



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

## **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

Magistrado Ponente

**SC2218-2021**

**Radicación n° 11001 31 03 001 2017 00213 01**

(Aprobada en sala de once de noviembre de dos mil veinte)

Bogotá, D.C. nueve (9) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 22 de marzo de 2018, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso verbal promovido por AFIN S.A. Comisionista de Bolsa contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

### **I. ANTECEDENTES**

**1.-** La promotora pidió declarar la existencia del contrato de seguro contenido en la Póliza de Manejo Global

Bancario 2202214000147, suscrito entre Mapfre Seguros Colombia S.A. y AFIN S.A. Comisionista de Bolsa; la ocurrencia de un siniestro denominado *«infidelidad de empleados»*, en virtud del cual el Fondo de Inversión Colectiva Afin Factoring -hoy en liquidación, como asegurado, sufrió una pérdida de \$5.340.789.996; y que la convocada incumplió sus obligaciones contractuales, porque de manera injustificada negó la indemnización ante la ocurrencia del siniestro.

En consecuencia, se le condene a pagarle la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000), que corresponde al valor de la cobertura por el riesgo asegurado, más intereses de mora causados sobre esa cifra desde el 27 de septiembre de 2015, hasta el pago efectivo.

**2.-** Como sustrato fáctico se expuso que el 20 de febrero de 2014 las partes celebraron un contrato de seguro documentado en la Póliza de Manejo Global Bancario 2202214000147, con vigencia entre 12 de febrero de 2014 y el 11 de febrero 2015, que incluía entre los riesgos asegurados el denominado *«infidelidad de empleados»*, que amparaba las *«pérdidas que resulten directamente por los actos fraudulentos o deshonestos cometidos por un empleado actuando solo o en colusión con otros (...)»* y en el texto se incluyó el significado de la palabra *«empleado»*, que entre otras comprende *«(a) a todas las personas que tengan contrato de servicios con el asegurado. Incluyendo dentro de tal calidad a los socios/accionistas y a los directores*

El también asegurado Fondo de Inversión Colectiva AFIN FACTORING -FIC- hoy en liquidación, administrado por AFIN S.A., dentro de sus políticas de inversión tenía la compra al descuento de créditos garantizados con libranzas, en virtud de ello, el 13 de noviembre de 2009, AFIN en su calidad de vocera de dicho fondo, celebró con la Cooperativa Hábitat un contrato de compraventa de cartera, en el cual se pactaron los términos de adquisición de los créditos de la cooperativa, allí denominados «pagarés libranzas».

Como los descuentos por libranzas en las distintas pagadurías estaban a favor de Hábitat, se acordó que dicha cooperativa haría para el FIC el recaudo de la cartera objeto de compraventa proveniente de las pagadurías o de los deudores, y a transferirlos cada mes a la cuenta prevista por AFIN. Tal obligación, se acordó como «*independiente a las inherentes al contrato de compraventa*», y quedó plasmada en la cláusula 3° de aquel.

Hábitat le transfirió en forma oportuna a FIC la información relacionada con el estado de los créditos y los reportes de pagos, hasta el mes de octubre de 2014 por lo que la demandante, el día 31 de ese mes y año, «*revocó el mandato que le había conferido a la Cooperativa Hábitat para el recaudo de los recursos provenientes de los créditos adquiridos*»; le solicitó a las diferentes pagadurías que le transfiriera directamente los dineros descontados; procedió a acreditar su propiedad de los créditos ante las distintas

entidades, y así logró tener acceso a la información en torno al comportamiento de los descuentos autorizados, lo que dejó en evidencia una serie de irregularidades en la conducta de Hábitat en su condición de «*mandatario de FIC*» en el recaudo de los créditos, derivados de la omisión de información en aspectos relacionados con fallecimiento de deudores, pago por anticipado de algunas obligaciones, pago parcial de las deudas con obligación vigente pero en cuantía diferente y desincorporación del pagaré libranza en la pagaduría, todo lo cual, en definitiva, arrojó una pérdida para la demandante de \$5.340.789.996.

El 25 de febrero de 2015 AFIN recibió comunicación de la intervención de la Cooperativa Hábitat por parte de la Superintendencia de Economía Solidaria, que ordenó la toma de posesión para su liquidación. A partir de ese momento, obtuvo certeza sobre los fraudes cometidos por la cooperativa y de su pérdida por la suma indicada, y procedió a instaurar denuncia penal.

El 26 de agosto de 2015, AFIN presentó reclamación formal ante la aseguradora, con aviso de siniestro frente a la mencionada póliza, la convocada solicitó información adicional al respecto y el 13 de noviembre siguiente se realizó una reunión con el propósito de tasar el desmedro sufrido por la asegurada, con asistencia del ajustador de la firma designada por Mapfre; posteriormente los días 10 de diciembre de 2015 y 20 de mayo de 2016, la aseguradora

requirió más información y, el 3 de noviembre de 2016, objetó formalmente el reclamo.

El concepto «*empleado*» contenido en la póliza se extendía también a «*contratos de prestación de servicios*», razón por la cual no era necesario que se tratara de un «*trabajador*», en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, y podía corresponder a una persona jurídica, sin relación de subordinación o dependencia frente al asegurado, además, la póliza tampoco se refería a un contrato típico de prestación de servicios, sino a la existencia de un «*contrato de servicios*». En esa medida, «*Hábitat como contratista de FIC (...) cumple perfectamente con la condición de empleado que para los efectos del amparo de infidelidad requiere la póliza*», y como esa cooperativa actuó de manera fraudulenta, en contra de los intereses de FIC, está dada la condición para que Mapfre reconozca el siniestro y pague la indemnización (fls. 139 – 158, c. 1).

**3.-** La convocada se opuso al éxito de las pretensiones, y como excepciones de mérito alegó «*prescripción*», «*inexistencia de cobertura para el hecho reclamado por no constituir el mismo infidelidad de empleados*», «*inexistencia de prueba de la cuantía de la pérdida. Imposibilidad de reclamar intereses moratorios*», «*deducible*» y «*falta de cumplimiento de las condiciones para la atención de siniestros obligaciones a cargo del tomador o asegurado*» (fls. 200 – 216, *ib.*).

4.- El *a quo* declaró «*prósperas las excepciones propuestas por la parte demandada*» y, en consecuencia, negó las súplicas (fls.352 – 353, *ib.*).

5.- Al resolver el recurso de alzada interpuesto por la accionante, el superior confirmó la sentencia de primer grado (fls. 6 - 7, c. 3).

## II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

La póliza de manejo global bancario expedida el 5 de mayo de 2014 por Mapfre Seguros Colombia S.A., entre los amparos contempló las pérdidas provenientes de «*infidelidad de empleados*», y con el propósito de fijar el alcance de las distintas estipulaciones contractuales, se incluyó un acápite de «*definiciones*», en el cual se indicó el significado de la expresión «*empleado*».

Quedó demostrado que AFIN S.A. Comisionista de Bolsa y la Cooperativa Hábitat celebraron el 13 de noviembre de 2009 un «*contrato de compraventa de cartera persona jurídica*» en virtud del cual la primera cedió el derecho de dominio y posesión que la segunda ostentaba respecto de los pagaré - libranzas que la compradora determinara. En el citado acuerdo se estipuló también que el vendedor realizaría las gestiones de recaudo de la cartera objeto del negocio, instruyendo a la pagaduría para que se depositaran en la cuenta del banco recaudador designada por las partes (cláusula 3.4).

En aplicación del principio de remisión normativa previsto en el artículo 822 del Código de Comercio, en la hermenéutica del negocio jurídico ajustado entre demandante y demandado se observarán las pautas de los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, sin dejar de lado los postulados de la buena fe, abuso del derecho y enriquecimiento sin causa, conforme a los artículos 830, 831 y 871 del estatuto mercantil.

Uno de los riesgos cubiertos por la póliza era el derivado de las pérdidas que resultaran directamente por actos fraudulentos o deshonestos cometidos por un empleado actuando solo o en colusión con otros, estipulación que rectamente entendida no ofrece duda acerca de que la voluntad de los contratantes no fue otra que garantizar la pérdida de tales procederes perpetrados por un empleado de la asegurada, lo que conlleva que ningún alcance diverso pueda atribuirse a la misma.

Cualquier controversia acerca del significado del término «*empleado*» para efectos de ese negocio aseguraticio, se despeja a partir de lo asentado en el *ítem* 20 del acápite definiciones donde en forma precisa y detallada se determinó quienes tendrían dicha condición, la que no se configura respecto de la Cooperativa Hábitat por razón de los negocios celebrados con AFIN S.A.

Aunque se acordó que el enajenante adelantaría las gestiones de recaudo de la cartera, se trata de una obligación adquirida por el vendedor, lo que impide enarbolarla como la prestación de un servicio distinto e independiente de aquel convenio, pues desde el encabezado se afirmó que «*en cumplimiento del objeto del presente contrato el vendedor se obliga a*», es decir, la obligación de recaudo de cartera por parte de la cooperativa no tenía fin distinto que el cumplimiento del objeto del contrato, en otras palabras, para que ese negocio pudiera finiquitarse los intervinientes pactaron que Hábitat se ocuparía de las labores tendientes a su recaudo y cobro, por lo que no puede sostenerse que actuó como «*empleado de AFIN S.A.*».

De otro lado, si se reparan los eventos a partir de los cuales se entendería que se trata de un empleado según las definiciones de la póliza, claramente se observa que ninguno de ellos sería atribuible a Hábitat. No puede afirmarse que se trate de una persona «*que tenga contrato de servicios con el asegurado*», pues como quedó visto el único negocio jurídico acaecido entre aquellas fue la compraventa de cartera en la que se incluyó como prestación a cargo del vendedor el recaudo de la misma, o sea, tal actuación no corresponde a un servicio distinto, sino que forma parte de los compromisos derivados de aquel.

En adición, la actora se refiere a la cooperativa en varios apartes del capítulo de los hechos del libelo introductor como su mandataria, e incluso en uno de estos

afirmó que debido al incumplimiento en el traslado de los recursos por parte de aquella el 31 de octubre 2014, revocó el encargo que le había conferido para el recaudo de los recursos provenientes de los créditos adquiridos, lo que reitera que no se trataba de un empleado a su servicio.

Por tal razón, como quiera que en las reglas del contrato aseguratorio se estableció el alcance de la cláusula de amparo de «*infidelidad empleados*» y los eventos en que se atribuía esa calidad o condición, a ella deberá estarse sin que haya lugar, so pretexto de interpretarla, a ampliar su alcance y contenido para hacer aparecer como tal, situaciones que no fueron previstas por las partes.

En consecuencia, no hay lugar al reconocimiento y pago del siniestro y como esta conclusión es suficiente para confirmar la providencia apelada, no es necesario examinar los restantes argumentos del recurso, pues al no configurarse la causal de amparo invocada, baladí resulta el examen de la prescripción y la existencia y cuantía del daño conforme lo dispuesto por el artículo 282 del Código General del Proceso.

### **III. LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Se formuló un cargo con soporte en la causal segunda del artículo 336 del Código General del proceso, acusando el fallo del tribunal de quebrantar, de modo indirecto, los artículos 1047-9, 1061 y 1080 (modificado por el párrafo

del artículo 111 de la ley 510 de 1999) del Código de Comercio, en consonancia con los artículos 1045, 1054, 1072 y 1083 *ibídem*, en materia del contrato de seguros; 651 y 782 *ídem*, sobre endoso y ejercicio de la acción cambiaria; y, por remisión que dispone el artículo 822 de ese mismo código, los artículos 1501, 2142, 2150, 2158, en concordancia con los artículos 1620,1621, 1622, 1623 y 1624 del Código Civil, como consecuencia de los ostensibles errores de hecho en la intelección de prueba documental.

En sustento expuso el recurrente:

En la labor interpretativa de la póliza de manejo global bancaria y del contrato de compraventa de cartera -persona jurídica, así como en la ponderación material de esos medios, el Tribunal incurrió en errores de hecho, al no dar por demostrado, estándolo, que el contrato de compraventa de cartera celebrado entre la Cooperativa Hábitat Ltda., como enajenante, y AFIN S.A. Comisionista de Bolsa, como adquirente, contiene, además, un contrato de prestación de servicios para el recaudo de esa cartera, en el que el mandante es el factor y la mandataria la enajenante. Tampoco dio por probado, estándolo, que la Cooperativa Hábitat Ltda., en los términos de la póliza, sí tuvo la calidad de empleado del asegurado, ni que la compraventa de cartera involucró la transferencia, por endoso, de los títulos-valores a AFIN S.A., que de ese modo adquirió la calidad de tenedor legítimo.

Para los efectos del amparo de infidelidad de «*empleado*», se estipuló en la póliza que esa expresión comprende: «*(a) Todas las personas que tengan un contrato de servicios con el Asegurado, incluyendo dentro de tal calidad a los Socios, Accionistas y a los directores Ejecutivos o no Ejecutivos, los Consultores y los Empleados Temporales contratados por el Asegurado o por una Agencia de Empleo de cualquier clase que sean*», calidad que ostenta la demanda, por cuanto entre las partes se ajustó también un contrato de servicios consistente en la gestión de recaudo de la cartera .

Si la función económico-social sirve a los fines de interpretación, calificación y adecuación del negocio jurídico, en este caso puede distinguirse el contrato de compraventa de cartera – factoring-, del de mandato, presentándose así un evento de contratos coligados, dentro de un mismo documento.

La doctrina internacional ha señalado que en el contrato de factoring actualmente son tres las funciones que, no siempre coincidentes, suelen satisfacerse: a) la de gestión; b) la de garantía, y c) la de financiación. En este caso, la función de gestión, de conformidad con la cláusula segunda del contrato de compraventa de cartera -persona jurídica, la Cooperativa Hábitat transfirió a AFIN S.A. un activo financiero, en tanto y por cuanto hubo transferencia de la propiedad de los pagarés-libranzas, que «*comprende las acciones, privilegios y garantías inherentes a la naturaleza y condiciones de las obligaciones (sic) incorporadas*», en tales

títulos de contenido crediticio. Esta transferencia comporta, necesariamente, que el endosante cedió al factor, en su calidad de tenedor legítimo, el derecho a recibir los flujos de efectivo del activo financiero adquirido, que no puede confundirse con la gestión de recaudo, por ello las partes acordaron que la gestión de recaudo la llevara a cabo la cooperativa enajenante y el efectivo fuere consignado en la cuenta del banco recaudador.

Aunque la función de gestión de recaudo corresponde, en principio, al factor, no existía óbice alguno para que la llevara a cabo el mismo enajenante de los títulos, o un tercero, a la mejor conveniencia o circunstancias del factor o por las condiciones de la negociación. Claro es que al factor le asiste la facultad de cobrar los créditos adquiridos en la compra de cartera, por sí mismo o a través de un mandatario, pero se debe identificar quién llevará a cabo tal gestión, porque si el factor la delega o la otorga al enajenante o a un tercero, surge, coetáneo con el factoring, un contrato de mandato o de procura, con las obligaciones y derechos que le son propias a esta figura contractual.

En este caso en la comunicación de 9 de febrero de 2015 dirigida a Delima Marsh SA., como corredora de seguros intermediaria en la expedición de la póliza en referencia, se expresó que la cláusula de recaudo se presentó como una forma de «*tercerización*» de esa actividad ajena a la compraventa; de haberse ocupado el Tribunal de este

documento habría colegido que la cláusula 3.4. corresponde a una obligación propia de un contrato de servicios.

Por todo lo anterior, el aseverar el juzgador que la *«obligación de recaudo de cartera, por parte de la cooperativa, no obedecía ni tenía fin distinto que el cumplimiento del objeto del contrato»*, por cuanto *«desde el encabezado de dicho artículo se afirmó que tal estipulación corresponde a una obligación adquirida por el vendedor»*, es estarse, en un todo, a lo literal de las palabras, y desconocer, abiertamente, que esta obligación debe mirarse como integrada al conjunto del contrato como un contrato de prestación de servicios, procura o mandato, que se encuentra coligado con el de factoring. Es ese el conjunto contractual, que la Sala no percibió en la contemplación material de la póliza y la compraventa de cartera.

Es equivocado aseverar que la obligación de recaudo *«no corresponde a un servicio distinto e independiente, sino que forma parte de los compromisos derivados de la compraventa»*, porque comporta un aserto jurídicamente vago e impreciso, toda vez que no indica si corresponde al comprador o al vendedor tal compromiso y descarta que el adquirente pueda celebrar con un tercero la gestión de cobro de esa cartera, o con el mismo enajenante del activo financiero, si es que no tiene interés o le resulta menos oneroso llevar a cabo la gestión de recaudo.

Las pautas de hermenéutica del negocio jurídico consignadas en los artículos 1621 y 1622-1 del Código Civil, son concurrentes con la denominada «*prevalencia de la intención*», prevista en el artículo 1618 *ejusdem*, para el cabal y debido entendimiento del contrato de compraventa de cartera – factoring, que obra como prueba. Ciertamente que la intención de las partes fue la de celebrar una única operación económica, pero no por ello un único contrato, siendo esa la confusión que exhibe la sentencia acusada.

La interpretación que mejor encaja con la naturaleza del contrato, es que la estipulación 3.4., atañe a un encargo, propio del mandato, porque si bien el recaudo de la cartera es un elemento esencial del factoring, no corresponde al enajenante, sino al factor, salvo estipulación en contrario.

Es ostensible que el contrato de compraventa de cartera celebrado entre las partes está vinculado por una relación funcional de interdependencia, con otro de mandato, acorde con el cual el factor encargó a la enajenante la gestión de recaudo de los títulos. Así, una interpretación sistemática de las cláusulas 3.4. y 1.3. pone en evidencia un contrato de servicios, por el cual el factor le confió a la Cooperativa Hábitat, «*la gestión de uno o más negocios (...) por cuenta y riesgo*».

Se trata de situaciones jurídicas diversas, porque repugna a la razón jurídica, que la gestión de recaudo de los créditos enajenados sea inherente a un contrato de

compraventa, y cuando una estipulación de ese contenido se encuentra inserta en un contrato de factoring y le corresponde asumirla al vendedor del activo financiero, la única explicación razonable, es aquella que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, que no es otro que el de mandato.

El error denunciado es evidente y trascendente en la desestimación de las pretensiones, por cuanto al desconocer a la Cooperativa Hábitat como empleado de AFIN S.A., en los términos de la póliza, le cercenó al beneficiario el derecho a exigir el pago pleno del siniestro.

## **VI. CONSIDERACIONES**

1.- De cara a los problemas jurídicos que plantea el cargo, es del caso abordar su definición a partir del estudio de algunos aspectos generales relacionados con la autonomía privada, el principio de buena fe en materia contractual y los elementos del contrato (art. 1501 Código Civil), así como la interpretación de los contratos atípicos, el concepto de «*contratos coligados*» y su alcance.

A continuación, se analizará la naturaleza del negocio jurídico que vinculó a la demandante con la Cooperativa Hábitat, en aras de establecer si, como lo afirma el casacionista, es esa una modalidad de contratos coligados, y en ese sentido si en efecto se presentó yerro en la interpretación que al mismo le confirió el Tribunal al centrar

su escrutinio únicamente en las características propias de la compraventa, dejando de lado el mandato que también subyacía en el texto de aquel.

A partir de ese raciocinio, habrá de concluirse que el juzgador de segunda instancia no incurrió en ningún error de interpretación contractual, por lo que el cargo no puede abrirse paso.

**2.-** A tono con el artículo 1602 del Código Civil, *«[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales»*, norma que tiene arraigo en el denominado principio de la autonomía privada, que, en esencia, se concreta a la facultad que tienen las personas para contratar y determinar libremente el contenido de sus convenios y el alcance de sus obligaciones, no obstante, ese principio no es absoluto, sino que tradicionalmente se ha entendido limitado por la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres (arts. 6°, 16, 1518, 1524 y 1532 Código Civil), y actualmente, desde la perspectiva de la constitucionalización del derecho privado, también por principios superiores y derechos de contenido *ius fundamental*<sup>1</sup>.

Por otra parte, la libertad de autorregulación faculta a los contratantes para determinar, con sujeción a los límites mencionados, las reglas o cláusulas que van a regir el

---

<sup>1</sup> Cfr. C-660 de 1996.

vínculo jurídico por ellos mismos creado, en la forma que mejor convenga para la satisfacción de los intereses que los motivaron a celebrar el pacto, y en esa construcción su actuar debe estar regido por la buena fe que irradia el régimen de las relaciones privadas.

El citado principio está consagrado en los artículos 83 de la Carta Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, último que dispone, «*l]os contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*», por virtud del mismo, cada una de las partes en las diferentes fases, contractual y post contractual, debe asumir un comportamiento caracterizado por la sinceridad y lealtad frente al otro, de manera que, a su vez, espere recibir un trato igual.

Al respecto, en CS 6 jul. 2007, expediente 1998-00058-01, se expuso,

*A este respecto ha puntualizado la Sala, que “principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación”, así como que dicho postulado presupone “que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces” y que, desde otro ángulo, se identifica “con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las*

*esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que 'fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará'" (Cas. Civ., sent. de 2 de agosto de 2001).*

De otro lado, al tenor del artículo 1501 del Código Civil, en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales, y precisa la norma que *«[S]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales».*

Desde esa perspectiva, el contenido del contrato está conformado por sus elementos esenciales (*essentialia negotii*) que son aquellos absolutamente necesarios para su validez y eficacia; los naturales (*naturalia negotii*) referidos a otros que sin ostentar la connotación de esenciales se derivan de disposiciones jurídicas y se integran al negocio, aunque las partes no los incluyan expresamente si no disponen nada en contrario, y los accidentales (*accidentalia negotii*), que aluden a los acuerdos que los intervinientes pueden adicionar para configurar la convención conforme a sus intereses particulares.

**3.-** Los contratos atípicos o innominados son aquellos que carecen de regulación normativa, por lo tanto, se originan en la autonomía privada producto de la voluntad y la libertad contractual de las partes, por fuera de los modelos tradicionales, dotándolos de contenido obligacional que es ley para las partes en los términos del artículo 1602 del Código Civil.

Precisamente ante la falta de regulación legal, cuando se presenten controversias entre las partes, la interpretación de los contratos de esta naturaleza puede generar perplejidades que deban ser resueltas por vía jurisdiccional. Al respecto, por la preponderancia de la autonomía negocial, es evidente que la primera fuente de interpretación se halla en las estipulaciones convencionales, no obstante, si estas lucen contradictorias o ambiguas, es preciso acudir a fuentes supletorias, que pueden buscarse en el régimen general de las obligaciones, o en el modelo contractual típico que más se asemeje al ajustado por los contendientes.

Sobre esta temática, Luis Diez Picazo<sup>2</sup>, sostiene que,

*La doctrina, para resolver la cuestión de la disciplina normativa de los contratos atípicos, ha formulado dos tesis o puntos de vista distintos, a los que se ha llamado respectivamente «teoría de la absorción» y «Teoría de la combinación». De acuerdo con la teoría de la absorción debe buscarse, dentro de la totalidad de los contratos atípicos, un elemento preponderante que se corresponda con el elemento preponderante de algún contrato típico y aplicar al conjunto la disciplina normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento preponderante. (...)*

---

<sup>2</sup> Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol I, Introducción Teoría del Contrato. 5° ed. Civitas, Madrid, 1996. Pág. 391.

*Para superar los obstáculos a los que conduce la teoría de la absorción, se ha formulado la llamada «teoría de la combinación». De acuerdo con esta segunda teoría, cuando en los contratos atípicos coexistan prestaciones y elementos correspondientes a diferentes contratos típicos, la disciplina normativa aplicable a aquellos deberá reconstruirse combinando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos. De la teoría de la combinación se ha dicho que respeta en mayor grado la verdadera posición del problema, ya que trata de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada uno de los elementos del contrato, procurando la creación de un todo organizado.*

**4.-** Según se expuso en SC 01 jun. 2009, exp. 2002-00099-01, la coligación, o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas que atañen a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, *«vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origine (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos».*

Para Francesco Galgano<sup>3</sup>, tratándose de contratos coligados no hay uno único, sino *«una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja»*, y en punto a la relevancia de este tipo de contratos precisa que *«los distintos contratos coligados conservan su individualidad, sin embargo, las vicisitudes que afectan a un contrato –invalidez,*

---

<sup>3</sup> El Negocio Jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 114.

*ineficacia, resolución- pueden repercutir sobre el otro o sobre los otros»<sup>4</sup>.*

La Corte en SC 25 sep. 2007, exp. 2000-00528-01, a propósito de los contratos conexos o coligados explicó que, en procura de la realización de una operación económica, «los interesados celebran diversos contratos, de manera que solo el conjunto de ellos y, más concretamente, su cabal ejecución, los conduce a la consecución del objetivo que persiguen. Por ello acuden a la pluralidad negocial, como quiera que dicho objetivo, en sí mismo, no siempre pueden obtenerlo a través de la realización de un solo tipo negocial», y tras reseñar doctrina foránea sobre ese fenómeno de contratación, acotó,

*(...) él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede transcender en su formación, ejecución o validez, o como bien lo puntualiza el doctrinante Renato Scognamiglio, “dos elementos se tornan necesarios para que pueda hablarse de negocios coligados: una pluralidad de negocios y la conexión entre ellos mismos”<sup>5</sup>. Cuando el vínculo de dependencia apunta en un solo sentido, de un contrato a los demás, se habla de una subordinación o vinculación unilateral y cuando es bifronte, es decir, va y viene por igual entre los distintos contratos, el lazo es mutuo o recíproco, de interdependencia*

*De suyo pues, que sólo ante la presencia de dos o más contratos, que en sí mismos considerados tienen su propio autogobierno y autonomía, ello es medular, puede darse el referido fenómeno, lo que excluye todos aquellos casos en que existe un sólo o único contrato, ya se trate de uno complejo, mixto o atípico –entre otras tipologías-, bien porque toma elementos de diferentes tipos contractuales preestablecidos legalmente o porque no corresponde a una de las formas contractuales previstas en las*

---

<sup>4</sup> *Ibid.* Pag. 115

<sup>5</sup> Collegamento negociale, en Scritti giuridici, Vol. I, Cedam, Milano, 1996, pág. 119.

normas positivas, pero que, en definitiva, comporta la existencia de un único negocio jurídico (unicum negocial). [subraya intencional].

En este orden de ideas, necesario es, por tanto, separar los supuestos de hecho en que el acuerdo de los interesados determina el surgimiento de un sólo negocio jurídico o de varios, conectados o articulados entre sí. Para el efecto, y sin desconocer que han sido diversas las tesis que apuntan a establecer cuál ha de ser el elemento que permita hacer tal diferenciación, es del caso coincidir con el criterio mayoritario, que señala que “La doctrina ha propuesto varias soluciones con razón agrupadas en tres categorías, según que se funden en el elemento subjetivo (voluntad de las partes), o sobre éste integrado con un elemento objetivo (conexión económica de las prestaciones), o sobre un elemento objetivo. Descartadas las dos primeras categorías se debe, en nuestra opinión, entre las tesis reagrupadas en la tercera, decidirse por la que recurre a la causa, mas bien que por la que establece el criterio decisivo de la relación entre las diversas prestaciones. La preferencia se encuentra, en nuestra opinión, en la mayor seguridad que existe al basarse en un elemento objetivo como es, al menos para nosotros, la causa, y además en la mayor amplitud del concepto de causa, respecto al de relación entre prestaciones, el cual, por definición, se limita a los negocios patrimoniales, mientras que el problema puede ir más allá de éstos. Así que, aplicando el concepto de causa, el supuesto de hecho hay que considerarlo como constituyendo un único negocio si la causa es única (aunque conste de la conmixción o fusión de varias causas) y, por el contrario, constituyendo varios negocios si se presentan varias causas autónomas y distintas”<sup>6</sup> (Se subraya).

Ahora bien, la causa de cada uno de los contratos coligados o conexos en particular, no puede confundirse con la del negocio, en definitiva, perseguido por los interesados, analizado como una operación jurídica, en sentido amplio. Esta última, de un lado, se ubica por fuera los contratos mismos que, como eslabones, integran la cadena que sirve a ese propósito final y, de otro, opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva. Entender lo contrario, impondría colegir que en todos los supuestos en que la conexidad contractual campea, se estaría siempre en presencia de una única causa -la realización de la operación económica- y, por lo mismo, de un sólo negocio jurídico, independientemente de la forma que tuviere, lo que significaría, per se, negar la ocurrencia del fenómeno contractual en cuestión.

Por eso bien se ha dicho que “Es necesario observar que el coligamento funcional comporta la unidad del interés globalmente perseguido, lo cual no excluye que tal interés sea realizado a través de contratos diversos, que se caracterizan por un interés inmediato, autónomamente

<sup>6</sup> Luigi Cariota Ferrera. El negocio jurídico, Op. cit, pág. 262 y 263.

identificable, que es instrumental o parcial respecto al interés unitario perseguido mediante el conjunto de contratos. En los contratos coligados debe por tanto identificarse la causa parcial de cada uno de los contratos y la comprensiva de la operación”<sup>7</sup>.

*Por consiguiente, y sin desconocer la existencia de un motivo supracontractual, esto es, un móvil que, en general, sirve de apoyo a la celebración de la operación económica, **in complexu, el examen de la causa que permita establecer la pluralidad de contratos, deberá efectuarse en el interior de ellos. Se trata de comprobar si todos responden a una sola causa o a distintas, que los ligan entre sí. En la primera hipótesis, únicamente podrá reconocerse la existencia de un sólo negocio jurídico, no habiendo lugar a hablar de conexidad contractual; en la segunda, la conclusión será distinta: existen diversos contratos autónomos, pero con un vínculo relevante de dependencia, ora recíproca - interdependencia, unos con otros-, ora unilateral -unos de otros-*** (Negrilla intencional).

Posteriormente, en SC 01 jun. 2009, exp. 2002-00099-01, la Corte precisó que, en estas hipótesis, la variedad negocial «*se ata por la interdependencia funcional y teleológica y, aun cuando, cada tipo negocial conserva su individualidad normativa, su eficacia encuentra condicionamiento recíproco*», y citando otro precedente, puntualizó,

*(...) habrá conexión contractual cuando celebrados varios convenios deba entenderse que desde el punto de vista jurídico no pueden ser tratados como absolutamente independientes, bien porque su naturaleza y estructura así lo exija, o bien porque entonces quedaría sin sentido la disposición de intereses configurada por las partes y articulada mediante la combinación instrumental en cuestión” (Cas. Civ., sentencia de 6 de octubre de 1999, exp. 5224, CCLXI, Vol. I. p. 531).*

Las anteriores premisas permiten colegir que la conexidad negocial utilizada como instrumento que permite

---

<sup>7</sup> C. Massimo Bianca. Diritto civile, T. III, Il contratto. Giuffré Editore, Milano, 1987, pág. 457, autor que recuerda, siguiendo a Palermo, “...que la función comprensiva de la operación no debe ser confundida con la causa”.

a las partes a partir de varios contratos desarrollar una operación económica unitaria y compleja, necesariamente, supone la existencia de varios contratos típicos o atípicos, perfectamente diferenciados y que, en todo caso, conservan su individualidad, lo que no obsta para que entre ellos exista una relación de dependencia. Ello significa que desde que se ajusta esa tipología contractual, debe quedar claramente establecido cuáles son los distintos acuerdos de voluntades que la componen, de modo que si llegaren a presentarse posteriores controversias sea factible definir si se refieren a uno de ellos en particular o a varios, y cuál sería su impacto o repercusiones en la operación económica que los aglomera.

**5.-** En el caso sometido a consideración, la razón esgrimida por el Tribunal para refrendar el fallo de primer grado, en esencia, se circunscribió a que, en los términos definidos en el contrato de seguro, respecto de la Cooperativa Hábitat no recaía la calidad de empleada en razón del convenio celebrado con AFIN S.A., toda vez que el único negocio jurídico acaecido entre aquellas fue la compraventa de cartera en la que se incluyó como prestación a cargo del vendedor el recaudo de la misma, de modo que tal actuación no corresponde a un servicio distinto, sino que forma parte de los compromisos derivados de aquel.

La censura frente a ese raciocinio, en lo medular, atañe a que el Tribunal incurrió en errores de hecho, al no dar por demostrado que la compraventa de cartera o factoring celebrado entre aquellas, contenía, además, un contrato de

prestación de servicios para el recaudo de la cartera, en el cual el mandante es el factor y la mandataria la enajenante. De manera que Hábitat Ltda., en los términos de la póliza, sí ostentaba la calidad de empleada de AFIN S.A.

En el descrito escenario, es preciso entrar a determinar, si en realidad el *ad quem* incurrió en el yerro imputado, por haber decidido al margen de la tipología de contratos conexos o coligados, en desmedro de los intereses de la demandante por errada hermenéutica contractual.

**5.1.-** Con la demanda se allegó copia del denominado «*Contrato de Compraventa de Cartera Persona Jurídica*» (fls. 106 – 108, c. 1), celebrado entre AFIN S.A. Comisionista de Bolsa, en calidad de comprador y Cooperativa Hábitat, como vendedor, cuyo objeto se concertó en la cláusula segunda, en los siguientes términos:

*El objeto de este contrato lo constituye la compra por parte del comprador del derecho de dominio y posesión sobre los pagaré – libranza de propiedad del vendedor que el comprador escoja. La transferencia de la propiedad de la cartera materia de esta compraventa se perfecciona mediante el endoso en propiedad y con responsabilidad del vendedor y entrega real y material de los pagarés - libranzas, en donde se comprenden las acciones, privilegios y garantías inherentes a la naturaleza y condiciones de las obligaciones incorporados en los citados pagarés – libranzas y derivados de las cartas de instrucciones y demás documentos anexos, de forma autónoma e independiente a la relación causal que les dio origen a los mismos.*

Entre las obligaciones del vendedor consignadas en la cláusula 3°, se plasmó «*3.4. Realizar las gestiones de recaudo de la cartera objeto de esta compraventa e instruir a la Pagaduría para que el giro de los dineros recaudados se*

deposite en la cuenta del Banco Recaudador designada por las partes», y a cargo del comprador, en la cláusula cuarta se fijaron tres obligaciones, a saber:

4.1. pagar el precio de la compraventa.

4.2. Recibir la cartera vendida y previamente seleccionada por el comprador, así como toda la documentación relacionada con la misma, si ello fuere del caso en los términos del numeral 3.2. de la cláusula tercera de este contrato.

4.3. Efectuada la cancelación total de la cartera objeto de esta compraventa, devolver al vendedor los pagarés libranza debidamente endosados en propiedad.

Con nitidez se aprecia que la negociación recayó sobre lo que las partes llamaron «*compra de cartera*», sin expresar en ninguno de sus apartados que incluyera, además, un contrato típico de mandato, más sí se indicó, «*[e]l presente contrato constituye el acuerdo único y total entre las partes en relación con el objeto contratado y prevalece sobre cualquier propuesta verbal o escrita, sobre toda negociación previa y sobre todas las demás comunicaciones entre las partes con respecto al objeto del contrato*» (cláusula 11°), pacto que se reforzó al consignar, «*cualquier modificación que acuerden las partes deberá hacerse constar por escrito, sin dicha formalidad se reputará inexistente*» (cláusula 15°). [Subraya intencional].

El tribunal, a partir de la literalidad del referido contrato, al momento de establecer si de él emergía la calidad de empleada atribuida por el demandante a la

Cooperativa Hábitat para sustentar su reclamación ante la aseguradora, concluyó que no fue así, porque solo se acreditó la existencia de un negocio jurídico de compraventa de cartera, en el cual se incluyó como prestación a cargo del vendedor el recaudo de la misma, que *«no corresponde a un servicio distinto e independiente, sino que forma parte de los compromisos derivados de la compraventa»*, inferencia que no luce arbitraria o contraevidente, sino que se ajusta a lo que, en realidad, emerge del documento, según pasa a explicarse.

**5.2.-** En primer término, cumple poner de relieve como en el texto que recogió el acuerdo de voluntades no se incluyó referencia alguna a cuáles eran las normas jurídicas específicas que lo disciplinaban, limitándose en su cláusula décima segunda a señalar *«[l]ey aplicable. Este contrato se regirá, se interpretará y será ejecutado con sujeción a las leyes de la República de Colombia, en especial se regirá por las disposiciones contenidas en el Código de Comercio en relación con su naturaleza»*, de manera que ningún yerro jurídico se advierte en el análisis ofrecido por el Juzgador al tamiz de las características de una compraventa de bienes – títulos valores seguidos de unas libranzas, porque fue ese el objeto contractual dispuesto por las partes.

Obsérvese que, si bien por virtud del principio de la autonomía de la voluntad las partes eran libres de elegir el modelo de contratación que las vincularía y de dotarlo de contenido para satisfacer en mejor medida sus intereses

recíprocos, es claro que, tal y como lo dedujo el *ad quem*, optaron por celebrar un contrato único que denominaron de «*compraventa de cartera persona jurídica*», pues ninguna otra inferencia emerge de su texto, y contrario a lo que afirma la opugnante, no se vislumbra concurrencia o conexidad con otro contrato.

Ciertamente, según se explicó en precedencia, la verificación de la conexidad negocial supone comprobar que existen diversos contratos autónomos e independientes, pero que entre ellos se da un vínculo relevante de dependencia o interdependencia, cosa que aquí no ocurrió, dado que, más allá del contenido de la compraventa de cartera, no se aprecia un acuerdo explícito entre las mismas partes relacionado con la celebración de un contrato típico de mandato comercial, que convergiera con aquel.

**5.3.-** Fluye entonces palmario que la obligación de recaudo de cartera a cargo del enajenante, se contempló solo como una cláusula accidental a la compraventa de aquella, que bien podía ser convenida allí mismo por virtud de la autonomía contractual, pese a no ser una prestación de la esencia de ese tipo de contrato. De ahí que la conclusión del Tribunal no aparece como producto de una indebida interpretación del documento que recogió las estipulaciones contractuales, puesto que, ciertamente, de él no se deduce que ese acuerdo comportara un contrato distinto y coligado al primero.

En efecto, la cláusula 3.4 por sí misma no tiene la virtualidad de documentar un contrato típico de mandato comercial, regulado en los artículos 1262 del Código de Comercio que, en cuanto a su definición y contenido, dispone:

**ARTÍCULO 1262.** *El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra.*

*El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.*

*Conferida la representación, se aplicarán además las normas del Capítulo II del Título I de este Libro.*

**ARTÍCULO 1263.** *El mandato comprenderá los actos para los cuales haya sido conferido y aquellos que sean necesarios para su cumplimiento.*

Como puede verse, siendo éste un contrato nominado, la misma ley define sus características propias como la remuneración (art. 1264 *ib.*), la forma de extinción (art. 1279, *ib.*), y los demás derechos y obligaciones que emanan de él (arts. 1266 - 1278, *ib.*).

En esa medida, en el caso examinado, resulta demasiado forzado sostener que el pacto acerca de que la obligación de recaudo continuara a cargo de la vendedora, sin otras estipulaciones que definieran el objeto y prestaciones generadas con ocasión de ese acuerdo y sin ningún fundamento jurídico diferenciador, constituya un contrato autónomo de mandato inmerso en el mismo texto como coligado a la compraventa de cartera.

Es más, ni siquiera se evidencia contradicción o ambigüedad entre lo consignado y la clara intención de los contratantes, que plantee la necesidad de interpretación respecto de la calificación jurídica del contrato por fuera de que lo que aquellos celosamente convinieron, al punto que circunscribieron su alcance a lo indicado en el objeto contractual y limitaron cualquier modificación a la formalidad escrita (cláusulas 12 y 15).

**5.4.-** Conviene precisar, además, que en el libelo inicial no se mencionó que el negocio celebrado por AFIN S.A. con la Cooperativa Hábitat obedeciera a un Factoring que en nuestro país es de naturaleza atípica o innominada en la medida que no cuenta con regulación legal. Ahora, si bien la referida negociación podría guardar relación con una operación de factoring definida en el Decreto 2669 de 2012<sup>8</sup>, como aquella mediante la cual *«un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos»*, lo cierto es que en este caso, por expresa disposición de las partes, el contrato se ajustó como *«compraventa de*

---

<sup>8</sup> Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5° del Decreto número 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones.

*cartera*», sin que resulte trascendente dilucidar si en realidad correspondía a una modalidad de Factoring, de modo que siendo ese contrato ley para las partes (art. 1602 Código Civil), ningún desacierto se advierte en las apreciaciones del juzgador en torno a sus características y alcance.

6.- En síntesis, los argumentos del opugnante no logran derruir la presunción de acierto del fallo confutado, pues si en la Póliza Manejo Global Bancaria Nro. 2202214000147, donde figuran como aseguradora Mapfre Seguros Generales de Colombia, y como tomadora, asegurada y beneficiaria AFIN S.A., se incluyó el amparo de infidelidad de empleados, referido a las *«[p]érdidas que resulten directamente por actos fraudulentos o deshonestos cometidos por un empleado actuando solo o en colusión con otros»*, para la verificación de la ocurrencia del riesgo asegurado era menester consultar lo que la misma póliza en el acápite de definiciones acordó:

Para los efectos de las partes I, II y III donde se usen los siguientes términos estos deben interpretarse como sigue:

20. “Empleado”, significa:

(a) Todas las personas que tengan un contrato de servicios con el Asegurado, incluyendo dentro de tal calidad a los Socios/Accionistas y a los Directores Ejecutivos o No ejecutivos, los consultores y los empleados temporales contratados por el Asegurado o por Agencias de Empleo de cualquier clase que sean.

(...)

(f) Cualquier otra persona que haya sido contratada por el Asegurado bajo un contrato de servicios o que preste servicios si tal persona ha sido registrado (sic) por el Asegurado ante un

organismo de autorregulación para realizar negocios de servicios financieros en nombre del asegurado.

Precisamente la hermenéutica que aplicó el Tribunal en el estudio de la controversia lo condujo a establecer el fracaso de las pretensiones, en últimas, por la falta de acreditación del riesgo asegurado, al dar por demostrada la existencia de un solo contrato del cual no se deducía la calidad de empleada de la Cooperativa Hábitat respecto de la asegurada AFIN S.A., decisión que, según ha quedado expuesto, es acorde con lo que arroja el cotejo de los contratos de compraventa de cartera y seguros, reseñados en este proveído.

En suma, el ataque no tiene éxito.

**7.-** Ante la improsperidad del recurso de casación se impone condenar en costas al impugnante, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 348 del Código General del Proceso, incluyendo por concepto de agencias en derecho el valor que aquí se fijará, para lo que se tiene en cuenta que hubo réplica.

## **V. DECISIÓN**

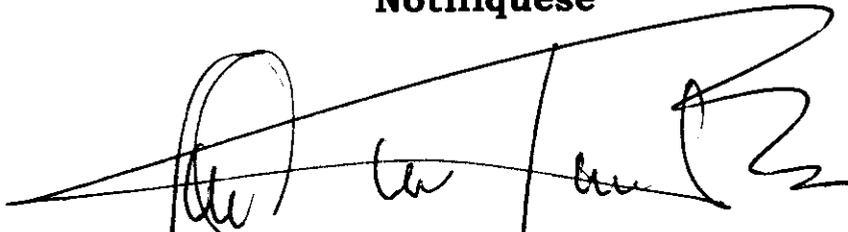
En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 22 de marzo de 2018, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Bogotá, en el proceso verbal promovido por AFIN S.A. Comisionista de Bolsa contra Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A.

Se condena en costas del recurso de casación al impugnante. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000).

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

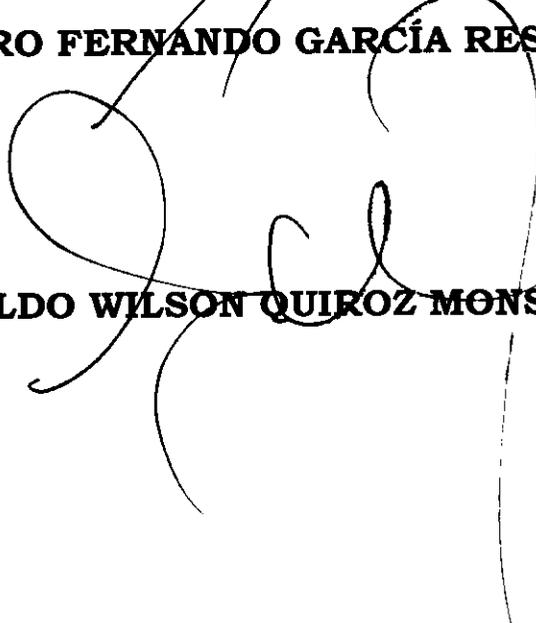
**Notifíquese**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**Presidente de Sala**



**ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



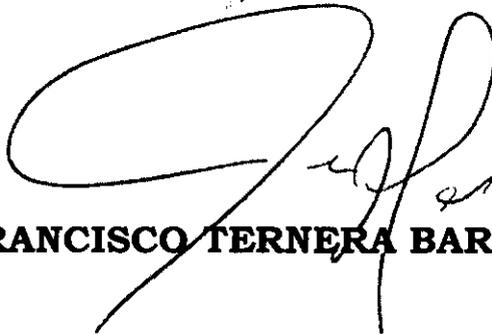
**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**