



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

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Magistrado ponente**

**SC098-2023**

**Radicación n.º 11001-31-99-003-2019-02728-01**

(Aprobado en sesión de dieciséis de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., frente a la sentencia de 10 de diciembre de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por la Comercializadora Ragged y Cía. S.A. contra la recurrente, y en el que fuera llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A.

## **ANTECEDENTES**

### **1. Pretensiones.**

La Comercializadora Ragged y Cía. S.A. pidió declarar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de encargo fiduciario n.º 0001100010273. Consecuencialmente, solicitó

que se condene a la convocada a restituirle todos los recursos que transfirió al proyecto inmobiliario “Centro Comercial Marcas Mall”, esto es, la suma de \$2.095.358.500, junto con los rendimientos pertinentes.

## **2. Fundamento fáctico.**

2.1. La Comercializadora Ragged y Cía. S.A. se vinculó al proyecto “Centro Comercial Marcas Mall”, que se construiría en la ciudad Cali, y para cuyo desarrollo la promotora Urbo Colombia S.A.S. (quien luego cedió su posición contractual a Marcas Mall Cali S.A.S.) celebró con la demandada el «*Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall*», con el propósito de «*vincular a los futuros compradores de las unidades comerciales*».

2.2. Tan pronto la actora decidió adquirir el futuro local comercial 1-052, suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el encargo fiduciario n.º 0001100010273 de fecha 3 de septiembre de 2014. El valor de la inversión total ascendería a \$2.327.065.000.

2.3. Según se estableció en la cláusula primera del encargo fiduciario individual, su objeto consistía

«(...) en **la administración de los recursos que depositen** el (los) Inversionista(s), correspondientes a las sumas de dinero acordadas entre “Promotora Marcas Mall Cali S.A.S.” (...), **con el fin de que estos recursos sean transferidos al Promotor, una vez se cumplan por estos, las condiciones de transferencia de recursos que se establecen a continuación:** “1. Constancia de radicación del Permiso de Ventas, para cada etapa del

*Proyecto, si es del caso; 2. Licencia de Urbanismo y Construcción vigentes para cada etapa del Proyecto; 3. Carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del Proyecto; 4. Haber celebrado un total de Encargos Fiduciarios Individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del Proyecto; 5. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del Proyecto debidamente aprobado por el Interventor del Proyecto y por el Promotor. 6. Que los encargos fiduciarios de los inversionistas, cuenten en suma con saldos equivalentes al quince por ciento (15%) del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas. 7. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.».*

2.4. De acuerdo con lo pactado en ese contrato, en caso de que las referidas condiciones de transferencia de recursos no se cumplieran, los dineros serían reembolsados al inversionista, junto con sus rendimientos.

2.5. Sin embargo, para la fecha de suscripción del encargo fiduciario individual, las condiciones de transferencia de los recursos y la fecha de cumplimiento del contrato de encargo fiduciario de preventas Promotor MR-799 Marcas Mall habían sido modificadas entre la fiduciaria y la promotora, conforme al otrosí n.º 3 del encargo fiduciario de preventas de 15 de octubre de 2014, situación que no fue informada a la actora.

2.6. En el citado otrosí, se cambiaron las condiciones de transferencia inicialmente pactadas y se adelantó la fecha de cumplimiento para el 15 de diciembre de 2014, prorrogable por seis meses más.

2.7. Durante la revisión del acta de verificación de cumplimiento de condiciones de transferencia de recursos, suscrita el 4 de noviembre de 2014 por los representantes legales de la fiduciaria y de la promotora, la actora pudo constatar que la fiduciaria había incumplido «*gravemente*» las obligaciones contractuales y legales a su cargo, dado que:

- (i) «*Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y la Promotora Marcas Mall S.A.S. realizaron modificaciones al contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall, **cambiando unilateralmente las condiciones para la transferencia de los recursos, situación que transforma diametralmente lo pactado del Encargo Inicial, y nunca fue informada a mi representada, es decir, no se le notificó a mi cliente los cambios en las condiciones pactadas en el contrato de Encargo Fiduciario Nro. 0001100010273 y la fecha de transferencia de los recursos***».
  
- (ii) «*No se cumplió con el requisito de aportar el Certificado de Tradición actualizado del Lote identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, terreno sobre el cual se desarrollaría el proyecto, en donde debía constar “que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria.” Inmueble determinado e identificado en el objeto contractual del Encargo Fiduciario de Preventa Promotor MR-799 parágrafo primero de la cláusula primera y en el Contrato de Encargo Fiduciario Individual – cláusula primera. Al solicitar el referido certificado, se pudo confirmar en la Anotación No. 11 que la transferencia a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, únicamente se surtió mediante escritura pública No. 2845 del 19 de noviembre de 2014, otorgada por la Notaría 11 del Círculo de Cali, registrada en el folio el día 01 de diciembre de 2014. De la simple lectura del certificado de tradición del citado inmueble 370-695292, se puede determinar que **el acta de verificación no se ajusta a la realidad**, toda vez que en la anotación Nro. 11 se establece la tradición a la sociedad fiduciaria en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo,*

*mediante compraventa realizada por Escritura Pública No. 2845, el 19 de noviembre de 2014 otorgada por la Notaría 11 de Cali, inscrita en el Folio de Matrícula el día 1 de diciembre de 2014. Esto es, **para la fecha de la supuesta “Verificación” – nov. 4 de 2014-, la propiedad del inmueble se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S. y NO de la sociedad Fiduciaria en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo**».*

(iii) «Acción Sociedad Fiduciaria NO CUMPLIÓ con la correspondiente verificación del requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en el “ACTA DE VERIFICACIÓN” del 4 de noviembre de 2014, la Fiduciaria afirmó: “que mediante comunicación de fecha cuatro (04) de noviembre de 2014, la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., certifican que para el desarrollo del Proyecto CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL, no es necesario el crédito constructor ya que será construida totalmente con recursos generados por la venta de cada una de las unidades inmobiliarias, debidamente suscrita por la señora Adriana Aguilón Ramírez, Revisora Fiscal”. **Esta afirmación es FALSA, toda vez que para el 4 de noviembre de 2014 no existía tal comunicación.** Tan solo DIEZ (10) DÍAS DESPUÉS a la suscripción de la señalada acta, mediante documento de fecha doce (12) de noviembre de 2014, debidamente radicado en Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el día 14 de noviembre de 2014 bajo el número Rad. Nro. 20141114-140-373509-2, la señora Adriana Aguilón, revisora fiscal de la sociedad Promotora, acreditó [numeral 3]: “Que por los motivos anteriormente expuestos el proyecto denominado Centro Comercial Marcas Mall no requiere crédito constructor. Y concluye la sociedad Fiduciaria, en la citada Acta de “Verificación”, que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato (...)».

(iv) «Para el día 4 de noviembre de 2014, fecha del Acta de Verificación de requisitos, tampoco se cumplía con la siguiente condición establecida en el Encargo Fiduciario Individual y Contrato Promotor: “Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto, o de cada etapa del proyecto, si es del caso (...)».

2.8. De lo expuesto se sigue que la convocada dejó de verificar las condiciones de transferencia de recursos a la promotora del proyecto, trasgrediendo con ello sus deberes de lealtad y buena fe, información, diligencia, profesionalidad y especificidad, así como la obligación de previsión y protección de los bienes fideicomitidos.

2.9. Además, la fiduciaria no informó sobre la existencia del acta de verificación para la transferencia de los recursos, e incluyó *«información falsa»* en el contrato de adhesión del encargo fiduciario *–«al afirmar como fecha de cumplimiento de los requisitos el 15 de diciembre de 2014»–*, violando de esta manera las previsiones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Y, como si fuera poco, recibió aportes de terceros con posterioridad a la fecha de la referida acta de verificación, razón por la cual *«se desconoce [la] administración y paradero [de los recursos entregados], toda vez que la Fiduciaria incumplió con la obligación de liquidar el contrato de encargo fiduciario de preventas»*.

2.10. Debido a las múltiples infracciones contractuales referidas –a las cuales se suman la falta de respuesta a la reclamación directa y de pronunciamiento en relación con la solicitud de devolución de los dineros invertidos–, *«a la fecha [la sociedad actora] no cuenta con su inversión, toda vez que no se le ha reintegrado, no cuenta con el bien inmueble pues no fue ni escriturado, ni entregado y el proyecto se encuentra paralizado hace más de tres años»*.

### **3. Actuación procesal.**

3.1. Acción Fiduciaria S.A. compareció oportunamente al proceso y formuló las excepciones denominadas «*cláusula compromisoria*»; «[ausencia de responsabilidad] *por inexistencia del daño e inexistencia del nexo causal*»; «*error en la identificación del contrato celebrado*»; «*falta de legitimación en la causa por pasiva*» y «*excepción genérica*».

Sostuvo, en síntesis, que los recursos se transfirieron de conformidad con lo pactado contractualmente; que no existe daño indemnizable, pues el dinero de la demandante se encuentra en la parte alícuota que le corresponde sobre el lote, y que, como inversionista, puede recibir su dinero si se liquida el proyecto, o adquirir la propiedad de los locales, de ser el caso. De otro lado, alegó la inexistencia de nexo causal entre su conducta y la pérdida alegada, en tanto la fiduciaria no tenía el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos de transferencia de los recursos, siendo ello responsabilidad exclusiva del promotor.

3.2. La demandada llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. para que, en el evento de condena, se ordenara el reembolso a cargo de la póliza de seguros n.º 1000099, en su sección de responsabilidad civil profesional.

3.3. Enterada de su vinculación, la aseguradora excepcionó «*ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*»; «*ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza no. 1000099 con*

*de (sic) 30 de septiembre de 2017 a 30 de septiembre de 2018 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en el los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro»; «improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de cada una de las secciones de la póliza no. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.»; «improcedencia de la acumulación de los límites asegurados bajo la póliza n° 1000099»; «aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza no. 1000099»; y «excepción genérica».*

Lo anterior, haciendo énfasis en que, *«de comprobarse, tal y como consta en la denuncia penal, que la fiduciaria asegurada incurrió en actos delictivos en el manejo de recursos relacionados con el Encargo Fiduciario 0001100010273, el Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall, o el Fideicomiso 2351 MARCAS MALL, se trataría de una actuación dolosa, fraudulenta o de mala fe la cual no podría ser asegurable conforme lo dispuesto en el artículo 1055 del C. de Co. y de paso se encontraría excluida de cobertura conforme lo dispuesto en las exclusiones número 3.7 y 3.14 del condicionado general correspondiente a la sección de responsabilidad civil profesional para entidades financieras».*

3.4. Al descorrer el traslado del escrito de contestación y de formulación de excepciones, la demandante anotó que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no solo incumplió con sus deberes legales y contractuales en la forma ya descrita, sino que *«los dineros de mi representada fueron puestos a disposición NO SOLO del Promotor, sino de otros fideicomisos y de terceros que no tenían relación con el proyecto»*, lo que refuerza la inobservancia de los

compromisos, si se tiene en cuenta que «no se presentó (...) prueba alguna de exoneración de responsabilidad».

Asimismo, recalcó que «plenamente probada[s] se encuentran las maniobras engañosas en que incurrió ACCIÓN FIDUCIARIA por las acciones de su representante legal y la mayoría de su personal en la ciudad de Santiago de Cali»; aunado a que, en el fideicomiso de Marcas Mall, se constataron los movimientos inusuales y **un faltante de \$16.775.662.951**, lo que –sumado a manejos irregulares en otros fideicomisos– llevó a la misma fiduciaria a denunciar al representante legal de la sucursal ubicada en la ciudad de Cali por los delitos de «falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, hurto, administración desleal (...)», denuncia con la que, en criterio de la actora, se puede comprobar la indebida administración de los recursos.

Finalmente, enfatizó en que a los inversionistas del proyecto no se les otorgó la calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo fideicomiso FA-2351, titular del lote de terreno en el que se adelantaría el proyecto, «negándoseles cualquier derecho, vínculo o interés de tipo económico o jurídico o cualquier otro, en el fideicomiso», por lo que «en caso de liquidación del proyecto, no le correspondería derecho alguno», evento con el que quedó «demostrado otro de los presupuestos axiológicos para la viabilidad de la acción con ocasión a la responsabilidad contractual que hoy le es endilgada a la Fiduciaria, esto es EL DAÑO».

3.5. El 22 de febrero de 2021, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró no probadas las excepciones

esgrimidas, y, tras encontrar acreditado el incumplimiento grave de las obligaciones de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ordenó que le restituyera a la Comercializadora Ragged y Cía. S.A. la suma de \$2.510.232.866,56.

De otro lado, estimó las defensas de la aseguradora llamada en garantía relacionadas con la ausencia de cobertura de la póliza 1000099 por encontrar probados los supuestos que configuraban las exclusiones alegadas.

3.6. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue concedido ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

### **LA SENTENCIA IMPUGNADA**

Mediante providencia de 10 de diciembre de 2021, el *ad quem* confirmó el fallo de primera instancia, tras concluir:

(i) En lo que respecta al incumplimiento de las obligaciones legales y convencionales, sostuvo que, ciertamente, en el contrato de encargo fiduciario individual se estableció como objeto la administración de los recursos depositados por el inversionista, los cuales debían ser transferidos por la fiduciaria al promotor una vez cumplidas las condiciones allí previstas, dentro de las cuales se consignó la aprobación de un crédito constructor y que el lote en el que se desarrollaría el proyecto estuviera a nombre del fideicomiso. Asimismo, añadió que en la cláusula quinta del encargo fiduciario MR-799 se dejó previsto que la fiduciaria

tendría la obligación de mantener los recursos recaudados, separados del resto de sus activos y de los que correspondieren a otros encargos fiduciarios.

(ii) Por ello, recalcó que la pasiva, previo a la transferencia de recursos al promotor, *«tenía la obligación de verificar las condiciones de punto de equilibrio, como se desprende de lo estatuido en los contratos de encargo matriz (cláusula tercera del contrato MR-799) y encargo fiduciario individual (cláusula primera), propendiendo porque lo certificado por el Promotor se encontrara debidamente acreditado, lo cual evidentemente no hizo, pues no constató la aprobación del crédito constructor, ni tampoco la titularidad del derecho de dominio sobre el lote en el que se construiría el Centro Comercial Marcas Mall, inmueble que para la fecha de suscripción del acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 no era de propiedad del fideicomiso administrado por esa fiduciaria, como se desprende de la anotación No. 11 del certificado de tradición y libertad aportado con la demanda (...)»*.

(iii) Bajo ese panorama, el *ad quem* coligió que la convocada puso en riesgo, desde el principio, la viabilidad del proyecto inmobiliario y que, ante la falta de verificación de las precitadas condiciones de transferencia, *«debió, indefectiblemente, proceder a la devolución de los dineros aportados por los inversionistas, lo cual evidentemente no realizó y, por el contrario, hizo uso de los mismos para pagar más de catorce mil millones de pesos por el lote en el que se desarrollaría el proyecto inmobiliario, siendo que eso le correspondía hacerlo al fideicomitente»*.

(iv) También relievó que quedó acreditada la inobservancia por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. del deber legal y contractual de *«mantener los bienes objeto de la*

*fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios», pues de acuerdo con los hallazgos del informe de auditoría de fecha 21 de enero de 2018, se pudo constatar que «de diversos fideicomisos, incluyendo el Marcas Mall, se hicieron diferentes pagos a la sociedad Inversiones 88 SAS, por más de dos mil ochocientos millones de pesos, compañía cuya representante legal es Rosalba Romero Torres, quien es “la madre de Álvaro José Salazar”, gerente de la Oficina de la ciudad de Cali», de lo que emergió claro «el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., que impactaron de manera directa a la sociedad demandante, que en su condición de beneficiaria de área pagó la suma de \$2.095’358.500, tal y como lo relató su representante legal en la audiencia inicial, al absolver el interrogatorio de parte».*

(v) Por último, en lo que atañe al llamamiento en garantía, también despachó desfavorablemente los motivos de disenso, comoquiera que *«la fiduciaria reconoció de modo expreso que tanto el gerente de la sucursal de Cali, como otros empleados de esa oficina incurrieron en maniobras fraudulentas, consistentes en el manejo indebido de recursos, y en la manipulación de algunos documentos de la fiduciaria, al punto que instauró la denuncia penal respectiva ante la Fiscalía General de la Nación, situación que configura las causales de exclusión del amparo, previstas en los literales a) y b) del numeral 3.7. del acápite de exclusiones de la póliza constituida por Acción Sociedad Fiduciaria».*

## **DEMANDA DE CASACIÓN**

Acción Sociedad Fiduciaria S.A. presentó la demanda de sustentación del remedio extraordinario, formulando

cuatro cargos, al amparo de las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

Los cargos primero y segundo serán resueltos de forma conjunta, conforme lo dispone el artículo 344, par. 2, *ibidem*, pues si bien esos ataques se enfilan por vías distintas (directa e indirecta), comparten un núcleo argumentativo común, situación similar se presenta con los cargos tercero y cuarto, que también se resolverán en forma acumulada.

### **CARGO PRIMERO**

Con base en la causal segunda de casación, la recurrente acusó al fallo del *ad quem* de infringir indirectamente «los artículos, 1494, 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341 y 2343 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio», por haber incurrido en errores de hecho «*manifiestos y trascendentes*» en la apreciación de la demanda y de las pruebas que obran en la foliatura, en especial: (i) el certificado de tradición actualizado del lote identificado con FMI n.º 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali; (ii) el otrosí n.º 2 al Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-99 del 21 de mayo de 2014; así como (iii) el acta de verificación y cumplimiento de requisitos de encargo fiduciario de preventas Promotor MR-799 Marcas Mall, del 4 de noviembre de 2014.

En ese sentido, indicó que en el *sub-lite* no se acreditaron los elementos de la responsabilidad endilgada y

que, en todo caso, aun si en gracia de discusión se aceptase que ocurrió el alegado incumplimiento de deberes al haber transferido los recursos el 4 de diciembre de 2014, «*de una adecuada apreciación del certificado de tradición y libertad del inmueble que obra en el expediente (...) el Tribunal habría podido evidenciar con absoluta claridad que tal requisito efectivamente fue satisfecho para el 19 de noviembre de 2014, esto es, **tan solo quince (15) días después***» de la fecha en que se debía hacer.

Así mismo, sostiene que el colegiado centró su estudio en la determinación del incumplimiento contractual, dejando de lado la corroboración del daño y del nexo causal, elementos cuya presencia es indispensable para que pueda declararse la responsabilidad de la accionada. Respecto al daño, señala que los posibles perjuicios que se hubieren podido causar eran responsabilidad de la promotora, toda vez que la ejecución del proyecto era de su exclusivo resorte; además, el daño alegado es hipotético, pues está pendiente la liquidación del fideicomiso, en donde la parte demandante podrá recibir lo que le corresponda.

Sobre el nexo causal, afirma que el mismo es inexistente, pues aún si se aceptara el incumplimiento de la fiduciaria, ello sería irrelevante porque con independencia del momento en que se hubiera hecho la transferencia, el proyecto habría corrido la misma suerte, de modo que la conducta de la demandada no es la causa adecuada del daño que se reclama, simplemente se constituiría en un hecho que lo antecedería dentro de la cadena causal.

## **CARGO SEGUNDO**

Fincándose en la causal primera de casación, la sociedad libelista recriminó que el fallo del *ad quem* infringió los cánones «1494, 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341 y 2343 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio», por aplicación errónea.

Sobre el particular, expuso que en la sentencia recriminada se desatendieron las normas colombianas que regulan la responsabilidad civil contractual, así como las directrices jurisprudenciales que aplican en este caso; en especial, porque el fallador «no se detuvo a hacer un análisis sobre el requisito del daño, ya que, en realidad, se limitó a realizar un análisis en torno al posible incumplimiento de deberes legales y contractuales». Deficiencia que también se avizoró en lo que respecta al nexo de causalidad, pues la actividad desplegada por el colegiado se limitó a «la simple corroboración de un hecho culposo».

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Aclaración preliminar.**

El asunto que hoy se pone en consideración de la Corte guarda íntima relación con el que fuera resuelto en la sentencia **SC2879-2022, 27 sep.**, pues ambos se fundan en la vinculación de los demandantes al proyecto “Centro Comercial Marcas Mall” de la ciudad de Cali a través de la suscripción de similares encargos fiduciarios con Acción Sociedad Fiduciaria; y reprochan la misma conducta, a

saber, que los recursos que los inversionistas entregaron en administración a la fiduciaria fueron transferidos por aquella con base en el acta de verificación de requisitos de fecha 4 de noviembre de 2014, lo cual supuso un incumplimiento de las condiciones contractualmente pactadas.

En tal virtud, en razón de la identidad de los asuntos en los aspectos comunes ya enunciados en el fallo primigenio, es pertinente remitir a las consideraciones expuestas en dicha providencia respecto a la estructuración y desarrollo del proyecto Marcas Mall de la ciudad de Cali, la fiducia mercantil, obligaciones y responsabilidades de las sociedades fiduciarias, las particularidades del encargo fiduciario y la protección del consumidor financiero frente a la actividad fiduciaria. Así mismo, y en lo que toca a los cargos tercero y cuarto, deberá tenerse en cuenta lo allí consignado respecto al contrato de seguro, la asunción y delimitación de riesgos, la eficacia de las exclusiones contractuales y la unificación jurisprudencial respecto a su ubicación espacial en la póliza de seguros.

## **2. La vulneración de la ley sustancial.**

2.1. Cuando el cargo se construye acusando la sentencia de transgredir en forma directa una norma sustancial, el censor debe acreditar que el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia impugnada, sin alterar la representación de los hechos que se formó el Tribunal a partir del examen del material probatorio.

En ese sentido, la fundamentación de la acusación ha de dirigirse a demostrar que el *ad quem* dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, aplicó otra que no lo era, o que, eligiendo la pauta de derecho correcta, le atribuyó efectos distintos a los que de ella dimanaban, o los restringió de tal manera que distorsionó los alcances ideados por el legislador.

2.2. La violación indirecta de la ley sustancial, por su parte, puede ser producto de errores de hecho o de derecho cometidos por el juzgador. El yerro fáctico se exterioriza en la valoración del contenido material de las pruebas, de la demanda o de su contestación, y es deber del recurrente señalar en qué consiste y cuáles son, en concreto, las pruebas o piezas procesales sobre las que recayó el desacierto en la actividad de apreciación, y demostrar que la inferencia cuestionada es abiertamente contraria al contenido objetivo de aquellas.

Este tipo de ataque exige manifestar en qué consistió el desacierto, evidenciando que hubo pretermisión o suposición total o parcial de la demanda, la contestación o los medios de prueba, o alteración de su contenido material, ya por adición o cercenamiento de expresiones o frases, o tergiversación arbitraria o ilógica de su texto.

Así mismo, la crítica del recurrente extraordinario tiene que ser concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley,

amén de hacer evidente la trascendencia del desacierto en el sentido del fallo y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada. Solo así se podría desvirtuar la presunción de legalidad y acierto que ampara la sentencia que llega a la Corte.

2.3. Ahora bien, cuando se denuncia la violación de la ley sustancial, son las normas de esa naturaleza las que determinan el reconocimiento del derecho reclamado o de las defensas planteadas, de modo que sin la singularización de las disposiciones de ese linaje presuntamente vulneradas se hace imposible la confrontación entre aquellas y la sentencia impugnada, estando vedado para la Corte suplir eventuales deficiencias en la formulación del cargo, dado el carácter excepcional y dispositivo del recurso extraordinario.

Es carga del recurrente señalar específicamente las normas sustanciales infringidas por el colegiado y demostrar cómo aquellas fueron o debieron ser base esencial de la sentencia; así mismo, se exige explicar cómo se habrían transgredido esos preceptos y la relevancia que esa vulneración tuvo en la parte resolutive del fallo atacado.

### **3. Análisis del cargo.**

3.1. En primer lugar, encuentra la Sala que el casacionista no señaló ninguna norma sustantiva *«que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada»*, ni se ocupó de explicar de qué forma dichas normas habrían sido

infringidas, limitándose a elevar una denuncia genérica de la supuesta transgresión.

La mayoría de las normas denunciadas como vulneradas no son de naturaleza sustancial, pues conforme al precedente de la Corte, no tienen tal linaje las disposiciones que consagran principios generales o definen conceptos. Las disposiciones que fundan los cargos de la fiduciaria, lejos de crear, modificar o extinguir una situación jurídica concreta, lo que hacen es consagrar directivas generales en materia de obligaciones, contratos y responsabilidad, con alto grado de abstracción (artículos 1494, 1602 a 1604, 1608, 1613 a 1616 el Código Civil y 822 y 1234 del Código de Comercio)<sup>1</sup>.

Por otra parte, aunque los artículos 1610, 2341 y 2343 del Código Civil sí podrían tener carácter sustancial, lo cierto es que no estaban llamados a gobernar la controversia, debido a que el primero establece la elección del acreedor de una obligación de hacer en caso de mora del deudor, y los últimos regulan aspectos específicos de la responsabilidad civil extracontractual. En tal virtud, dichos cánones no constituyen ni debieron constituir la base esencial del fallo impugnado, puesto que el objeto del litigio se centró en la

---

<sup>1</sup> Sobre la naturaleza no sustancial de las normas alegadas por la casacionista se puede confrontar: **Art. 1494CC**: AC6075-2021, 16 dic., AC 4 abr. 2013, Rad. 2005-00243, entre otras. **Art. 1602CC**: SC 14 dic. 2011, exp. 11001-3103-007-2005-00533-01, AC1738-2019 13 may., AC280-2021, 8 feb., entre otros. **Art. 1603CC**: AC 23 nov. 2005, Rad. 1999-03531-00, AC 9 dic. 2003, Rad. 1801-01, AC7520-2017, nov 10., AC280-2021, 8 feb., entre otros. **Art. 1604CC**: AC3912-2019, 17 sep., AC 4491-2022, 15 nov., SC3729-2021, 26 ago., entre otros. **Art. 1608CC**: SC 24 oct. 1975, GJ 2429, AC2117-2020, 7 sep., SC3978-2022, 14 dic., entre otros. **Art. 1613 A 1615CC**: Cfr. CSJ AC1738-2019, 13 may., AC4034-2021, 13 sep., SC de 29 de abril de 2005, Rad. 0829.2506-2016, entre otros. **Art. 1616CC**: AC1738-2019, 13 may., AC4034-2021, 13 sep., entre otros. **Art. 822CCO**: AC2117-2020, 7 sep., AC180-2000, 11 jul., entre otros. **Art. 1234CCO**: AC7621-2016, 8 nov., AC1562-2022, 2 may., entre otros.

responsabilidad contractual de la fiduciaria por incumplimiento de sus obligaciones.

Pero, además, la recurrente se limitó a alegar la infracción de las normas denunciadas sin indicar en modo alguno de qué manera fueron transgredidas y cuál es la trascendencia de dicha vulneración, de modo que en ninguno de los cargos se abre paso la explicación sobre la forma en que el yerro denunciado habría redundado en la infracción normativa por parte del *ad quem*, orfandad argumentativa que hace imposible la labor de cotejo propia del control de legalidad de los fallos, que es una de las finalidades de este recurso extraordinario.

Pero incluso si ello se pasara por alto, las censuras tampoco tendrían vocación de prosperidad, por lo que se pasa a explicar.

3.2. En el primer cargo, lejos de demostrar el error de hecho atribuido al Tribunal, la censura presenta una amplia exposición de la particular opinión de la fiduciaria respecto a la existencia o inexistencia de los elementos propios de la responsabilidad civil en el caso concreto, insistiendo *(i)* en que su conducta, incluso si fuese reprochable, no tenía la virtualidad de causar el daño alegado, que fue resultado del manejo del proyecto a cargo del promotor, y *(ii)* en que el daño es hipotético, pues la actora podría recibir lo que le corresponda en una eventual liquidación del proyecto.

Para sustentar el embate, la recurrente afirma que el colegiado apreció indebidamente el folio de matrícula inmobiliaria del lote en el cual habría de construirse el centro comercial, pues si lo hubiera visto bien, habría concluido que el requisito que echa de menos (que el predio estuviese en cabeza del fideicomiso antes de la transferencia de recursos) fue satisfecho quince días después, el 19 de noviembre de 2014, de modo que *quince días antes o quince días después*, el proyecto habría corrido la misma suerte.

Así mismo, indica que se apreció indebidamente el otrosí número dos, en el que se modificaron algunas condiciones de transferencia de los recursos, entre ellas la relacionada con el crédito constructor, respecto del cual se estableció que debía acreditarse su concesión *si era del caso*, lo que demuestra que algunos requisitos no eran obligatorios. En tal virtud, sostiene que cuando en el acta del 4 de noviembre de 2014 se dijo que el crédito constructor no se requería, no se incumplió ninguna obligación contractual y, de cualquier manera, el requisito habría sido satisfecho el 12 de noviembre siguiente, lo que supone otro yerro de apreciación.

En igual sentido, acusa al juzgador de interpretar inadecuadamente la demanda, pues en ella se acepta que los requisitos echados de menos para la suscripción del acta de verificación del 4 de noviembre de 2014, esto es, la certificación sobre el crédito constructor y la transferencia del lote al patrimonio autónomo fueron efectivamente cumplidos los días 12 y 19 de noviembre siguientes.

3.3. Estos ataques son por completo desenfocados, toda vez que no combaten el fundamento basilar de la sentencia impugnada. Para el Tribunal no es jurídicamente relevante si los dos requisitos de transferencia aludidos se cumplieron los días 12 y 19 de noviembre de 2014; pues lo que el juzgador encontró reprochable fue el hecho de que la fiduciaria no cumplió con su obligación de verificar las condiciones del punto de equilibrio **previo a transferir los recursos al promotor**, pues no constató la necesidad del crédito constructor ni que la titularidad del lote estuviera en cabeza del fideicomiso.

Para el colegiado, al no corroborar con estrictez si estaban dados los requisitos para la transferencia de recursos, la fiduciaria procedió a su desembolso cuando al menos dos de ellos no se cumplían, lo que llevó a que en virtud del acta de verificación firmada el 4 de noviembre de 2014 se entregaran unos dineros, que, contrario al mandato recibido, fueron utilizados para pagar más de catorce mil millones de pesos por el lote en el cual se iba a construir el centro comercial, siendo que esa compra debía haberse hecho **antes de la transferencia** y con recursos diferentes a los de los inversionistas.

De esta manera, no es que el Tribunal haya errado en la apreciación de las pruebas denunciadas por no ver que los requisitos de transferencia fueron cumplidos con posterioridad a la fecha en que se suscribió el acta de verificación, sino que en el juicio de reproche derivado de la confrontación entre las obligaciones contractuales y la

conducta de la fiduciaria, encontró diáfano que el cumplimiento de tales condiciones debía verificarse **antes** del desembolso de los recursos de los inversionistas, por lo que es absolutamente irrelevante que se hubiesen cumplido después, porque para ese entonces (12 y 19 de noviembre de 2014), ya se había estructurado el incumplimiento contractual.

De hecho, el cumplimiento de requisitos en fechas posteriores respalda en forma incontestable la tesis del juzgador, esto es, que para el 4 de noviembre de 2014 no se cumplía con las condiciones de transferencia de los recursos y, por lo tanto, la conducta de la fiduciaria fue abiertamente contraria a las instrucciones contractualmente pactadas.

Véase que el folio de matrícula inmobiliaria mostraba que, para el 4 de noviembre de 2014, el titular del derecho de dominio no era el fideicomiso, y que la transferencia del inmueble a dicho patrimonio sólo se dio el día 19 de noviembre de 2014, lo que sustenta plenamente la conclusión probatoria del juzgador.

En el mismo sentido, si bien es cierto que el otrosí n° 2 establecía el crédito constructor como un requisito que se exigiría *si era el caso*, para el 4 de noviembre de 2014 no se contaba con ningún documento que le permitiera a la fiduciaria afirmar y tener por cierto –como lo hizo– que esa forma de financiación no era necesaria para el proyecto Marcas Mall; por el contrario, el documento donde se afirma que no se requería el préstamo tiene fecha de creación el día

12 del mismo mes y año, por lo que, contrario a lo que la fiduciaria consignó en el acta referida, esa certificación no existía para la fecha de verificación de requisitos, como bien lo concluyó el *ad quem*.

En ese sentido, no existe ningún error en la contemplación objetiva de los medios de prueba, pues su contenido material muestra cómo para la fecha en que la fiduciaria dijo haber verificado el íntegro cumplimiento de las condiciones de transferencia de los recursos (4 de noviembre de 2014), la verdad es que dos de ellos no estaban cumplidos.

Llama la atención como la recurrente insiste en que su conducta no causó el daño porque, de cualquier manera, las dos condiciones faltantes fueron cumplidas quince días después, pasando por alto que la compra del lote se efectuó gracias a que, indebidamente, se destinaron más de catorce mil millones de pesos de los inversionistas para dicho fin, conducta firmemente reprochada por el *ad quem* y respecto de la cual la demanda de casación guarda absoluto silencio.

3.4. Otro argumento basilar del fallo de segunda instancia que no fue combatido por la censora es el relacionado con el incumplimiento de la obligación de la fiduciaria de mantener separados los recursos de los inversionistas de los suyos propios y de los de otros fideicomisos, el cual mereció una seria reconvención por parte del colegiado.

Ni una palabra dedicó la casacionista a desvirtuar la conclusión del Tribunal conforme a la cual el informe de auditoría realizado al interior de Acción Sociedad Fiduciaria advirtió que, de los dineros de los inversionistas depositados en el proyecto Marcas Mall, se pagaron sin causa más de dos mil ochocientos millones de pesos a una sociedad de la madre del representante legal de la oficina de Cali, que hubo salida de dineros de ese fideicomiso en forma irregular, situaciones anómalas relacionadas con retiros y abonos no autorizados de fondos del fideicomiso –que termina con un saldo negativo-, suscripción de pagarés en favor de terceros sin que hubiera instrucción para ello y recursos girados desde el fideicomiso Marcas Mall que no tenían relación alguna con el proyecto.

Para la magistratura de segundo grado, los resultados del referido informe de auditoría y el testimonio del auditor de la fiduciaria demuestran de manera incontestable el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de la demandada. Esta conclusión, sin embargo, no fue atacada en modo alguno por la casacionista, quien no presenta una censura completa que combata todos los pilares que fundan la decisión impugnada.

3.5. En el primer cargo, además, la fiduciaria busca desvirtuar el nexo causal entre su conducta y el daño atribuyendo este último a la conducta de la promotora, que era la exclusiva responsable de la construcción y ejecución del proyecto. Sin embargo, pierde de vista que lo ocurrido con la construcción y las vicisitudes en la ejecución del proyecto

no fueron en modo alguno analizadas por el colegiado, toda vez que no fue ese el objeto del reproche elevado por la demandante, de donde reluce nuevamente el desenfoque del cargo.

El análisis del Tribunal se centró en el incumplimiento de las labores de administración que estaban en cabeza de la fiduciaria, y puesto en esa labor, constató que la conducta que determinó el daño fue precisamente esa entrega de recursos sin el cumplimiento de las condiciones de transferencia convenidas, lo que permitió el desembolso de recursos con destino diferente al acordado y el posterior manejo inadecuado de los dineros, que no se mantuvieron separados de otros patrimonios.

3.6. En el segundo cargo, la recurrente extraordinaria denuncia la violación directa de la ley sustancial pero no informa cómo se dio la *aplicación errónea* que se alega, limitándose a afirmar de forma general que el *ad quem* aplicó en forma equivocada las normas sobre responsabilidad civil contractual al dejar de lado el elemento del nexo causal, sin explicar de qué manera o por qué razón el juzgador obvió la relación de causalidad, de modo tal que el embate se reduce a las meras afirmaciones de la inconforme, estrechamente relacionadas con la plataforma fáctica del caso y con la manera cómo este fue resuelto por el juzgador.

Pese a lo anterior, debe relievase que el Tribunal no omitió el nexo causal en su razonamiento, pues señaló con claridad que el incumplimiento de las obligaciones de la

fiduciaria, específicamente la falta de devolución de los recursos ante la no verificación de las condiciones de transferencia pactadas y la falta de separación de los recursos -irregularmente destinados a actividades no autorizadas-, impactó de forma directa a la actora, quien entregó la suma de \$2.095.358.500. Para el colegiado, tales conductas resultaban idóneas y suficientes para materializar el menoscabo, refulgiendo así la referencia al nexo causal en su análisis y decisión.

3.7. Es por ello que las dos primeras censuras no se abren paso, pues más allá de la ausencia de normas sustanciales que fundamenten la acusación, los argumentos resultan desenfocados e incompletos, en tanto no atacan la totalidad de los argumentos torales de la sentencia confutada y constituyen un nuevo intento de defensa de la visión particular de la fiduciaria respecto a su actuación y al devenir negocial.

3.8. Finalmente, resalta la Corte que, a pesar de las consideraciones vertidas en la ya referida sentencia SC2879-2022, 27 sep.<sup>2</sup>, Acción Sociedad Fiduciaria insiste en que su conducta fue irrelevante, queriendo demostrar una supuesta inocuidad en la entrega de recursos a la promotora el día 4 de noviembre de 2014, pretextando que quince días después ya se habían cumplido las condiciones de transferencia que no estaban presentes para esa fecha, desconociendo que la consignación de información falsa en la referida acta y la

---

<sup>2</sup> Téngase en cuenta que la demanda de casación se presentó con posterioridad a la emisión de la referida sentencia.

indebida entrega de los recursos de los inversionistas, constituye un grave incumplimiento de sus deberes, que desnaturaliza el objeto mismo de la actividad encomendada.

Como ya lo dijera la Corte en la providencia SC2878-2022 respecto a las afirmaciones de la casacionista que pretenden hacer ver la entrega de recursos como algo irrelevante:

*«La anterior es una afirmación que va en contravía del acervo probatorio y de los deberes de lealtad, buena fe y debida diligencia que deben caracterizar la actividad de la demandada. Pierde de vista la fiduciaria que, según se probó, el acta de verificación de las condiciones de transferencia de recursos contenía información que no correspondía a la realidad y que además, los requisitos incumplidos no eran de poca importancia, pues era exigencia sine qua non que el inmueble donde se iba a desarrollar el proyecto estuviese ya en cabeza del fideicomiso antes de que se diera la transferencia de recursos, condición de elemental verificación que no se cumplía para ese entonces.*

*Pierde de vista también que además de la gravedad del incumplimiento señalado, una vez firmada el acta que contenía información contraria a la realidad se transfirieron más de catorce mil millones de pesos al propietario precisamente para proceder con la compra del lote, cuando el dinero depositado por los inversionistas no podía en modo alguno ser destinado a ese fin, y que además, según la denuncia elevada por la misma entidad, se evidenció un faltante de más de dieciséis mil millones de pesos en el fideicomiso Marcas Mall por causa de los manejos inadecuados de su representante legal en la ciudad de Cali.*

*En ese entendido, la afirmación que, sin rubor, hace la fiduciaria respecto a que habiendo transferido los recursos unos días antes o unos días después, el proyecto habría corrido igual suerte, no sólo es una afirmación carente de respaldo probatorio, sino que además contraría las reglas de la sana lógica según las cuales es plausible pensar que al destinar tal cantidad de dinero a adquirir un lote que ya tendría que haber estado en cabeza del fideicomiso y al haberse verificado el faltante de recursos en razón del manejo*

*indebido de los mismos, se pudo afectar de manera importante no solo la liquidez sino también el desarrollo posterior del proyecto inmobiliario».*

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

### **CARGO TERCERO**

Apoyándose en la segunda causal del artículo 336 *ejusdem*, denunció la infracción del precepto 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), por haber incurrido en un error de hecho «*manifiesto y trascendente*» en la valoración de la póliza de seguro n.º 1000099, «*comprendiendo cada un[fo] de sus respectivos segmentos, como lo son los condicionados generales y particulares, así como anexos a la misma*».

En línea con lo expuesto, censuró que el *ad quem* haya avalado la decisión del juzgador de primer grado en lo que respecta al llamamiento en garantía, limitándose a indicar que para el caso aplicaba la exclusión 3.7. contenida en la sección III de las condiciones generales de la póliza, y omitiendo considerar las exigencias que se desprenden de la norma en cita.

Sostiene la fiduciaria que, si el juzgador hubiese tenido en cuenta las exigencias que se desprenden del artículo 184 del EOSF, habría llegado a la conclusión «*de que la exclusión 3.7 adolecía, a todas luces, de una irremediable ineficacia*», máxime si se tiene en cuenta la reciente unificación jurisprudencial de esta Corporación sobre la adecuada intelección de ese canon, comoquiera que incluso acogiendo la premisa adoptada en

dicha providencia en el sentido de que las exclusiones deben encontrarse contenidas a partir de la primera página de las condiciones generales de la póliza, *«de una simple lectura de la Póliza que obra en el expediente, se puede evidenciar con absoluta claridad que, las exclusiones a las que apeló la Llamada en Garantía para sustentar su supuesta ausencia de responsabilidad, no cumplen, en modo alguno, con tal requerimiento»*.

Anuncia la casacionista que este caso, si bien es similar al decidido en sentencia SC2879-2022, *«cuenta con reveladoras particularidades que exigen un tratamiento individualizado y diferenciado»* y en tal virtud, en este caso debe subsanarse el error en el que incurrió el Tribunal al dejar de aplicar la sanción establecida en el artículo 184 *ibídem*, lo que, según dice, no supone desconocimiento de la postura de la Corte en la antedicha sentencia de unificación jurisprudencial.

En ese sentido, explicó que la enunciada exclusión pretermite los requerimientos del artículo 184 del EOSF, por las siguientes razones: *(i)* se introdujo en un documento (sección III) que no puede *«reconducirse»* con claridad a la póliza, es decir, resulta extraño a aquella; *(ii)* la exclusión 3.7 no se encuentra concatenada con la primera página de la póliza porque se perfiló en páginas profundas de la Sección III de las Condiciones Generales; y *(iii)* tampoco está conectada con esa foliatura inicial, pues *«entre esta y aquella intercede una disposición (cláusula 2.3 de la Sección III de las Condiciones Generales de la Póliza) que, en estricto rigor, no representa una cobertura ni una exclusión»*.

Para sustentar sus afirmaciones, la censora expone que la exclusión se encuentra en un documento (Sección III) en el que no se individualiza o señala el número de la póliza a la que accede, por lo que es imposible vincularlo al contrato de seguro en cuestión y que, debido a la pluralidad de amparos contratados, «no hay certeza de las exclusiones, ni a cuáles seguros pertenecen». Sostiene que la contratada es una única póliza global financiera en la que no es posible considerar sus diferentes secciones de forma individual y aislada, luego, la exclusión en cuestión sólo aparece en la página 43 de la póliza globalmente concebida, o en la página 29 si se cuenta a partir del inicio de las condiciones generales, lo que la condena a una irremediable ineficacia, mientras que las coberturas no pierden validez, porque en su caso basta con la enunciación de los amparos básicos.

Finalmente, sostiene la recurrente que las exclusiones no se encuentran ubicadas en los términos que exige el artículo 184 EOSF, puesto que dentro de la enunciación inicial de coberturas se incluyó una disposición que no es propiamente un amparo y, por ende, se interrumpe la enunciación y se pierde la continuidad que debe predicarse desde la primera página de la póliza, lo que genera la ineficacia de la exclusión 3.7.

#### **CARGO CUARTO**

Soportándose en el primigenio motivo de impugnación extraordinaria, señaló la violación directa del artículo 184 del EOSF, puesto que, aun cuando era «plenamente procedente», el

estrado acusado dejó de aplicar ese postulado al caso concreto.

Para su demostración, adujo, con similar orientación al embate inmediatamente anterior, que el *ad quem* «*sin mayor sustento*» refirió que los reclamos relacionados con el llamamiento en garantía no se abrían paso, pues, en la tesis defendida en la determinación denunciada, se verificaron los presupuestos que dan lugar a la configuración de la mentada exclusión.

No obstante, señaló que, «*a pesar de la claridad que se desprende de este mandato legislativo, en su sentencia le ofrendó validez a una exclusión que, a todas luces, contraviene lo indicado en la norma en cuestión. Siendo una decisión que, por lo demás, se contrapone al desarrollo que ha sido ofrendado a la norma en cuestión tanto por parte de la Superintendencia Financiera como por parte de esta H. Corporación, incluso teniendo en plena consideración los nuevos lineamientos acogidos por esta última a través de su más reciente unificación jurisprudencial en la materia*».

En ese orden, reprodujo los tres motivos basilares anotados en el cargo que viene de verse, para fundamentar el reproche consistente en que, si se hubiesen aplicado al caso concreto las exigencias del artículo 184 del EOSF, la conclusión no podría haber sido otra diferente a que la exclusión que fundamenta la supuesta ausencia de responsabilidad de la aseguradora resultaba ineficaz por múltiples motivos.

## CONSIDERACIONES

### 1. Aclaración preliminar.

Mediante sentencia SC2879-2022, 27 sep., la Sala analizó a profundidad el contenido del contrato de seguro **1000099**, celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria y SBS Seguros Colombia, en virtud de la denuncia de vulneración de la ley sustancial por la comisión de un error de hecho grave y trascendente en la apreciación material de dicho documento por parte del juzgador de segundo grado.

Debe resaltarse que el contrato de seguro en virtud del cual Acción Sociedad Fiduciaria llamó en garantía a la compañía aseguradora **es exactamente el mismo** que la Corte valoró en sede de instancia en la referida sentencia a raíz de la prosperidad del cargo de casación que denunciaba el referido yerro del *ad quem*, motivo por el cual no es cierta la alegación de la casacionista según la cual este asunto «*cuenta con reveladoras particularidades que exigen un tratamiento individualizado y diferenciado*», pues los supuestos fácticos y jurídicos respecto a la interpretación y la ubicación de la exclusión 3.7 de la póliza de responsabilidad civil profesional, **son idénticos** a los del caso resuelto mediante la referida sentencia de casación SC2879-2022.

En tal virtud, y con el ánimo de resolver las censuras propuestas, debe recordarse lo que señalara la Corte en esa oportunidad respecto del contrato de seguro que vinculó a la

demandada y a la llamada en garantía, consideraciones que por su pertinencia se transcriben *in extenso*:

*«el contrato de seguro 1000099, celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria y SBS Seguros Colombia (antes AIG Seguros), refleja el acuerdo de las partes para asegurar tres amparos distintos, a saber: (i) la póliza de seguro integral bancaria, (ii) el amparo de pérdidas a través de sistemas computarizados (LSW238) y (iii) la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, los cuales denomina secciones I, II y III del contrato. En este caso, la discusión versa específicamente sobre el amparo de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional, contemplada en la última sección de la póliza en comento.*

*El contrato de seguro aportado consta de una carátula en la que, en atención a lo exigido en el artículo 1047 del estatuto mercantil, se encuentran consignadas las condiciones particulares pactadas por los contratantes y, además, **al haberse contratado tres amparos diferentes, constan los clausulados generales de cada uno de ellos.***

*En ese sentido, es importante relieves que **no se trata de un único seguro en el que todas sus coberturas y exclusiones puedan consignarse en un solo clausulado**, sino que, por el contrario, conforme a las necesidades de la fiduciaria se contrataron tres amparos diferentes, contenidos en distintas secciones y que por lo tanto, **tienen sus propias condiciones o clausulado general que refleja su objeto, coberturas, exclusiones, montos y regulación específica, de acuerdo con la naturaleza de cada seguro contratado.***

*En consecuencia, siendo tres los amparos contratados bajo el mismo contrato 1000099, debía analizarse cada clausulado contractual en particular para determinar si las exclusiones se encontraban consignadas conforme a los requisitos legales. **Asumir la existencia de una única póliza** (que por la organización documental correspondería a la integral bancaria constitutiva de la Sección I) **conllevaría que todas las coberturas y exclusiones contractuales de la póliza de responsabilidad civil y de la póliza de pérdidas a través de sistemas computarizados (LSW238), serían ineficaces por no aparecer a partir de la primera página de la póliza contentiva del seguro global para bancos y entidades***

**financieras**, vaciando de contenido el acuerdo contractual y la facultad de delimitación del riesgo reconocida por las normas mercantiles.

En el caso concreto, la Corte observa que la voluntad de las partes se encuentra sentada tanto en las condiciones particularmente negociadas (contenidas en la carátula conforme lo ordena el artículo 1047 del CCo), como en las condiciones generales de los distintos amparos contratados, esto es, la póliza de seguro integral bancaria (fl. 89 a 98 derivado 028), el amparo de pérdidas a través de sistemas computarizados LSW238 (fl. 99 a 111 derivado 028) y la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras (fl. 112 a 132 derivado 028).

En ese sentido, se evidencia que el documento denominado «Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras» establece a partir de la primera página el objeto de las coberturas (numeral 1), las coberturas adicionales (numeral 2) y las exclusiones (numeral 3), consagrando para el amparo particular un total de 23 exclusiones, todas ellas consignadas en forma continua y en caracteres destacados.

(...)

Teniendo en cuenta que las normas que regulan la materia exigen que tanto las coberturas como **las exclusiones se consignen en forma continua a partir de la primera página de la póliza**, en caracteres destacados o resaltados y en términos claros y concisos, encuentra la Sala que tales requerimientos se cumplen efectivamente en la póliza bajo estudio, pues para el seguro específico de responsabilidad civil profesional, la consignación de tales aspectos empieza en la primera página de la póliza y continúa en caracteres destacados (mayúsculas) y en forma ininterrumpida a lo largo de diez hojas, **encontrándose la exclusión 3.7 en la sexta hoja, sin que medie solución de continuidad en la consagración de los amparos y sus exclusiones** (CSJ, SC2879-2022, 27 sep. Resaltado propio).

## **2. Análisis formal de los cargos.**

2.1. Para refrendar la decisión del *a quo*, la colegiatura de segunda instancia advirtió que la exclusión 3.7 de la póliza contratada estaba configurada en la medida en que la fiduciaria reconoció expresamente que tanto el representante legal de la oficina de Cali como otros trabajadores de esa sucursal incurrieron en maniobras fraudulentas consistentes en el manejo indebido de recursos y la manipulación de documentos, al punto que la misma demandada elevó denuncia por tales hechos ante la Fiscalía General de la Nación.

2.2. La decisión de segundo grado no se ocupó en modo alguno de la eficacia de la exclusión en virtud de su ubicación en la póliza, pues limitó sus consideraciones a la configuración de los hechos descritos en aquella, encontrando suficientemente demostrado el reconocimiento expreso de la fiduciaria de las conductas fraudulentas de su representante legal y otros empleados de la oficina de Cali.

En este caso, la recurrente no atacó de ninguna manera la conclusión del Tribunal respecto a la configuración de la exclusión y en cambio, apuntó su embate hacia asuntos de los que no se ocupó el juzgador, realizando una amplia exposición respecto de una temática que no tuvo ningún protagonismo en la sentencia confutada y sobre la que no hay una sola consideración del *ad quem*, motivo por el cual las censuras son desenfocadas.

Recuérdese que, al esgrimir un yerro fáctico en sede de casación,

*«(...) el recurrente debe plantear una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que dicho litigante estima equivocadas (...), [que] guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir, que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta de que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no a los que constituyen el fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque que conduce al fracaso del cargo correspondiente (sentencia 06 de 26 de marzo de 1999); criterio que la Corte ha reiterado en muchos pronunciamientos, entre otros, en los fallos de 7 de noviembre de 2002, exp. 7587, y 28 de mayo de 2004, exp. 7101, para citar solo algunos» (Casación Civil, sentencia de 5 de abril de 2010, Exp. 50001-31-03-002-2001-04548-01)» (CSJ SC, 20 sep. 2013, rad. 2007-00493-01, reiterada en SC1964-2002, 19 jul.).*

2.3. Además del evidente desenfoque de las censuras, encuentra la Sala que la fiduciaria expone en los dos últimos cargos una serie de intrincados argumentos que nunca antes adujo a lo largo de las instancias y que constituyen hechos nuevos inadmisibles en casación, los cuales, dicho sea de paso, entran en franca contradicción con la posición que dicha entidad asumió en el curso del proceso. Veamos:

2.3.1. La fiduciaria llamó en garantía a la aseguradora con base en la Sección III de responsabilidad civil profesional, otorgándole plena validez a su clausulado y a su vinculación con el contrato de seguros 1000099, sin mencionar la imposibilidad de individualización de amparos y exclusiones que ahora alega.

2.3.2. Al descorrer el traslado de las excepciones de la aseguradora, entre las que se encontraba la ausencia de cobertura en razón de las exclusiones contenidas en los numerales 3.17 y 3.14 de las condiciones generales de la Sección III, la fiduciaria se limitó a señalar que aquellas no se configuraban, **sin cuestionar en modo alguno la eficacia de las exclusiones en razón de su ubicación espacial** en el documento contentivo de la póliza.

En esa oportunidad sostuvo la fiduciaria: «(...) SBS debió aportar las pruebas que trata el numeral 3.7 –bien sea la sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado o alguna prueba en la que ACCIÓN haya admitido la comisión de las conductas delictivas- para que así, el Delegado proceda a estudiar el decreto de tal exclusión»<sup>3</sup>.

2.3.3. Finalmente, al formular los reparos concretos contra la sentencia de primer grado, la convocada se centró en atacar la conclusión del *a quo* respecto a la existencia de reconocimiento expreso de la fiduciaria de los actos deshonestos de su representante legal, señalando que lo expresado en el interrogatorio no constituía confesión y que la denuncia se limitó a la puesta en conocimiento de las autoridades de unos hechos presuntamente fraudulentos.

En esa oportunidad, alegó tangencialmente que la exclusión debía declararse ineficaz por no encontrarse en la primera página de la póliza, afirmando que la exclusión 3.7 «no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general».

---

<sup>3</sup> Cfr. Escrito por medio del cual la fiduciaria descorró las excepciones de la aseguradora, de fecha 7 de julio de 2020, derivado 30, cuaderno de primera instancia.

2.3.4. En sede de casación, Acción Sociedad Fiduciaria abandona estos argumentos y esboza novedosísimos ataques relacionados con (i) la imposibilidad de relacionar la Sección III con la póliza por su carácter global, que impide individualizar los amparos, (ii) la ubicación en «*páginas profundas de la Sección III de las Condiciones Generales*», y (iii) la existencia de una disposición entre las coberturas y exclusiones que rompe con la continuidad exigida en la norma.

2.4. Pues bien, debe decirse que los planteamientos de la censora son inadmisibles en casación al constituir medios nuevos, toda vez que introducen en sede extraordinaria cuestiones de hecho y de derecho no invocadas en las instancias, situación que comporta una vulneración al derecho de defensa de la contraparte, que resulta sorprendida con argumentos que no pudo combatir al interior del proceso, y que incluso se torna desleal con la administración de justicia<sup>4</sup>, pues los juzgadores no pudieron resolver dentro de las oportunidades correspondientes, las alegaciones que se enarbolan únicamente en esta sede.

Sobre los hechos nuevos en casación, ha dicho la Sala:

«(...) toda vez que *‘la sentencia del ad quem no puede enjuiciarse **‘sino con los materiales que sirvieron para estructurarla; no***

---

<sup>4</sup> «Con esta prohibición también se tutelan los derechos de defensa y contradicción de los no recurrentes, quienes podrían verse sorprendidos con un replanteamiento de la plataforma fáctica que varíe la causa petendi, sin que tuvieran la oportunidad de controvertirlo y, menos aún, hacer pedidos probatorios para su desestimación. **Agréguese que, admitir argumentos nuevos en casación, hiere la lealtad procesal, en tanto se espera que en los grados jurisdiccionales se discutan las materias fácticas objeto de su litigio, sin que pueda aguardarse al final para izar tópicos con los que se pretende una resolución favorable**» (CSJ, SC1732 del 21 de mayo de 2019, rad. 2005-00539-01)» (CSJ SC2779-2020, 10 ago.).

**con materiales distintos, extraños y desconocidos. Sería de lo contrario, un hecho desleal, no sólo entre las partes, sino también respecto del tribunal fallador, a quien se le emplazaría a responder en relación con hechos o planteamientos que no tuvo ante sus ojos, y aún respecto del fallo mismo, que tendría que defenderse de armas para él hasta entonces ignoradas'** (Sent. 006 de 1999 Exp: 5111), al fin y al cabo, a manera de máxima, debe tenerse en cuenta que 'lo que no se alega en instancia, no existe en casación' (LXXXIII pág. 57)" (CSJ, SC del 21 de agosto de 2001, Rad. N.º 6108).

*En tiempo más reciente se precisó que el recurso extraordinario de casación "no puede basarse ni erigirse exitosamente" en "elementos novedosos, porque él, 'cual lo expuso la Corte en sentencia de 30 mayo de 1996, expediente 4676, 'no es propicio] para repentizar con debates fácticos y probatorios de última hora; semejante irrupción constituye medio nuevo y es entonces repulsado (...), sobre la base de considerarse, entre otras razones, que 'se violaría el derecho de defensa si uno de los litigantes pudiese echar mano en casación de hechos, extremos o planteamientos no alegados o formulados en instancia, respecto de los cuales, si lo hubiesen sido entonces, la contraparte habría podido defender su causa. Pero promovidos ya cerrado el proceso, la infirmación de la sentencia con apoyo en ellos, equivaldría a la pretermisión de las instancias, de las formas propias del trámite requerido, con quebranto de la garantía institucional de no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio (LXXXIII 2169, página 76)" (CSJ, SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. n.º 2005-00103-01)» (CSJ SC18500-2017, 9 nov.).*

2.5. Ahora bien, llama la atención de la Corte que, en virtud del novedoso cambio de postura, la fiduciaria alegue en esta oportunidad que la exclusión 3.7 que los juzgadores de instancia encontraron configurada aparece en la página 43 de la póliza, «o en la página veintinueve (29), si se toma como punto de partida el inicio de las Condiciones Generales de la misma», cuando al sustentar el recurso de apelación reconoció que la exclusión se ubica en la sexta página del clausulado general.

En esa oportunidad afirmó la demandada: *«tal y como se desprende de la póliza de seguros No. 1000099 y del clausulado general en comento, la exclusión prevista en el literal (B) del numeral 3.7 no se encuentra incluida en la primera página de la póliza –no aparece ni siquiera consignada en la carátula y **solo aparece en la página 6 del clausulado general-** (...)*»<sup>5</sup> (Resaltado propio).

Nótese que el entendimiento que otrora tenía la fiduciaria respecto a la independencia de la póliza de responsabilidad profesional y de la ubicación espacial de la exclusión 3.7 coincide con la valoración que posteriormente la Corte acogiera en la sentencia SC2879-2022, a saber, que la exclusión se ubica en la sexta página de la póliza (aclarando la Sala que se localiza de forma continua e ininterrumpida, a partir de la primera).

Lo anterior permite concluir que, más que un desenfocado ataque a la sentencia de segundo grado, que, se insiste, en modo alguno se ocupó de analizar la eficacia de la exclusión en razón de su ubicación en el clausulado, lo que en realidad contienen los dos últimos cargos es una amplia exposición de las razones de inconformidad de la fiduciaria respecto a las conclusiones probatorias y jurídicas que esta Corporación plasmara en la pluricitada sentencia SC2879-2022, 27 sep., lo que desborda por completo la naturaleza y objetivos del recurso extraordinario de casación.

Por lo anterior, los cargos no prosperan.

---

<sup>5</sup> Cfr. Escrito de sustentación de recurso de apelación de Acción Sociedad Fiduciaria, obrante a folio 20 digital del documento *01Cuaderno01Tribunal.pdf*, cuaderno de segunda instancia.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO. NO CASAR** la sentencia proferida de 10 de diciembre de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por Comercializadora Ragged y Cía. S.A. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en el que fue llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A.

**SEGUNDO. CONDENAR** a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. al pago de las costas de esta actuación. En la liquidación respectiva, inclúyanse diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de agencias en derecho.

**TERCERO.** Remítase oportunamente la foliatura a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase

**MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ**

Presidente de Sala

(Aclara voto)

**HILDA GONZÁLEZ NEIRA**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

**FRANCISCO TERNERA BARRIOS**

## **Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):**

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Hilda González Neira  
Firma con aclaración de voto

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 231CF287D8784CE4BF9FA5D4A1FBA91C3BC4A3A893CEEFAB0EACE4F94D3FF4FB**

**Documento generado en 2023-05-16**