE**, y en la póliza que expidió.

1.5.- Estaba probada la extensión del amparo

Como se vio en los fundamentos esbozados por el Tribunal de Arbitramento para sustentar su decisión (numeral 7.20. de acápite anterior) aquél considera que no se probó que el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** hubiera solicitado la extensión de la cobertura, que **MAPFRE** se la hubiera otorgado y que la entidad Convocante hubiera pagado la prima prevista para ello en un 50%.

Lo anterior desconoce las pruebas decretadas y que obran en el proceso y, en particular, la que consta en la hoja 3 del certificado 1, correspondiente sólo a la sección IV de la *“RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES”*, en la que la Convocada consignó: *“Bajo esta cláusula, **queda expresamente acordado que***

la cobertura del seguro se extiende por el período de 24 meses, bajo las mismas condiciones pactadas dentro del presente proceso de contratación, para amparar las reclamaciones que se formulen con posterioridad al vencimiento de la vigencia de la póliza” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

No había necesidad de las pruebas señaladas por el Tribunal de Arbitramento toda vez que fue la misma Convocada quien consignó en su póliza, expresamente, y con ello confesó que otorgó la extensión de la cobertura. Además, si la prima no se había pagado, a quien correspondía demostrar dicha circunstancia era a MAPFRE en la medida que la afirmación indefinida de la Convocante en torno a haberlo hecho, le invertía la carga de la prueba. Igualmente, si la prima no se hubiera cancelado, a voces del artículo 1068 del C. de Co., el contrato de seguro hubiera terminado automáticamente, circunstancia que jamás se alegó por la aseguradora.

2. DEFECTO SUSTANTIVO POR APLICACIÓN DE UNA PROHIBICIÓN INEXISTENTE EN LA LEY Y POR INAPLICACIÓN INJUSTIFICADA DEL ART. 1047 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El defecto sustancial se entiende como aquel que *“opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto”*¹. *“Este vicio se configura siempre que la providencia impugnada se funde en disposiciones ajenas al supuesto fáctico del caso concreto o en una indebida interpretación de las mismas”*².

Esto ocurre en el presente caso, pues el Tribunal, como regla de fondo para fundamentar el sentido de la decisión, concluyó que lo que calificó como un típico seguro de responsabilidad para servidores y administradores, no obstante el claro sentido del acuerdo entre las partes según el pliego, la oferta y la póliza, no puede ser nunca pactado en la modalidad de “descubrimiento”.

No sólo fundó su decisión en la práctica comercial del mercado de reaseguros, aseverando que allí este tipo de póliza siempre se otorga por reclamación, sino que fue más lejos e incluso decretó, sin respaldo legal, que por virtud del art. 1131 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, tal sería un pacto ilegal, *contra legem*, no válido.

Huelga recordar en torno al tema del reaseguro y de su práctica internacional que, en nuestro régimen legal – artículo 1134 del C. de Co. -, dicho contrato no es en favor de tercero, de ahí que el tomador, asegurado y/o beneficiario carezcan de acción contra el reasegurador, y que no sea oponible a estos. De manera que, más allá de lo que pueda ser la práctica internacional del reaseguro, los términos y condiciones que pueda tener el que se celebró entre la Convocada y sus reaseguradores, no tienen por qué afectar y, mucho menos, aplicar a la relación contractual entre mi mandante y MAPFRE, la cual se rige, de manera exclusiva, por las condiciones técnicas mínimas de la invitación privada, las cuales se plasmaron en su totalidad, como condiciones particulares del contrato, en la carátula de la póliza expedida por la anotada aseguradora. Y lo que es más importante, el reasegurador sigue la suerte del asegurador.

1 Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 Sentencias T-016-2006, T-020-2006, T-144-2006, S.V. T-212-2006, T-247-2006, T-284-2006, T-302-2006, T-332-2006, T-683-2006, T-697-2006, T-731-2006, T-808-2006, T-812-2006, T-840-2006, T-842-2006, T-865-2006, T-061-2007, T-082-2007, T-106-2007, T-115-2007, T-117-2007, T-118-2007, T-120-2007, T-146-2007, T-147-2007, T-162-2007, T-231-2007, T-358-2007, T-458-2007, T-563-2007, T-589-2007, T-661-2007- Sentencia T-781/11.

Lo anterior va en expresa contravía de reciente y reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que admite sin dificultad la posibilidad de pactar la modalidad de descubrimiento, pero más grave aún, va en contra del expreso sentido literal de la norma, que no es prohibitiva, sino facultativa, dejando sin respaldo alguno la conclusión del Tribunal.

Este yerro, como el que más, resulta violatorio del derecho fundamental al debido proceso y la igualdad de mi poderdante, pues no tiene porqué someterse a prohibiciones legales inexistentes, máxime cuando el pacto que acordó es un ejercicio de autonomía válido, que de haber sido planteado ante otro fallador, respetuoso de la jurisprudencia en la materia, seguramente, y con razón, habría sido reconocido.

Lo anterior encuentra fundamento, al menos, en los siguientes tres (3) puntos:

2.1.- La modalidad por descubrimiento en el seguro de directores y administradores ha sido expresamente reconocida como válida por la Sala de Casación Civil

De manera diametralmente opuesta a lo que concluye el Tribunal, en reciente sentencia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia acepta que la modalidad de descubrimiento es perfectamente compatible con el amparo señalado (Casación Civil- Sentencia SC130-2018 del 12 de febrero de 2018, rad. 11001-31-03-031-2002-01133-01) :

“Empero, como ha tenido ocasión de puntualizar esta Corte³, tal cobertura temporal, inicialmente concebida en el derecho asegurador con base en la fecha de ocurrencia del hecho o de la pérdida (losses occurrence), ha mutado por la necesidad de ajustar este contrato al dinamismo propio de los negocios modernos, y puede ser modificada por las partes para ser por las denominadas «reclamaciones hechas» o por reclamaciones que se hagan durante la vigencia pactada (claims made), acorde con el citado artículo 4 de la ley 389 de 1997, que dispuso:

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

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años. (Se resaltó).

Se autorizaron, por ende, estas modalidades de seguro de responsabilidad por reclamación:

a) *En las hipótesis previstas en el inciso primero, puede acordarse en el seguro de manejo y riesgos financieros, **y en el de responsabilidad, que se limite a las pérdidas que se descubran durante el periodo de vigencia del seguro, o a las reclamaciones hechas por el damnificado al asegurado o al***

³ Entre otras, SC 18 dic. 2013, Exp. 1100131030412000-01098-01; SC10300- 2017, Rad. n° 76001-31-03-001-2001-00192-01.

asegurador en el mismo término, **con independencia de que los hechos, entendidos como aquellos que configuran el siniestro, hubiesen ocurrido antes de iniciarse dicha vigencia.**

Cabe insistir, por tanto, que para estos primeros eventos, los hechos pueden haber ocurrido antes de iniciarse el negocio de salvaguarda o durante este, porque en últimas importa es que la pérdida se descubra, o la reclamación se haga, durante la vigencia del mismo.”

[...]

Esas formas nuevas de determinación temporal fueron justificadas en el Congreso de la República, en la necesidad de modernizar las normas originarias:

«6. Modernización de las normas para ciertas coberturas de riesgos.

Se propone una nueva norma en el artículo 4º con el propósito de actualizar la legislación colombiana y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros para la cobertura de los seguros de manejo y de responsabilidad civil.

Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

Con lo anterior, el sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos en favor de los asegurados, atendiendo necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

Se contempla, por último, la posibilidad para que el gobierno nacional haga aplicable estas disposiciones a otros ramos que, de acuerdo con la evolución de los mercados, requieran este tratamiento específico»⁴. (Resaltado no es del texto original).

[...]

De ahí que a más de la configuración del siniestro o realización del riesgo asegurado (art. 1072 del C.Co.), que en el seguro de responsabilidad tiene una regla especial (art. 1131 id.), lo cierto es que cuando se ha pactado la forma de reclamación hecha (claim made), es menester el descubrimiento de la pérdida o el reclamo del perjudicado al asegurado o al asegurador, en el término de vigencia de la póliza que se hubiese acordado, o en el plazo posterior convenido.”

Esta postura ha sido sostenida además de la sentencia citada, en las SC 18 dic. 2013, Exp. 1100131030412000-01098-01; SC10300-2017, Rad. n° 76001-31-03-001-2001-00192-01, y otras, constituyendo sin duda doctrina probable y por lo tanto de aplicación obligatoria, según las voces del artículo 4 de la ley 169 de 1886. Como es bien

⁴ Gaceta del Congreso N° 593, Senado de la República, jueves 12 de diciembre de 1996, pág. 2.

conocido, según el artículo 7 del Código General del Proceso, el fallador solo puede apartarse de la doctrina probable estando obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, cuestión que ni por asomo, hizo el Tribunal en el presente asunto.

Así las cosas, no solo desconoció abiertamente la jurisprudencia el Tribunal Arbitral, sino que además, queda demostrado que utilizó una norma inexistente en el ordenamiento jurídico patrio para fundamentar su decisión y desconocer el verdadero alcance del pacto entre las partes. Se configura, sin duda, el defecto sustantivo, pues no solo aplicó una norma evidentemente inaplicable al caso, sino más grave aún, aplicó una norma de tipo prohibitivo que no existe en el ordenamiento. Falló con base en su capricho, y no con fundamento en las normas vigentes.

2.2.- La ley no prohíbe que el amparo pretendido se otorgue bajo la modalidad de descubrimiento

En la parte final de la página 39 y en la 40, el Laudo Arbitral se refiere al seguro de manejo para indicar que es aquél que ampara las pérdidas sufridas con motivo de actos defraudatorios de quienes deben manejar dineros o recursos y afirma que el mismo puede funcionar por “descubrimiento” y, de alguna manera, deja entrever que frente a ese amparo que buscó el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, esto es, el que le permitiera protegerse contra los perjuicios derivados de los actos u omisiones involuntarias de sus empleados, ésta sería la modalidad bajo la que se contrataría, esto es, la de “descubrimiento”.

Sin embargo, en abierta contradicción, luego rechaza las pretensiones diciendo que, como se quiso contratar la póliza bajo la modalidad de “descubrimiento”, eso era abiertamente ilegal, *contra legem*, y no era admisible una disposición contractual en tales términos. En efecto, en la medida en que el Tribunal –por un claro defecto fáctico– entiende que se trata de un seguro de responsabilidad típico de administradores y servidores, aplica el artículo 1131 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, en cuanto esa modalidad de seguro solo admite amparo por reclamación, por ocurrencia o sunset. De allí concluye, entonces, que pactar la modalidad por descubrimiento, como lo hicieron las partes, sería *contra legem*.

Sin embargo, surge el obligatorio interrogante alusivo a, por qué no se solicitó como excepción o por vía de reconvenición que se declarara la nulidad del contrato? No era, acaso, esa la consecuencia de celebrar un contrato en contra de lo dispuesto en la ley? Dónde queda la posibilidad para el asegurador de asumir los riesgos a su arbitrio – artículo 1056 del C. de Co. - y que la aseguradora es la profesional en la materia? Dónde queda que debió hacerse la manifestación en el período de observaciones del proceso de licitación o invitación privada?

Y es que, contrario a lo que concluye el Tribunal, por muy exótico que a los señores árbitros les parezca contratar un seguro que ampare los perjuicios que pueda sufrir el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** con motivo de los actos u omisiones involuntarias de sus servidores por la modalidad de “descubrimiento”, no quiere decir que esté prohibido. Incluso recuérdese que el término que utiliza la ley 389 de 1996 refiriéndose a éste tipo de seguro de responsabilidad civil es que “podrá” contratarse por “reclamación”, sin decir en ningún momento que no se pueda utilizar la de “descubrimiento”.

En efecto, el texto de la mencionada norma, es del siguiente tenor:

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

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

No es de recibo que el Tribunal, por una lectura ajena al verdadero pacto acordado entre las partes, y por su sola apreciación del tipo de seguro pactado, cree una prohibición que no se desprende de la norma, y le dé un alcance restrictivo que ellano tiene. Se trata de un yerro interpretativo que conduce, sin fundamento, a desconocer la legalidad del pacto acordado entre las partes, pues siendo válido y estando dentro los límites de todo ejercicio normal de autonomía privada, por utilizar una prohibición legalmente inexistente, interpreta el acuerdo de las partes como imposible, sin tener ello respaldo en las normas que invoca.

El artículo 1056 del Código de Comercio dispone: **“Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”.**

Lo anterior no quiere decir nada distinto a que, si el asegurador considera que por criterios técnicos o legales, no resulta procedente o conveniente para él asumir un riesgo o expedir una póliza como se lo solicita el tomador, libremente y sin que nada se lo impida, puede abstenerse de celebrar el contrato de seguro que le proponen.

No obstante, si da su consentimiento, necesariamente queda vinculado por esas disposiciones. En nuestro caso, si la Convocada consideraba que la modalidad de cobertura propuesta no era factible, o era ilegal, que no se podía otorgar la retroactividad ilimitada, en fin, todos los supuestos defectos que le enrostra a la póliza o lo que quiso u ofreció contratar el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, lo que debió fue retraerse de participar en el proceso de invitación. No estaba obligado a intervenir en él y, en todo caso, si le interesaba participar, pero no estaba de acuerdo con las condiciones propuestas o consideraba que las mismas eran ilegales o técnicamente improcedentes, lo que debió hacer fue formular “*observaciones*” al pliego de condiciones dentro del término que la invitación tenía previsto para el efecto. Ello debió haber sido apreciado por el Tribunal en toda su extensión, antes de tildar de ilegal o *contra legem*, el verdadero sentido del acuerdo alcanzado entre las partes.

2.2.- Desconocimiento del artículo 1047 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley 389 de 1997. El clausulado general no podía prevalecer sobre los términos de la invitación a ofrecer.

El Tribunal Arbitral, al dejar de aplicar los términos del acuerdo entre las partes, según estos estaban consignados en el pliego, la oferta y la póliza, y al acudir a las condiciones generales para descartar la modalidad de descubrimiento verdaderamente pactada, violó de manera evidente las normas sustanciales llamadas a regir la controversia, pues desconoció flagrantemente el artículo 1047 del Código de Comercio, que solo autoriza a acudir a dichas condiciones generales ante la falta de acuerdo expreso entre las partes.

En varias ocasiones, el Tribunal aduce que el verdadero contenido de la oferta de **MAPFRE** debe extraerse de la modificación *motu proprio* que realizó, al anexar una póliza contradictoria con la requerida en los pliegos y su oferta, puntualmente, por ser la segunda, contenida en una póliza cuya proforma reposa en la Superintendencia Financiera, una modalidad opuesta donde el amparo es frente a terceros, por reclamación y sin retroactividad ilimitada.

En la misma línea, durante el proceso, el apoderado de la Convocada y su perito en su “Informe”, citan y aluden en repetidas oportunidades a la Ley 389 de 1997 para referirse a que el seguro de responsabilidad “puede” contratarse también bajo la modalidad de “reclamación”. Sin embargo, olvidan deliberadamente el contenido del artículo 2 de la misma Ley que modificó el parágrafo del artículo 1047 del Código de Comercio y que expresamente dispone: “En los casos en que **no aparezca expresamente acordadas**, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo”.

A todas luces, esta disposición resulta iluminante y determinante de cara a la acción de tutela que nos ocupa, pues ella se encarga de establecer el carácter supletivo que tienen las denominadas “condiciones generales” en aquellos casos en que “**no aparezcan expresamente acordadas**” y consignadas en la carátula de la póliza las condiciones del contrato.

En nuestro caso, se encuentra probado que las condiciones del contrato de seguro se establecieron y determinaron desde el momento mismo en que se remitió la invitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015, dado que la misma contiene las condiciones de todo carácter, técnicas, de vigencia, valores asegurados y de todo tipo que debe tener el contrato. Esas condiciones fueron reproducidas, no sólo por la Convocada, sino por todas las invitadas en sus ofertas y, particularmente, fueron consignadas expresamente por **MAPFRE** en el texto o carátula tanto de la póliza de infidelidad en su sección IV, como en la de responsabilidad civil para servidores públicos.

En consecuencia y porque así lo prevé expresamente la Ley en la disposición transcrita, las condiciones del contrato son las expresamente acordadas y reproducidas en él. No hay lugar a la aplicación de otras y, en tal sentido, resulta pertinente recordar el principio de interpretación que indica que “*donde la ley no distingue no le es dado al interprete hacerlo*”, al cual se alude en las sentencias AP-2789 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia y C - 087 de 2000, A - 057 de 2010, C - 317 de 2012, C - 975 de 2002 de la Corte Constitucional, entre otras. Pues la condición para que apliquen las condiciones generales depositadas por la Superintendencia Financiera es que **no se hayan expresamente acordado las condiciones del contrato entre las partes y, se colige, que no se hayan introducido o consignado en el texto o carátula del mismo a manera de condiciones particulares.**

Nótese que la ley ni siquiera prevé las posibilidades para que, en caso de haberse acordado esas condiciones del contrato, las condiciones generales depositadas por la Superintendencia Financiera operen o aplican para los eventos o circunstancias, supuestamente “no previstas” en esas “condiciones acordadas” entre las partes.

Si hay cláusulas o condiciones acordadas entre las partes, esas son las que regulan la relación contractual entre tomador y asegurador, no hay lugar a la aplicación de otras de manera supletiva o complementaria.

Lo que se contrató no fue única y exclusivamente un seguro de responsabilidad civil de servidores públicos sino, por el contrario, que el amparo se extendió a ***“Amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante”*** (Negrilla fuera del texto original).

En efecto, constituye un amparo diferente al de responsabilidad civil propiamente dicho, como se vio precedentemente, el clausulado general que el Tribunal hace valer, no puede aplicarse a un amparo distinto al de responsabilidad civil de servidores públicos.

En relación con este tema, resulta importante relatar que la Convocada presentó a la invitación privada y sin que el pliego de condiciones de la misma lo contemplara como anexo obligatorio, unas supuestas *“condiciones generales”* que corresponden a las de otra compañía de seguros, en este caso **ACE SEGUROS**, quien también participó en el proceso licitatorio.

No obstante lo anterior, cuando expide la póliza, objeta el reclamo y comparece al proceso aportando un ejemplar diferente que, en todo caso, no concuerda con las *“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS”* de la invitación y que, de pretenderlo hacer valer, viola el principio de igualdad con los demás participantes en la invitación.

Adicionalmente, ese clausulado, al que no se hace alusión en la carátula de la póliza – entendemos que por obvias razones porque hay un clausulado particular -, no se sabe si es el depositado en la Superintendencia Financiera. Es más, se desconoce si el que se presentó sin que constituyera anexo de la licitación y que corresponde al de **ACE SEGUROS** está o no depositado en la anotada entidad por parte de la Convocada como un clausulado suyo.

Lo cierto sí es que, en todo caso, ese clausulado no podría aplicarse al caso que nos ocupa por no corresponder a un siniestro de responsabilidad civil de los servidores públicos sino a uno que afecta la cobertura de perjuicios sufridos por el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, producto de ***“las decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante”***. En todo caso, principalmente resulta inaplicable en virtud de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2 de la Ley 389 de 1997, esto es, por existir condiciones o clausulado acordado y particular para el contrato y que está expresamente consagrado en el cuerpo de la póliza.

De no haber cometido el referido error, es decir, si no hubiera pasado por alto las normas de los artículos 1047 del Código de Comercio, y 2 de la Ley 389 de 1997, el Tribunal necesariamente habría encontrado que las partes habían pactado una modalidad de cobertura que no podía ser excluida ni disminuida por las condiciones generales aportada por la Convocada, habida cuenta del carácter eminentemente supletorio de las segundas.

No haber incurrido en el referido error, necesariamente le hubiese dejado ver que la Convocante estaba legitimada para presentar el aviso, la reclamación, incoar la demanda y reclamar la indemnización pues, en la medida en que se amparaban los perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia de las decisiones de gestión

incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas por los servidores públicos, necesariamente era asegurada en la póliza y tenía derecho a ello.

3.- PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

Al explicar la configuración del defecto sustantivo, concretamente en el numeral 2.1 anterior, se indicó que, al prohibir sin fundamento legal la modalidad de descubrimiento en el seguro pactado entre las partes, por ser esta supuestamente *contra legem*, el Tribunal Arbitral se apartó del precedente de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en repetidas ocasiones, y constituyendo ello doctrina probable, ha sostenido que la modalidad del descubrimiento es válida en los seguros de responsabilidad de directores y administradores.

Se mencionan, por solo citar algunas, las SC 18 dic. 2013, Exp. 1100131030412000-01098-01; SC10300-2017, Rad. n° 76001-31-03-001-2001-00192-01, además de la SC130-2018 del 12 de febrero de 2018, rad. 11001-31-03-031-2002-01133-01, cuyo texto fue arriba transcrito y no es del caso reproducir nuevamente.

Baste por señalar que, según el art. 4 de la ley 169 de 1886, estas decisiones constituyen doctrina probable, por lo cual son de obligatoria aplicación. La Corte Constitucional, en repetidas ocasiones, ha dejado claro que, si el juez se aparta injustificadamente de la doctrina probable, incurre en la causal de procedencia de la acción tutela por desconocimiento del precedente. Así, por ejemplo, en T-292/06, T-794/11, T-830/12 y C-539/11, resumidas en la SU-354/17.

Con lo manifestado hasta el punto, sería suficiente para que ese Despacho anule por vía de tutela el Laudo Arbitral, pues es claro que la violación del precedente comporta una clara vulneración del derecho al debido proceso, que exige fallos judiciales razonados en el ordenamiento vigente, pero además, al derecho fundamental a la igualdad, pues no hay justificación alguna para que a mi poderdante se le dé un trato diferenciado y perjudicial de aquel al que tenía derecho a recibir, plasmado en estas sentencias que constituyen doctrina probable.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral fue, incluso, más allá y desconoció también el precedente en materia de prevalencia de los pliegos de condiciones, llevando a la misma situación de desconocer el acuerdo alcanzado entre las partes, con grave afectación de los derechos de mi poderdante.

Como ya se mencionó, el Tribunal Arbitral en varias oportunidades, para efectos de no reconocer el tipo de amparo y la modalidad de descubrimiento pactadas a partir de los pliegos de condiciones y de la oferta de **MAPFRE**, indica que la Convocada modificó, motu proprio, los términos de la invitación pues, apuntó que se eliminaba la modalidad de la póliza por descubrimiento para volverla “claims made” y se eliminaba también la retroactividad ilimitada.

Con ello, el Laudo Arbitral le resta toda importancia y relevancia desde el punto de vista jurídico a esa alteración unilateral de los términos de la invitación por parte de **MAPFRE**, desconociendo los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del Consejo de Estado, como de la Corte Suprema de Justicia, acerca de la obligatoriedad del pliego y su primacía sobre los términos del contrato final.

Esto constituye un flagrante desconocimiento del precedente que, según lo ha

reconocido la Corte Constitucional en copiosa jurisprudencia, se erige en una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, como quiera que tratándose de órganos de cierre, *“el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez”*⁵. Lo que ocurrió en el asunto *sub lite*, no es nada distinto a una completa inaplicación, sin justificación valedera, del precedente vinculante en relación con la prevalencia de los pliegos de condiciones sobre los términos del contrato final.

Y es que, es de resaltar que aún si la Convocada hubiera advertido en ese momento alguna irregularidad, o atipicidad y la hubiera puesto de presente o, *motu proprio* la hubiera cambiado en el texto del contrato –cómo lo encontró acreditado el Tribunal Arbitral–, según lo tiene establecido la jurisprudencia nacional, lo que prima en estotipo de situaciones es el pliego. Es decir, dicha previsión era ley para las partes por la sencilla razón que, de aceptarse modificación alguna, esto hubiera ido en detrimento de los demás proponentes que, en su momento no pudieron contar con tal prerrogativa y, obviamente, no pudieron concursar en igualdad de condiciones lo que viola el principio de igualdad que rige este tipo de concurso de méritos.

En Sentencia del 24 de julio del 2013 el Consejo de Estado, Sección Tercera con Magistrado Ponente Enrique Gil Botero manifestó:

“El efecto vinculante del pliego de condiciones ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala en repetidas oportunidades, en este sentido, en sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 12344, sostuvo:

“...Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

“(...)

*“En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.”*⁶

“En sentencia posterior, ratificó el carácter vinculante del pliego de condiciones. A continuación, se transcriben los apartes pertinentes:

“...y como ya lo ha dicho la Sala, los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncien desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante

⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-766 de 2008 y T-033 de 2010, por solo citar algunas.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, Exp. 12344, M.P. Daniel Suárez Hernández.

el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar”⁷

“Y en sentencia de 8 de junio de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

“[E]n tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.”

“La jurisprudencia reseñada evidencia con total claridad, que el pliego de condiciones al constituir la ley del contrato, se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas, con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación. El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad.”⁸

En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento (v.gr. licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos, etc.), de acuerdo con el marco establecido en la ley (art. 29 de la ley 80 de 1993, derogado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007, y este último, modificado por el artículo 88 de la ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción). En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.

El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 12025, M. P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2008, exp. 17783, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último.

Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de “ley de la licitación” y “ley del contrato”⁹, en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación”¹⁰.

Pero, no sólo esa Corporación se ha ocupado del tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala de Casación Civil del 1 de julio de 2014 con Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, consideró:

“4. Recuérdese que es en los pliegos de condiciones o términos de referencia donde se precisan los límites de mayor relevancia a efectos de definir las obligaciones y derechos de las partes. Ahí, como bien se ha anotado, “se encuentran contenidas tanto las condiciones para que los proponentes formulen sus ofertas, como aquellas reglas bajo las cuales se ejecutará el contrato. Es por esto que el pliego de condiciones —incluyendo sus adendas, cuando ellas son procedentes—, con sujeción al cual deben formularse las ofertas y realizarse la adjudicación, se erige en la ley del contrato, del cual, en rigor, aquel forma parte integral e inescindible, cuestión que pone en evidencia que dicho contrato se encuentra condicionado y permeado plenamente por el procedimiento previo que determinó su celebración y, especialmente, por las bases de la licitación o del concurso que le dieron origen, bases y condiciones que no se podrán desconocer, modificar o variar, sino acaso complementar para una mayor claridad y precisión del alcance del contrato y de los derechos y obligaciones de las partes”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, expediente N° 15475)”¹¹.

Lo anterior sube de punto, considerando que no se trata de una regla de precedente que aplique por rebote al caso concreto, sino que ha sido aplicada en situaciones de hecho casi idénticas. En ese sentido, valga citar nuevamente la sentencia SC130-2018 del 12 de febrero de 2018, rad. 11001-31-03-031-2002-01133-01, donde la Corte Suprema, ante una póliza de responsabilidad de directores y administradores otorgada a la Aerocivil, y ante la cual la aseguradora pretendía excusar su cobertura desconociendo los términos precisos del pliego de condiciones y lo ofertado, dio prevalencia a estos,

9 “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado **“la ley del contrato”** por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196).

10 Sección Tercera, Subsección C del 24 de julio de 2013, Exp. No. 05001-23-31-000-1998-00833- 01 (25642), M.P. Enrique Gil Botero.

11 Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala de Casación Civil del 1 de julio de 2014, SC 10113-2014, Exp. No. 68001 31 03 005 2003 00366 01 de julio 31 de 2014.

respetando la línea jurisprudencial que acá ha sido descrita. Dijola Corte:

*“[E]n congruencia con dicha forma, fue fijado el amparo para todos los administradores y directores de la entidad, pasados, presentes y futuros, es decir, con inclusión de servidores retirados y por hechos anteriores a la vigencia, **ya que así fue requerido por la entidad tomadora en la licitación pública adelantada para seleccionar la compañía aseguradora, por cuanto en el pliego de condiciones se dispuso que se incluían situaciones precedentes al inicio del seguro, lo que se aceptó por La Previsora en su propuesta.***

[...]

*Posteriormente La Previsora, en representación de la unión temporal con Colseguros, **ofreció asumir los amparos licitados por Aerocivil, y para esa finalidad declaró, además de otros aspectos, que su propuesta cumplía todas «las condiciones y exigencias técnicas mínimas contenidas en el pliego de condiciones y acepto que las mismas se preferirán en caso de haber cláusulas en contrario o que limiten sus alcances» (folio 320 de las copias ya citadas).***

*Por consiguiente, **cualquier alegación que pretenda entablar la parte demandada, con cimiento en una supuesta limitación temporal para no cubrir los riesgos, sobre la base de haberse retirado los demandados de Aerocivil, antes de principiar la vigencia del seguro, es inane frente al compromiso asumido por ella cuando formuló su propuesta a la licitación y aceptó en su plenitud el pliego de condiciones que, igualmente asintió, era de aplicación preferente en caso de contradicción con otras pautas,** y en su contenido prevé claramente, como quedó expuesto, la inclusión de «cobertura para cualquier administrador o servidor público pasado, presente o futuro».*

Así las cosas, el Tribunal Arbitral no podía patrocinar que la Convocada se sustrajera de los términos del pliego, pero menos aún, puede ir contra sus propios actos, por medio de los cuales ha manifestado hasta la saciedad que la póliza que expidió, sin importar la sección a que nos refiramos, opera por descubrimiento con retroactividad ilimitada. Sobra advertir y, mucho menos citar, la numerosa jurisprudencia, tanto arbitral como de las altas Cortes, acerca de la teoría de los actos propios y la imposibilidad para las partes de ir contra ella.

En éste orden de ideas, y siendo que la cobertura de la póliza se extiende a “*amparar los perjuicios o detrimentos patrimoniales causados a la entidad, como consecuencia de decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan más adelante*”, y adicionalmente opera por descubrimiento, no cabe la menor duda acerca de que el evento configurativo del siniestro que se le reclamó a la Convocada, ocurrió y se descubrió dentro de la vigencia de la póliza, por lo que las excepciones planteadas carecen de fundamento y deben ser despachadas desfavorablemente.

Que la Convocada haya consignado las declaraciones de voluntad recogidas a lo largo del proceso de invitación o licitación privada FNA- DA-PRIV-113-2015 y las condiciones técnicas mínimas en el formato que término utilizando, esto es, el de la póliza de infidelidad como sección IV o en el que suele utilizar cuando expide pólizas de responsabilidad civil para servidores públicos, no le resta valor, y menos eficacia, a esas condiciones legales y técnicas mínimas contenidas en la licitación y que, como ya se dijo, recogen un contrato de seguro de una naturaleza mixta o con un amparo mixto o dual, como se quiera llamar y que, no sólo buscaba amparar la responsabilidad civil de los servidores públicos dentro del ámbito del seguro que comúnmente se expide para ello, sino que también pretendía cubrir o proteger a la entidad contra los perjuicios

que sufriera producto de las **“decisiones de gestión incorrectas, pero no dolosas, adoptadas y/o ejecutadas o inejecutadas, por los servidores públicos y/o funcionarios con regímenes de responsabilidad similares a los de los servidores públicos, cuyos cargos se relacionan mas adelante”** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

4.- VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los anteriores yerros ponen de presente una palmaria vulneración de los derechos al debido proceso, a la defensa, a la igualdad de las partes ante la ley procesal y al acceso a la administración de justicia, por la presencia de defectos sustancial y fáctico, y desconocimiento del precedente en el Laudo Arbitral que aquí se impugna, así como por violación directa de la Constitución.

VI.- PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA

1.- Acreditación de las causales genéricas de procedencia en el presente caso:

Siguiendo la línea trazada en la sentencia C - 590 de 1995, en el presente caso lo requisitos generales de procedencia que se encuentran acreditados son:

1.1.- La cuestión es de evidente relevancia constitucional:

El primero de estos requisitos generales, según lo exige la jurisprudencia constitucional, consiste en *“que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional”* ya que *“el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones”*.¹²

En el presente caso, al igual que sucedió en el caso de la sentencia T-148 de 2011 de la Corte Constitucional, *“la tutela planteada tiene clara relevancia constitucional por cuanto se pretende salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso, y como también se aduce, el acceso a la administración de justicia y la primacía del derecho sustancial, que se habrían producido por la existencia de vías de hecho (...).”*

2.2.- Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada:

En segundo lugar, para que proceda la acción de tutela es preciso *“Que se hayan agotado todos los (recursos) de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable”*.

Este requisito también se encuentra satisfecho a cabalidad pues, de una parte, se trata de evitar un perjuicio irremediable para la Accionante por una causa no imputable a ella, cual es la supuesta discrecionalidad del juez en el análisis de las pruebas, la interpretación y aplicación de las normas en cada juicio, a pesar de que con ello se desconozca dicha ley y los precedentes jurisprudenciales; de otra parte, por la imposibilidad para que la decisión de fondo sea revisada por el superior jerárquico atendiendo que, como lo indica la ley, el laudo arbitral sólo puede ser objeto de recurso de anulación por unas causales que son taxativas, consagradas en el artículo 41 de la ley 1563 de 2012, y dentro de las que no se cuenta la de analizar el asunto de fondo y, en particular, la de volver a estudiar las pruebas y recabar en el juicio de valor

12 Sentencia T-173/93.

efectuado por los árbitros a partir del desconocimiento del precedente.

Inútil sería exigirle a mi mandante, como cuestión propia de la subsidiariedad de la presente acción, que antes de entablarla hubiese tenido que interponer un recurso extraordinario de anulación, a sabiendas que los motivos de impugnación no encuadran en ninguna de las nueve (9) causales previstas para este recurso. Recuérdese que el Juez de la anulación única y exclusivamente ostenta competencia para censurar el laudo por errores *in procedendo*, estándole vedado adentrarse en asuntos de fondo, empleados por los árbitros en su razonamiento, como los que puntualmente se endilgan en líneas precedentes.

Por lo demás, es ya pacífica la postura de la jurisprudencia constitucional en cuanto a que, cuando se trata de tutelas contra laudos arbitrales, habida cuenta del carácter taxativo de las causales del recurso de anulación, y de que, por obvias razones, este no comprende todas las hipótesis de vulneración de derechos fundamentales que puedan darse en el laudo, no siempre es necesario agotar la vía de la anulación para condicionar la procedencia de la respectiva acción de tutela.

Así se ha sostenido, entre otras, en las sentencias T-920 de 2004, T-790 de 2010 y T-972 de 2010, en las que la Corte ha concluido que, exigir en todos los eventos el agotamiento del recurso de anulación será “(...) desproporcionado e irrazonable (...) pues tal exigencia supondría poner en marcha un proceso judicial manifiestamente inconducente y sin posibilidades de satisfacer las pretensiones reclamadas(...)”, circunstancia exactamente predicable de la vulneración a los derechos fundamentales reclamadas con la presente acción.

Así las cosas, no cabe duda acerca de la procedencia de este mecanismo de protección constitucional que busca salvaguardar los mencionados derechos fundamentales y evitar la consumación de perjuicios irremediables en dichos derechos en cabeza del **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**.

2.3.- Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración:

Concretamente, la jurisprudencia constitucional exige “*Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración*”. Si bien se ha establecido por vía jurisprudencial como rasero el término de seis meses, lo cierto es que la tutela no tiene término de caducidad de manera que no es dable validar objetivamente el cumplimiento del término definido a través de la jurisprudencia constitucional, sino que debe estudiarse en cada caso en concreto, las circunstancias que delimitan si el plazo en que se presenta es o no razonable.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia SU 961 de 1999 expresó que “**Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera**”, y rescatando lo dicho en tal oportunidad, en Sentencia SU 108 de 2018 indicó:

*De lo anterior, es claro que el **principio de inmediatez** se debe estudiar y analizar a partir de **tres reglas**. En primer lugar, se debe tener en cuenta que la*

*inmediatez es un principio que busca proteger la seguridad jurídica y garantizar la protección **de los derechos fundamentales de terceros**, que puedan verse afectados por la interposición de la acción de tutela dentro de un tiempo que no es razonable. En segundo lugar, el análisis de la inmediatez debe hacerse a partir del concepto de razonabilidad, **teniendo en cuenta las particularidades de cada caso concreto**. En tercer lugar, es evidente que el concepto de “plazo razonable” se predica de la naturaleza misma de la acción de tutela, en tanto ésta constituye **una respuesta urgente e inmediata** ante una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales.*

Aterrizado lo anterior al caso que nos ocupa, ha de señalarse que el Fondo Nacional del Ahorro promovió la acción de tutela a la que se refieren los hechos 8 y siguientes del presente escrito, dentro del término de seis meses indicado por la jurisprudencia y contados a partir del laudo arbitral, pues el laudo se profirió el 10 de julio de 2020 siendo notificado en audiencia celebrada en la misma fecha, y la acción se promovió en diciembre de 2020.

Al margen de lo arbitraria que pudo resultar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que una apoderada general con facultad para representar los intereses del Fondo Nacional del Ahorro en todo tipo de procesos judiciales, administrativos e inclusive notariales, resulta insuficiente para una acción de tutela, lo cierto es que el pronunciamiento que puso fin al trámite se profirió el 12 de marzo de 2021, **sin un pronunciamiento sobre el fondo del amparo solicitado**, por un asunto estrictamente procedimental, que cercenó al FNA la oportunidad de acceder a una decisión que resolviera sustancialmente sus peticiones de amparo.

Así pues, cuando la Entidad presentó la primera acción de tutela habían transcurrido aproximadamente 5 meses desde que se profirió el laudo, y desde que se obtuvo el pronunciamiento definitivo de la Corte Suprema de Justicia ha transcurrido un tiempo razonable para intentar un pronunciamiento de fondo.

En el estudio del requisito de inmediatez que debe realizarse en el caso concreto, ha de considerarse no solo que el laudo arbitral del cual se desprenden las vulneraciones se profirió en julio de 2020, sino que transcurrieron aproximadamente tres meses en los que la Entidad estaba a la espera de las resultas de una acción de tutela sin poder ejercer entre tanto ninguna actuación o mecanismo, de manera que ese plazo no debe considerarse para efectos de determinar la diligencia de la Entidad para procurar el amparo de sus derechos para evitar un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas, el FNA interpone la presente acción de tutela dentro de un plazo razonable, por lo que es procedente el estudio de los hechos y peticiones de amparo que se plantean.

2.4.- Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora:

A lo largo de la presente acción de tutela, ya se ha argumentado con grado de satisfacción que los errores que se le endilgan al Laudo Arbitral atacado, y al razonamiento empleado por los falladores, constituyen violaciones directas de los derechos fundamentales de mi representada y además no solo son determinantes, sino que son la base misma del sentido fallo, de allí su evidente y notoria transcendencia.

2.5.- Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que

generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible:

Finalmente, y, en quinto lugar, para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte Constitucional exige *“Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible”*¹³ Al respecto, en el presente escrito se relatan con detalle los hechos y las conductas que configuran las causales de procedencia de la acción de tutela, así como los derechos vulnerados, por lo cual, se concluye que los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la procedencia de la acción de tutela, se encuentran satisfechos a cabalidad.

2.6. Procedencia de la acción de tutela contra Laudos Arbitrales:

Para efectos de avalar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, la Corte Constitucional ha equiparado materialmente a estos últimos con las providencias judiciales, por cuanto ambos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada. A este propósito, en la Sentencia SU-033 de 2018 señaló:

“La equivalencia –material- que existe entre el laudo arbitral y la providencia judicial, activa de manera excepcional la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, los cuales puedan verse afectados por las decisiones emanadas y el procedimiento llevado a cabo por los tribunales de arbitramento.”

Por tanto, la procedencia de este tipo de acciones está sometida a los mismos requisitos de procedibilidad, tanto generales como específicos, que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto de las providencias judiciales.

2.7 Inexistencia de cosa juzgada:

Resulta de vital importancia precisar que, si bien la Entidad ya había promovido una acción de tutela por los mismos hechos y formulando las mismas peticiones de amparo que aquí se plantea, no puede decirse que existe cosa juzgada sobre el objeto que se discute, pues como se indicó en el acápite de hechos, la Corte Suprema de Justicia consideró improcedente la acción por asuntos procedimentales con sustento en una interpretación sesgada de las facultades

Dadas las particularidades del caso, debido a una interpretación desacertada de la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance de las facultades de la Secretaria General y Apoderada General de Fondo Nacional del Ahorro, se declaró improcedente la acción, sin que hubiera un pronunciamiento de fondo definitivo que pusiera fin al asunto.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

Como lo ha señalado la Corte, la cosa juzgada “es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligato-

13 Sentencia T-658-98

rias, **lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden** no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto.”**[19]** Asimismo, esta figura no es simplemente una consecuencia procedimental del ejercicio de la jurisdicción, sino que cumple **funciones constitucionales** de primer orden, vinculadas con la seguridad jurídica y, en particular, con la eficacia del Derecho en tanto mecanismo para la decisión pacífica y definitiva de los conflictos entre las personas y entre éstas y el Estado. Así, en la **sentencia C-543 de 1992****[20]**, la Corte determinó que la cosa juzgada es un verdadero derecho constitucional:

“La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la **seguridad jurídica**, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces.

(...)

*El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.”**[21]** (Subrayas fuera del texto original)¹⁴*

En ese orden de ideas, el asunto sobre el que recae la cosa juzgada en el presente asunto está relacionada con la aptitud del poder allegado para presentar la acción de tutela y la falta de legitimidad en la causa por activa, pues sobre ello es que se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en la decisión de cierre, más no sobre el fondo del asunto, de manera que procede de nuevo su estudio habiéndose subsanado el aspecto de la legitimidad, en cuanto el poder especial que se allega es el directamente conferido por la Representante Legal del FNA, Entidad titular de los derechos que vulnerados por el Tribunal Arbitral accionado.

V.-TRÁMITE

El trámite que ha de seguirse es el establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

VI.- MANIFESTACIÓN ESPECIAL

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 califica de temeraria aquella acción de tutela que se presenta sobre los mismos hechos y pretensiones que una anterior, “sin motivo expresamente justificado”, y copiosa jurisprudencia ha resaltado que esa temeridad trae implícito un “elemento volitivo negativo por parte del accionante, (Sentencia T- 272 de 2019) que se traduce en “la ausencia de justificación razonable en la presentación de la nueva demanda vinculada a un actuar doloso y de mala fe” (sentencia T-069 de 2015) de manera que la sola presentación de una nueva acción de tutela, no implica per se una intención negativa del accionante de provocar un nuevo pronunciamiento para desconocer los efectos de cosa juzgada de un fallo anterior.

En el caso que nos ocupa es claro que existen motivos justificados que habilitan al

¹⁴ Sentencia SU108/18

Fondo Nacional del Ahorro a presentar de nuevo una acción de tutela, como es el hecho de que en la acción constitucional promovida previamente no obtuvo una resolución de fondo sobre sus pretensiones, lo que implica que sobre esa causa pretendi no se predicara el efecto de cosa juzgada, en tanto no se produjo una decisión de “carácter inmutable, vinculante y definitivo” en relación con el proceder del Tribunal Arbitral que derivó en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad de las partes ante la ley procesal y al acceso a la administración de justicia, que de quedar en firme, causarían un perjuicio irremediable para mi poderdante.

Por la misma vía es posible descartar una intención negativa del Fondo Nacional del Ahorro y la suscrita, en la medida en que ha puesto de conocimiento al despacho, con absoluta claridad y transparencia, la existencia de una acción de tutela anterior, del trasegar que tuvo dicha acción constitucional y de sus resultados, lo que no solo es prueba de su buena fe, sino de la indefensión en que se encuentra, pues solo la tutela puede impedir que se materialice de manera definitiva una decisión que vulnera sus derechos constitucionales.

VII.- PRUEBAS

A.- Documentales:

1.- Laudo arbitral proferido por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”** y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**

2.- Certificado de constitución y gerencia de la Accionante **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”**, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por tratarse de entidad sometida a su control y vigilancia.

B.- Oficios:

Respetuosamente solicito se oficie al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para que a título de préstamo, facilite a usted la totalidad del expediente correspondiente al proceso arbitral para resolver en derecho las diferencias surgidas entre el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”** y **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, con el fin de que pueda conocer la totalidad de las actuaciones y documentos que obran dentro del expediente para que sirvan de prueba y tener todos los elementos de juicio necesarios para conceder el amparo constitucional.

VIII.-COMPETENCIA

El artículo 37 del D.L. 2591 de 1991 dispone que son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, “los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. Por su parte, el Decreto 1382 de 2000, compilado por el Decreto 1069 de 2015 y modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, en el que se establecen reglas para el reparto de las acciones de tutela, así

“Artículo 2.2.3.1.2.1., numeral 5. “Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera

instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada”.

Como quiera que los Tribunales Arbitrales, por ejercer jurisdicción transitoria no tienen propiamente un superior funcional jerárquico. Por ser el FNA una Empresa Industrial y Comercial del Estado con carácter financiero (Ley 432 de 1998, art. 1), se encuentra excluido del ámbito funcional de competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según el art. 105 del CPACA. Así las cosas, quien fungiría como competente para conocer un eventual recurso de anulación sería esa Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, quien por lo tanto, es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX.- ANEXOS

Como anexos presento las siguientes:

- 1.- Los documentos referidos en el acápite de pruebas.
- 2.- Poder especial a mi conferido por la representante legal del Fondo Nacional del Ahorro
- 3.- Documentos que acreditan la existencia representación legal del Fondo Nacional del Ahorro.
- 4.- Copia de la demanda de tutela para el archivo del Despacho.
- 5.- Copia de las sentencias de tutela de primera y segunda instancia, así como la providencia de aclaración del 12 de marzo de 2020

X.- NOTIFICACIÓN

Las notificaciones se recibirán así:

- 1.- El Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores **ANTONIO PABON CASTRO, MARIA DEL PILAR GALVIS SEGURA** y **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, recibirá notificaciones en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la Calle 76 No. 11 – 52 de esta ciudad y en los siguientes correos electrónicos: aps@pabonabogados.com, jorsaba@yahoo.com y mpgalvis@galvisyasociados.com
- 2.- La suscrita y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO “CARLOS LLERAS RESTREPO”** recibirá notificaciones en la carrera 65 No. 11 - 83 de Bogotá, D.C., correo electrónico de notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@fna.gov.co
- 3.- **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.**, las recibirá por intermedio de su representante legal, **JOSE CARPIO CASTAÑO**, en la carrera 14 No. 96 - 34 de la Ciudad de Bogotá, D.C., correo electrónico de notificaciones judiciales: mapfre@mapfre.com.co

4.- La Procuradora judicial que intervino en el tribunal de arbitramento, Doctora **VIRGINIA HIGUERA**, en el correo electrónico: phiguera@procuraduria.gov.co

De los señores Magistrados,

NATALIA BUSTAMANTE ACOSTA
Apoderada Especial
C.C. No. 43.209.931 de Bogotá T.P.
No. 130.624 del C. S. de la J.