



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

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC276-2023

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-01217-02

(Aprobada en sesión del 13 de julio de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., catorce (14) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A., frente a la sentencia de 19 de enero de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá S.A. dentro del proceso verbal que Inversiones Darién S.A. promovió contra la primera sociedad, quien llamó en garantía a la segunda.

I. EL LITIGIO

1. La accionante acudió ante la Superintendencia Financiera, a través de la acción de protección al consumidor financiero, para que condenara a la convocada a restituirle \$1.167'882.951,03 indexados y con intereses legales.

Expuso que, a través del contrato de encargo fiduciario

n.º 0001100010269 de 24 de octubre de 2014, se vinculó como inversionista del proyecto Centro Comercial Marcas Mall Cali en aras de adquirir los locales 1-035 y 1-036 y se obligó a entregar \$1.465'698.000, de los cuales pagó \$1.172'558.396.

La fiduciaria convino administrar esos recursos y entregarlos al promotor una vez se cumplieran los requisitos de la cláusula primera del contrato, consistentes en tener: «1. *Constancia de radicación del permiso de ventas...* 2. *Licencia de urbanismo y construcción...* 3. *Carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO* 4. *Haber celebrado un total de contratos de Encargos Fiduciarios Individuales de preventa inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del PROYECTO.* 5. *Haber suministrado el presupuesto de construcción y flujo de caja del PROYECTO debidamente aprobado por el INTERVENTOR (...)* 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 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.*», los cuales debían ser acreditados a más tardar el 20 de mayo de 2015, fecha prorrogable por el promotor, por un (1) año más.

Sin embargo, esa entidad incumplió sus deberes, pues no le entregó los contratos de promesa de compraventa y, con maniobras engañosas, la indujo a firmar el otro sí n.º 1 el 15 de junio de 2015 cuando ya había transferido al promotor los dineros depositados sin cumplirse los requisitos, según acta de verificación de 4 de noviembre de 2014, que solo conoció

en febrero de 2018, luego la indujo a error porque le omitió tal información.

Además, modificó varias veces el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall y junto con la promotora alteraron las condiciones de transferencia de los dineros de los inversionistas, sin enterarla de ello, y así dispuso del capital, por lo que faltó al deber de información oportuna y veraz, tanto así que el inmueble sobre el que se levantaría la construcción debía ser de propiedad del fideicomiso, pero cuando se emitió el acta de verificación y se dio por cumplido tal requisito ello no había acontecido, tampoco se tenía el porcentaje mínimo de encargos fiduciarios en la etapa de preventas, ni el valor que los inversores deberían aportar sobre las unidades inmobiliarias prometidas en venta.

2.- La convocada se opuso y alegó «*Cláusula compromisoria*», «*Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable*», «*Inexistencia de daño*», «*Inexistencia del nexo causal*», «*Error en la identificación del contrato celebrado*» y «*Falta de legitimación en la causa por pasiva*» y llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. con base en la póliza n.º 1000099.

3.- Vinculada la aseguradora, frente a la demanda principal invocó «*Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante*», «*Falta de legitimación en la causa por pasiva-Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.*» y «*Procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los*

supuestos que dan lugar a su configuración»; y en relación con el llamamiento, las de «Ausencia de cobertura», «Improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza», «Agotamiento del valor asegurado», «Aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza», y «Sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional».

4.- La Superintendencia Financiera, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, emitió sentencia el 24 de diciembre de 2020, en la que declaró civil y contractualmente responsable a la fiduciaria de los perjuicios causados a la demandante y la condenó a pagarle \$1.387'762.480 dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia y, vencido este plazo, a abonarle intereses de mora *«a la tasa del artículo 884 del C. de Co.»*, aceptó las defensas de la llamada en garantía y no condenó en costas.

5.- El *ad quem*, al resolver la alzada propuesta por la demandada, confirmó la condena y la actualizó en \$1.468'426.421,94 hasta diciembre de 2021; empero, revocó el ordinal tercero de la sentencia y, en su defecto, desestimó las defensas de SBS Seguros de Colombia S.A. y le ordenó pagarle a la actora \$1.318'426.421,94 o reembolsarle ese valor a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta salda la deuda, con la advertencia de que debe solucionarla en el plazo determinado por el *a quo*, so pena de que se causen intereses comerciales de mora y condenó en costas a la recurrente a favor de la accionante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

A vuelta de referirse a los derechos de los consumidores y las normas que los protegen, precisó que es factible decidir por fuera de la pretensión siempre que no se infrinja el debido proceso ni se sorprenda a la contraparte.

Advirtió que en autos de 27 de diciembre de 2018 y de 28 de marzo de 2019 se descartó la necesidad de integrar la *litis* con Urbanizar S.A., promotora del proyecto Marcas Mall y que, aunque hay coligación contractual, el reproche se canalizó solo contra el actuar de la fiduciaria, situación que es suficiente para decidir el asunto.

Analizó la congruencia del fallo y destacó que en el derecho del consumo el juez tiene facultades que le permiten resolver de la forma más justa para las partes, máxime cuando las normas que regulan esa materia deben ser interpretadas de la forma más favorable al consumidor.

Halló falta de diligencia de la fiduciaria desde el inicio del proyecto, por omitir los estudios y las previsiones necesarias para anticipar su viabilidad, así como por haber transferido los recursos a la promotora sin cumplirse los requisitos para ello, sumado al actuar irregular del representante legal y del personal de la oficina de Cali, que malversaron el capital e incurrieron en conductas que impidieron concluir el proyecto; también le reprochó no haber emprendido acciones para proteger los bienes fideicomitidos, ya que el predio donde se levantaría la obra está en estado de abandono y amenaza ruina, lo cual la hace

responsable según el artículo 1243 del C. de Comercio.

Se persuadió, por tanto, de que la administración de la fiduciaria fue insuficiente e inadecuada porque sus colaboradores realizaron actuaciones en contravención de los intereses de los inversores, lo que afectó la estabilidad y liquidez del proyecto inmobiliario, que fue reestructurado como se extrae de la misiva de 8 de noviembre de 2016.

Señaló que el «*Informe Definitivo de Investigación y Consolidación Evento Riesgo Operativo en la Sociedad Fiduciaria*», rendido por la junta directiva en julio de 2018, arrojó actuaciones irregulares en la oficina de Cali donde se retiraron y giraron recursos indebidamente, tanto que algunos fueron dirigidos a una empresa de la cual era accionista la mamá del representante legal, todo lo cual afectó la estabilidad económica del proyecto; empero, precisó que el fallo apelado no se fundó en tales incidencias, sino en el hecho de haber transferido al fideicomiso los recursos de Inversiones Darién SA., en rebeldía a lo pactado, con sustento en una verificación de 4 de noviembre de 2014, sin cumplirse las condiciones para tal efecto.

Enfatizó que la cláusula primera del contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito entre Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. deja entrever que su objeto era «*la creación de encargos fiduciarios para la inversión de recursos bajo el esquema de preventas.*», así como que «*la fiduciaria recaudaría el capital y lo pondría a disposición del promotor solo cuando se cumplieran las*

condiciones de la cláusula tercera, entre las que sobresalen la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera»; también «haber celebrado con inversionistas contratos de compraventa y de encargo fiduciario individual equivalentes al 52% de las ventas estimadas del proyecto», aunado a que «los encargos fiduciarios de los inversionistas ascendieran al 15% del valor de las unidades prometidas; el certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el que se desarrollaría el proyecto en que constara la propiedad a nombre de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.» y también que en caso de no cumplirse lo anterior en el plazo acordado se informaría al inversionista para que dispusiera de su capital; la cláusula quinta preveía que la fiduciaria mantendría los recursos separados del resto de sus activos y de los de otros proyectos fiduciarios.

Destacó que el encargo fiduciario celebrado por las partes propendía porque la inversora adquiriera los locales n.º 1-035 y 1-036 e incluía, en su cláusula primera, las mismas condiciones del contrato MR-799 Marcas Mall, que supeditaban la transferencia de los dineros por la fiduciaria al promotor sólo cuando se cumplieran todas las condiciones pactadas en ambos contratos, según desgaja del numeral segundo de la cláusula octava.

En el acta de verificación de cumplimiento de requisitos de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014, los signatarios del contrato MR-799 Marcas Mall modificaron la cláusula tercera sobre la transferencia de recursos e incluyeron la expresión «*si es del caso*», lo que alteró la firmeza de algunos requisitos, empero, mantuvo lo relativo a la titularidad del lote de terreno, tanto que en el numeral sexto se indicó que promotora Mall

suministró el certificado de tradición de matrícula n.º 370-695292 del predio que era de Baxter registrado a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall cuya vocera y administradora era Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y con base ello se tuvieron por cumplidos los requisitos y se autorizó la transferencia de los recursos.

No obstante, el folio de matrícula inmobiliaria desmiente la titularidad el bien por parte de la fiduciaria para el día de la transferencia del dinero al promotor, pues carecía del título y del modo, lo que denota incumplimiento, tanto así que su representante legal no desmintió que su adquisición fue posterior al acta, ni que la transferencia de los recursos se hizo sin atender tal exigencia y parte de ellos se utilizaron para amortizar su valor, a pesar que los inversionistas no tenían que asumir tal compra, situación que generó déficit financiero, afectó el proyecto y, al final, se agravó con las actuaciones de los funcionarios de la oficina de Cali.

Se violó el deber contractual de tener separados los recursos de los inversores de gastos ajenos a lo pactado, y no se acreditó que para el 4 de noviembre de 2014 se hubieran logrado las metas propuestas sobre número mínimo de ventas y dineros recaudados como punto de equilibrio.

Aunque la fiduciaria adujo haber ceñido su actividad a las Circulares Externas de la Superintendencia Financiera para el buen manejo de los negocios fiduciarios, así como a los Decretos 2649 y 2650 de 1993, ese alegato decae porque el artículo 1243 del Código de Comercio la hace responsable hasta de culpa leve en el cumplimiento de su gestión, sobre

todo porque cuando asumió el manejo de los activos de la inversionista quedó sujeta a cumplir los imperativos previstos en el artículo 1234 ibidem, específicamente el numeral tercero de invertir esos recursos acorde con lo pactado en el acto constitutivo, deber que, según lo acordado en el encargo fiduciario individual n.º 0001100010269 supeditaba la transferencia del capital al fideicomiso siempre que se cumplieran todos los requisitos de la cláusula tercera, lo que no ocurrió.

La demandada dice tener buenas prácticas de gobierno en materia de contabilidad y control interno sólido, pero existen unos deberes inherentes a su naturaleza y a los negocios fiduciarios a su cargo que no pueden ser desconocidos, ya que se probó que su actuar fue inadecuado para impedir que se desviaran los recursos de los inversores, tampoco adoptó medidas oportunas, urgentes e inmediatas que contuvieran los actos irregulares y fraudulentos, pues tardó casi 4 años en hacer las auditorias necesarias para constatar el manejo de su oficina en Cali, lo que permitió el detrimento económico en varios encargos fiduciarios.

La fiduciaria tenía a su cargo unos deberes específicos según la Circular Externa 07 de 1996 de analizar el riesgo de cada proyecto, contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar la correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación, lo cual hace suponer que tanto la viabilidad como las eventuales incidencias del proyecto debían ser informadas a los inversionistas, lo que no se hizo, pues los imprevistos solo fueron socializados con el promotor con

quien hizo las modificaciones sustanciales del contrato matriz, situación que desencadenó el deceso del proyecto.

Tampoco probó haber informado a la accionante sobre los cambios hechos al proyecto, a pesar que debió hacerlo para que aceptara o no la transferencia de su dinero al fideicomiso, al ser la encargada de vigilar que se cumplieran los requisitos para trasladar los dineros al promotor, según lo pactado en el encargo fiduciario y en el otro sí n.º 3, lo cual le impide descargar la responsabilidad en el promotor o en el interventor y denota incumplimiento, sumado a que desatendió los procedimientos de control interno, pues su representante legal admitió la transferencia de dineros sin que se adquiriera el terreno y que algunos de sus funcionarios sustrajeron recursos, expidieron documentos cuando no había lugar a ello, falsificaron extractos, ocultaron información, lo que revela violación a los sistemas de control interno, actuaciones que se extendieron en el tiempo y que, al final, afectaron a los inversionistas cuyos encargos fiduciarios no tuvieron buen final.

El testigo Rafael Alonso Uribe manifestó que en la oficina de Cali se identificaron debilidades de control porque la mayoría de empleados de esa sede participaron en los actos presuntamente defraudatorios, que halló serias irregularidades en el manejo de los fideicomisos durante bastante tiempo, pues se disponía libremente de capital y se realizaban ingresos y egresos sin soporte alguno.

La exclusión pactada en la póliza n.º 1000099 de SBS Seguros Colombia S.A. que fue tomada para cubrir el riesgo

de responsabilidad civil profesional financiera es ineficaz, pues no aparece inserta en la primera página o carátula de la póliza, ya que ni siquiera se hizo alusión a la existencia de unas condiciones generales, ni se remitió al capítulo de exclusiones. Luego, contravino el orden público porque el artículo 184 del Decreto 663 de 1993 prevé que las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza, sin que las excepciones de la aseguradora prosperen, pues las que buscan desvirtuar la responsabilidad de la llamante fueron descontadas cuando se estableció que sí debe responder, no es dable la sentencia anticipada, ni acoger una excepción de oficio. Las demás carecen de sustento porque no se probó que el valor total de la póliza haya sido afectado. Solo se demostró un deducible para cada reclamo, el cual deberá tenerse en cuenta.

Con sustento en esas reflexiones actualizó la condena hasta diciembre de 2021, por disposición del numeral segundo, artículo 283 *ibid.*, a \$1.468'426.421,94 y precisó que la aseguradora deberá cubrir \$1.318'426.421,94, pues el resto (\$150'000.000) más los intereses de mora a que haya lugar correrán por cuenta de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

DEMANDAS DE CASACIÓN

Formuladas por la demandada y la llamada en garantía. Aquélla planteó cuatro cargos y ésta enarboló cinco, todos fueron admitidos. En primer lugar, se desatarán los de la fiduciaria que buscan el quiebre total del fallo. Inicialmente, se abordará el primero y los demás serán despachados conjuntamente porque denuncian el quebranto de las

mismas normas jurídicas y contienen idéntico planteamiento en torno a la responsabilidad civil contractual, de ahí que ameriten razonamientos comunes. Finalmente, se encararán los ataques de la aseguradora que tienen alcance parcial, pero únicamente se zanjarán el tercero, el cuarto y el quinto, que están llamados a prosperar.

**DEMANDA DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.
CARGO PRIMERO**

Al amparo de la causal quinta de casación alega nulidad con base en la causal octava del artículo 133 del Código General del Proceso, por falta de vinculación de los promotores del proyecto Marcas Mall que debían estar en el pleito, lo cual quebrantó el artículo 29 superior, ya que:

La demandada no es la única llamada a resistir las pretensiones, pues ello supondría dejar al querer del accionante su escogencia, a pesar que es una labor que debe establecer el juez, sobre todo porque se alegó falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser la fiduciaria la llamada a responder, situación que obligaba vincular a los promotores del proyecto, no solo al haber coligación contractual, sino porque ocasionaron el daño y, además, podían aportar los elementos relativos a su accionar para así aclarar los hechos.

Los daños fueron producidos por el manejo que el promotor le dio al proyecto y no por las funciones a cargo de la fiduciaria al haber entregado los recursos de forma indebida, pues, en todo caso, el resultado sería el mismo, lo

cual imponía vincular a aquel al haber una coligación contractual entre el encargo fiduciario y la fiducia en administración, como lo admitió el Tribunal, a pesar de lo cual descartó el litisconsorcio necesario con Marcas Mall, aun cuando sí lo hay, dado que su actuar repercutía en todo el proyecto. Por tanto, pide quebrar la sentencia y anular lo actuado por falta de integración del contradictorio.

CONSIDERACIONES

1. El proceso judicial es el escenario legal establecido por el Estado para zanjar de forma pacífica, completa, ordenada y definitiva las controversias intersubjetivas de intereses suscitadas entre los justiciables, razón por lo que debe adelantarse con todos aquellos que, *ministerio legis* o por disposición contractual, conforman la relación jurídico-procesal, so pena de nulidad.

Ello es así porque, además de ser un punto de encuentro para los contendores, el proceso, como espacio jurídico, constituye «*el modo o manera de realizar la función jurisdiccional*»¹ y por eso está puesto al servicio de los coasociados conforme lo dispone el postulado de la tutela jurisdiccional efectiva (art. 2º C.G.P.), mediante el cual se reafirma que persona tiene derecho a acceder al sistema de administración de justicia (art. 228 C.P.N.), así como a un debido proceso (art. 29 *ibid.*), en el que sea escuchada y se respeten sus garantías superlativas, lo cual impone su regular y oportuna convocatoria al respectivo entorno

1 Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., Colombia, 1984, pág. 104.

institucional, sea como parte o tercero, siempre que tenga interés en su desenvolvimiento y solución legal.

Ello debe ser puesto en contexto con el principio dispositivo sobre el que campean las relaciones de derecho privado y que permite a los involucrados en la pugna establecer los temas que en ejercicio del derecho de acción han de presentarle al juzgador; empero, si la relación material es plural hay casos en que resulta imperativo que todos los partícipes estén presentes en la *litis*, aun cuando en ciertos eventos es dable prescindir de algunos, dependiendo de la naturaleza de la prestación o del derecho exigido en la demanda.

Reafirma lo anterior el artículo 88 del Código General del Proceso que contempla la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones como un mecanismo de economía procesal y de eficiencia que propende por la solución real y definitiva del conflicto intersubjetivo de intereses, cuandoquiera que sea sometido al escrutinio ante el administrador de justicia.

Resulta indiscutible, entonces, que hay eventos que, por la naturaleza misma de la controversia, deben ser resueltos de manera uniforme y con la presencia de todos los sujetos de derecho implicados. En tal caso, se impone para quien activa la función jurisdiccional, la necesidad de dirigir la acción contra absolutamente todos ellos y, si así no lo hace, surge para el juez el deber de disponer su vinculación en la fase de admisión o, inclusive, antes de sentenciar la causa, a fin de integrar en debida forma la relación jurídico

procesal y de darle efectividad a la decisión judicial definitiva de la discusión, so pena de vaciar el contenido de importantes garantías y de incurrir en nulidad procesal.

Tal la razón para que los artículos 60 y 61 del Código General del Proceso prevean, en su orden, dos formas de litisconsorcio: el facultativo que permite al que acciona definir frente a quién dirige su reclamo, cuando la naturaleza de la relación material o la ley admiten tal escogencia; y el necesario cuando el orden legal o la naturaleza misma de la relación material exigen que cualquier decisión deba ser uniforme para todos los implicados, es decir, los afecte en cualquier sentido, eventualidad en la que se torna forzoso integrar el contradictorio con todos ellos, situación que, por tanto, impone su comparecencia obligatoria a la *litis*.

Con todo, se precisa que la omisión de tal exigencia puede ser superada antes del fallo de primera o de única instancia (art. 61 C.G.P.) al disponer la vinculación de quienes deben estar presentes en la disputa jurisdiccional, pero si ello no se corrige y se dicta sentencia, esta será anulable y se integrará el contradictorio, según emerge del numeral octavo del artículo 133 y del artículo 134 *ibid*.

Al efecto, en CSJ SC2496-2022 se destacó que:

(...) de conformidad con el inciso final del artículo 134 “[c]uando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”, lo que quiere decir que es un defecto insubsanable, así no lo diga expresamente el párrafo del artículo 136 ibídem, pero que de todas maneras encaja dentro del supuesto de pretermisión integra de la respectiva instancia por cuanto implica el desconocimiento del debido proceso a un interesado cuya comparecencia se obvia a pesar de resultar obligatoria su vinculación, de ahí que se le

conculca la posibilidad de pronunciarse, solicitar pruebas, intervenir en su recaudo y poder controvertir las allegadas por los restantes participantes en la litis

2. Las nulidades procesales son una sanción procesal contra el acto judicial realizado en contravía de los derechos de los litigantes y procuran regularizar la actuación para salvaguardar principios constitucionales, entre ellos el debido proceso y el acceso al sistema de administración de justicia. Su función, según Carnelutti², es la de servir como «*un remedio negativo*» que apunta hacia «*la renovación del acto*» siempre que esta sea «*necesaria y posible*». Por ello, se asienta en los principios de legitimación o interés, oportunidad, taxatividad o especificidad (*numerus clausus*), trascendencia, convalidación, saneamiento e interpretación restrictiva, pues la invalidación ha de ser la última *ratio*.

Al abordar su estudio, en CSJ SC3678-2021 la Sala reiteró que «*(...) no responden a un concepto netamente formalista, sino que revestidas como están de un carácter preponderantemente preventivo para evitar trámites inocuos, son gobernadas por principios básicos, entre ellos el de especificidad, trascendencia, protección y convalidación*» Al (CSJ SC 20 may. 2002, rad. 6256).

Bajo esa lógica, importa precisar que solo el afectado está habilitado para argüir la nulidad que lo perjudica, lo cual impide que cualquier otro litigante pueda hacerlo, pues carece de atribución al no ser el titular del interés lesionado,

² Carnelutti, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Actos del Proceso. (Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo). Uthea Argentina. Buenos Aires, 1944, pág. 579.

máxime si se tiene en cuenta que, por regla general, las nulidades se pueden convalidar y son sanables, de ahí que deban ser alegadas a tiempo porque de lo contrario precluye la posibilidad de hacerlas valer. Por último, quien las invoque debe tener interés para hacerlo y encuadrar su reclamo en el catálogo previsto en la ley.

3. En el plano contractual es muy frecuente que, frente a una relación jurídica sustancial encaminada a la realización de una operación económica, intervengan diversos sujetos de derecho. Por ejemplo, los proyectos inmobiliarios en los que usualmente actúan varias personas con roles y aspiraciones diferentes, pero interconectados o concatenados hacia un objetivo común, entre ellos, el diseñador, el constructor, el promotor inmobiliario, la sociedad fiduciaria y los inversionistas que intervienen, cada uno a través de un contrato específico y autónomo que proyecta derechos y obligaciones para quienes actúan en él, pero que, al tener una finalidad común, genera coligación contractual, esto es, un ligamen de dependencia y diversos efectos transversales hacia toda la red negocial.

Sin embargo, ello no significa que todos los intervinientes deban concurrir al litigio promovido por temas referidos a un proyecto en particular, pues todo dependerá de la clase de proceso y de los aspectos sobre los que verse la controversia, tanto así que si esta recae sobre los deberes de uno de los implicados y sus efectos propios susceptibles de ser escindidos de los que son trasversales en cuanto vinculan a toda la red contractual, la controversia se tramará debidamente entre los directamente implicados; por el

contrario, si la pugna envuelve todo el entramado negocial o abarca temas que hacen parte de la coligación negocial, ahí sí será preciso vincular, sin excusa, a todos los que puedan ser alcanzados, de alguna forma, con la decisión.

A tal efecto, en CSJ SC107-2023 la Sala precisó que:

(...) cuando la discusión gravite sobre obligaciones propias de uno de los agentes y sus efectos concretos, los cuales pueden escindirse de los que son transversales a toda la red contractual, sólo habrá que convocar al juicio a los directamente concernidos. En las hipótesis contrarias, esto es, cuando se encuentre sub judice el proyecto inmobiliario en su conjunto o se discutan aspectos propios de la coligación contractual, habrá que llamar a juicio a todos los partícipes que puedan resultar afectados con la decisión.

4. En este episodio, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con apoyo en la causal quinta de casación, alega la nulidad establecida en el numeral octavo del artículo 133 del Código General del Proceso, la cual se configura «*[c]uando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas (...), que deban ser citadas como partes,..., cuando la ley así lo ordena (...) o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado*» y la sustenta en que no se vinculó a los promotores del proyecto Marcas Mall al pleito, lo que de paso quebrantó el artículo 29 superior.

El revés de la arremetida es inevitable, toda vez que la realidad procesal pone al descubierto que no se configuró la vicisitud procedimental que invoca Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Aunque es indiscutible que fueron varios los sujetos que

intervinieron en las distintas fases de desarrollo del proyecto inmobiliario Marcas Mall Cali, valga decir, Urbo Colombia S.A.S., Urbanizar S.A. y otras sociedades, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., que cumplió varios roles (*fiduciaria de preventa, de inversión y de administración*), la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., Urbanizar S.A., como gerente del proyecto y la inversionista Inversiones Darién S.A., lo cierto es que la accionante emprendió su acción solo contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., y justificó esa situación.

Al efecto, afirmó que convocaba sólo a esa entidad al ser «*quien suscribió el contrato de Encargo Fiduciario Individual y es ella quien incumplió las obligaciones legales y contractuales pactadas en el referido contrato Nro. 0001100010269 de fecha 24 de octubre de 2014 ... y en el contrato de Encargo de Preventas Promotor MR-799*»³, exposición factual que le sirvió para demarcar las pretensiones en procura de que se condenara a esa empresa, que no a otra, al pago de una suma de dinero por haber incumplido el contrato de encargo fiduciario antes referido, por lo que sobre esa base se desarrolló la contienda judicial.

En ese contexto, y sin desconocer que en las fases de promoción, administración y construcción del proyecto Marcas Mall Cali intervinieron varios sujetos de derecho, cada uno con funciones previamente definidas, pero vinculadas por una causa o propósito común, lo cierto es que este proceso judicial inició en procura de establecer la responsabilidad civil -única y exclusivamente- de Acción

3 Archivo digital 000.pdf).

Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo del contrato de preventas, por el incumplimiento de sus débitos.

Ello significa, para decirlo sin rodeos, que Inversiones Darién S.A., emprendió su quehacer judicial solo frente a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por su actuar en la fase de preventas, al ser parte del contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010269 de 24 de octubre de 2014; luego, esa entidad era la única llamada a resistir la pretensión.

Desde esa perspectiva, contrario a lo que propone el cargo, se infiere que la intervención del constructor no era requerida porque en su contra ningún pedimento se esgrimió, y, en todo caso, cualquier labor enderezada a valorar sus compromisos en nada esclarecía el panorama de cara a los deberes de conducta reprochados a la fiduciaria, esto es, información, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalismo, previsión y protección, cuyo incumplimiento fue el sustento medular de la acción propuesta, lo que descarta litisconsorcio necesario que extraña la censora y, por contera, desvirtúa la nulidad procesal invocada.

En un caso de igual temperamento, la Sala dilucidó:

Los hechos de la demanda refieren el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de encargo fiduciario individual, en los que se dio a la fiduciaria la expresa instrucción de poner a disposición del promotor los dineros entregados en administración únicamente cuando se hubieren cumplido las estrictas condiciones de transferencia de recursos pactadas para tal fin; el petitum, por su parte, se limita a solicitar el reintegro de esos recursos ante el incumplimiento de los requisitos de transferencia acordados.

Por fuera de los reproches de la demandante y de sus consecuentes pedimentos quedaron otras situaciones atinentes a la ejecución del proyecto inmobiliario, las vicisitudes de la construcción y el posible incumplimiento de obligaciones por parte del promotor.

Por lo anterior, la simple lectura de la demanda muestra que la actora no pretendió la resolución, la nulidad ni la modificación de ninguno de los negocios jurídicos celebrados en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall, no demandó el cumplimiento de obligación alguna en cabeza de la promotora ni exigió responsabilidades por la ejecución del proyecto, de modo que la controversia estuvo limitada a la relación entre el consumidor financiero y la fiduciaria en lo que concierne con el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los encargos fiduciarios individuales, motivo por el cual la comparecencia de la promotora no era necesaria para la definición del asunto, como acertadamente lo advirtieron los juzgadores de instancia (CSJ SC2879-2022).

En fin, no se incurrió en nulidad procesal al omitir vincular al promotor Marcas Mall, pues, aunque hizo parte de la red comercial surgida a partir de los distintos contratos hechos para la construcción del proyecto Marcas Mall Cali «*negocio fiduciario de preventas, fiducia de inversión, fiducia de administración inmobiliaria, encargo de obra material, administración delegada, etc.*», lo cierto es que la accionante no puso en discusión los derechos ni los deberes dimanantes de cada una de esas operaciones, como tampoco las cargas transversales a todo el entramado comercial, ya que solo controversió los compromisos fiduciarios surgidos del contrato de preventas.

5. En consecuencia, naufraga la acusación.

CARGO SEGUNDO

Con base en la causal primera de casación denuncia el

quebranto directo de 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, con estribo en que el Tribunal se apartó de las normas de la responsabilidad civil contractual y de la jurisprudencia, pues de haberlas hecho actuar habría exonerado a Acción Fiduciaria S.A. por faltar los presupuestos de la acción entablada.

Alega que el *ad quem* no estudió bien la responsabilidad civil, pues solo analizó el elemento de atribución y la condenó por incumplir sus deberes contractuales y legales, a pesar que debía hallar el daño y el nexo causal, pues el primero debe ser cierto y directo según los artículos 1494, 1613, 1614 y 2341 del Código Civil, pero aun así lo relegó, aunado a que no fue precisado en la demanda y tampoco se probó en el proceso, además que no todo presunto daño es indemnizable, sino solo el injusto, cierto, determinado y directo.

Aun si hubiera daño, como al parecer lo dedujo el Tribunal, lo cierto es que resignó el análisis del nexo causal entre la conducta reprochada a la fiduciaria y la afectación de la inversora, de modo que aun si se diera por sentado que aquella incumplió sus compromisos, aun así, no habría vínculo con el detrimento reclamado, a pesar que debe haberlo por así exigirlo la ley, por ejemplo, los artículos 1613, 1614 y 2341 *ibidem*.

CARGO TERCERO

Al abrigo de la segunda causal de casación, denuncia la infracción indirecta de 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 errores manifiestos y trascendentes al apreciar la demanda, el certificado de libertad y tradición n.º 370-695292 de la Oficina de Registro de Cali, el otro sí n.º 2 al contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-99 de 21 de mayo de 2014 y el acta de verificación de cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario.

Insiste en que fue condenada por incumplir sus deberes legales y contractuales, sin aplicar las normas sobre responsabilidad civil contractual y los lineamientos que la rigen, ya que solo se analizó el factor de atribución, sin verificar el daño y el nexo causal, que, de haber sido estudiados, habrían llevado a exonerarla.

El *ad quem* identificó la relación jurídica concertada por las partes y condenó a la fiduciaria por haber transferido el dinero al promotor cuando el terreno no era de propiedad del fideicomiso, sin verificar la presencia del daño y del vínculo causal que enlace su actuación con el supuesto detrimento de la reclamante, a pesar que los artículos 2341, 2343 y 2356 imponen su análisis y la jurisprudencia ha establecido que aquél debe ser cierto y directo, sobre lo cual nada se dijo en la demanda, ni se probó en el proceso.

Se pasó por alto que la fiduciaria no era promotora ni constructora del proyecto, de ahí que las afectaciones se habrían producido por el actuar de estos últimos y no suyo, máxime si se tiene en cuenta que la gestora sigue siendo inversionista y, por consiguiente, podría recibir el dinero que

entregó o los locales que pretende adquirir, en cuyo caso nada habría que indemnizar, de ahí que cualquier ordenamiento judicial en tal sentido propiciaría un enriquecimiento sin justa causa.

Aun si se admitiera que hubo daño, sería imposible establecer el nexo causal, ya que en el libelo nada se planteó para demostrarlo, sin que pueda deducirse de la realidad fáctica y jurídica del proceso, pues no hay forma de inferir que provino del actuar de la convocada. Una lectura correcta de la demanda y de las pruebas hace concluir que el evento imputado a la fiduciaria antecedió al daño, luego, no fue la causa adecuada, pues el único accionar que lo causó es atribuible al promotor Marcas Mall. La culpa y el daño son insuficientes para establecer la responsabilidad, se requiere la conexidad entre este elemento y el actuar de la reclamada, sin que, insiste, tal vínculo o conexión aflore de la demanda que fue mal interpretada, ni de las pruebas erróneamente apreciadas.

Si se aceptara que esa entidad incumplió sus deberes por transferir los recursos al promotor el 4 de diciembre de 2014, una correcta lectura de la demanda hace inferir que el requisito que extrañó el Tribunal, atinente a la titularidad del bien, se cumplió el 19 de noviembre siguiente, es decir, 15 días después de la entrega de los dineros. Igual conclusión se impone frente a la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor, ya que ese requisito era inane porque la obra se haría con recursos propios. Ahora bien, en cuanto al porcentaje mínimo de ventas y de dineros recaudados como punto de equilibrio, el fallador coligió que para el 4 de

noviembre de 2014 esa exigencia no estaba satisfecha, a pesar que en el libelo se dijo que se cumplió el 12 de noviembre de 2014, lo que significa que para el 19 de ese mismo mes y año ya estaba superada tal condición, sin que desde la primera fecha hasta esta última hayan ocurrido hechos que hagan inferir que los recursos no se habrían podido transferir en la última.

No era posible colegir que el incumplimiento se originó al transferir los recursos al promotor sin que se acreditara la propiedad del lote en el fideicomiso con estribo en que los inversionistas no tenían por qué asumir de su peculio la compra, porque lo pactado solo imponía lo primero, sin importar la forma estipulada para su pago; fue errado sostener que las reformas debían ser socializadas con la inversora, ya que la fiduciaria no debía informarle los detalles y el modo de cancelar el terreno, lo que descarta el daño y el vínculo causal, pues aun de eliminar los hechos imputados, aquel se habría producido al ser atribuible al promotor.

El hecho generatriz de la responsabilidad acaeció después del 19 de noviembre de 2014, luego no hay razón para censurar a la fiduciaria al ser imposible concluir que causó el daño, ya que fue el actuar del promotor, en la fase de construcción, el que la produjo, tanto así que el proyecto se comenzó a erigir.

CARGO CUARTO

Invocó iguales normas a las del ataque anterior para sustentar una transgresión indirecta de la ley sustancial, por

errores manifiestos y trascendentes en la apreciación de las pruebas, ya que el Tribunal hizo responsable a la demandada al ponderar mal esos medios y sin analizar el nexo causal.

Se inobservó la cláusula decima del contrato de encargo fiduciario individual, en la que la fiduciaria se exoneraba por las fallas en el desarrollo del proyecto, documento que, además, demostraba que el daño fue generado por el promotor en la fase de construcción, pues de haber sido propiciado por la convocada la obra no habría empezado a ser ejecutada; de igual modo, se omitió los boletines informativos enviados por la fiduciaria a Urbanizar a la Promotora Marcas Mall para avisar a los inversionistas sobre la necesidad de modificar ciertos aspectos del proyecto y suscribir los otrosíes a los contratos, así como sobre el estado de la construcción y sus etapas.

CONSIDERACIONES

1. *Ab initio*, la Sala hará algunas reflexiones en torno a la fiducia mercantil y, particularmente, sobre el encargo fiduciario, toda vez que ese despliegue expositivo pondrá en evidencia las particularidades que distinguen a esos negocios jurídicos y permitirá fijar el norte de la decisión a partir de la cual se zanjen las acusaciones blandidas por la demandada y que apuntan a romper íntegramente el fallo atacado.

1.1. La fiducia mercantil es un negocio jurídico por medio del cual una persona -el fideicomitente- transfiere uno o más bienes determinados a otra -la fiduciaria- en procura de que los administre o enajene para cumplir así una

finalidad especificada por el constituyente, en beneficio de este o de un tercero -fideicomisario-, según lo prevé el artículo 1226 del Código de Comercio.

Se trata, por tanto, de un acto jurídico mercantil de carácter bilateral, oneroso, conmutativo, principal, real⁴ y de ejecución continuada, cuyo bastión esencial es la confianza depositada por el fideicomitente en la fiduciaria que se vincula en el armazón negocial, al ser la fiducia un instrumento económico y jurídico que sirve de vehículo legal para canalizar la inversión.

La figura *legis* envuelve un negocio indirecto⁵ y supone la intervención de un profesional cualificado⁶ que asume la obligación de cumplir las obligaciones propias o inherentes a esa relación jurídica, en la que al mismo tiempo surge un patrimonio autónomo compuesto por los haberes que el constituyente se obliga a transferir con miras al cumplimiento de un objetivo previamente determinado, según las necesidades y el anhelo de las partes.

En todo caso, el elemento basilar de esa relación jurídica es la confianza, habida cuenta que el fideicomitente, que puede ser una persona natural o jurídica, de derecho privado o público, contrata a la fiduciaria, quien en cambio ha de ser un ente jurídico calificado y con especial

4 CSJ SC 30 jul. 2008, rad. 1999-01458-01.

5 Hinestrosa Forero, Fernando. Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico, vol. II, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2015, pág. 622.

6 El artículo 1226 del Código de Comercio prevé que solamente “*los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizadas por la Superintendencia Financiera, podrán tener la calidad de fiduciarios*”.

conocimiento, experiencia técnica, capacidad operativa y financiera en el mercado en que actúa, para que gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario, así como para que cumpla adecuada y debidamente el encargo que se le encomienda en beneficio del fideicomisario que, como ya se vio, puede ser el propio constituyente o un tercero.

En ese sentido, la fiduciaria debe estar habilitada por el Estado para operar comoquiera que cumple labores de intermediación financiera en un negocio jurídico en el que hay cierta asimetría de poderes entre las partes y por virtud del cual pasa a ser *ministerio legis* la administradora y titular de un activo que, aunque no es suyo, es puesto a su disposición, toda vez que se le transfiere la propiedad, bajo la promesa de buen gobierno y oportuna restitución al beneficiario.

El éxito de la gestión encomendada importa a las partes, pero también al orden jurídico al estar involucradas la estabilidad y la credibilidad del sistema financiero que es un baluarte de las sociedades capitalistas en el mundo contemporáneo. Por ello, el artículo 1234 del Código de Comercio y la Circular Básica Jurídica 029/2014 de la Superintendencia Financiera agrupan diversas obligaciones de las fiduciarias que apuntan a que estas obren bajo ciertos estándares de buena fe, diligencia, información, protección, profesionalidad, especialidad, prudencia, previsión, pericia, asesoría y defensa de los bienes fideicomitidos (art. 2.2.1.2.1).

Al fin de cuentas, está de por medio el interés público

(art. 335 C.P.N.) y la confianza del particular que le entrega a la fiduciaria parte de su capital gracias a la habilitación estatal de que esta goza para captar recursos y prestar servicios financieros, así como al respaldo y la credibilidad con que se presenta ante el público en general, sobre todo porque su forma de actuar no es clandestina, sino abierta al mercado y, además, está sometida a inspección y vigilancia del Estado.

Frente a ello, aunque en principio las obligaciones a cargo de la fiduciaria son de medio y no de resultado, esos débitos contractuales, que están compuestos por las normas imperativas que regulan su actividad, las cláusulas contractuales y los deberes secundarios de conducta, le imponen la necesidad de obrar bajo altos estándares de diligencia y previsión que le son propios a su actividad, es decir, debe comportarse frente al contrato como un profesional o *artífice* en pro de lograr la realización de lo proyectado.

Sobre ello, en CSJ SC5430-2021 la Corte recordó que:

(...) los negocios fiduciarios tradicionalmente se han calificado como de confianza, pues “[l]a expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro” (CSJ SC 30-07-2008. Exp. 1999-01458-01)

1.2. Otra modalidad de negocio fiduciario es el encargo fiduciario, que se caracteriza por ser un contrato bilateral, conmutativo, oneroso, principal, consensual y de ejecución

continuada, al que le son aplicables un sinnúmero de normas, valga decir, las que están en la Constitución Política, aquellas que protegen al consumidor, en general y al financiero, en particular, así como las del Decreto 663 de 1993, también las del Código de Comercio y, en cuanto resulte necesario, las que regulan la fiducia y el mandato mercantil, siempre que unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las pautas establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 146 del Decreto 663 de 1993), sin dejar de lado los principios generales transversales a todo negocio jurídico.

Cabe advertir que este último compendio normativo autorizó a las fiduciarias para efectuar esa clase de negocios siempre que tengan por objeto *«... la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece»* (art. 29 literal b).

De acuerdo con la Circular Básica Jurídica n.º 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera *«[s]i no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Código de Comercio en relación con el contrato de mandato»*, de lo cual fluye nítido que, por virtud del encargo fiduciario, el fideicomitente entrega una cosa a

una sociedad fiduciaria, y esta la recibe a título de tenencia en procura de cumplir la finalidad pactada en el acto constitutivo en beneficio de un fideicomisario, por lo que la nota característica de este contrato es que hay entrega material, pero no transferencia de dominio, toda vez que ese atributo sigue en cabeza del encargante.

1.2.1. En virtud del encargo fiduciario, la fiduciaria queda compelida a cumplir los débitos emanados del contrato, los previstos en la ley, así como los que asume *per se* en razón de su profesionalismo y los que dimanen de la buena fe que guía todo el ejercicio de su actividad empresarial y, por consiguiente, profesional, máxime si se tiene en cuenta que ese principio, de raigambre constitucional (art. 83 C.P.N.), está positivizado en distintos ordenamientos jurídicos (art. 1603 C.C.) y (art. 871 C. Co.).

Se insiste en lo anterior, toda vez que es relevante en la medida que, en el marco de los negocios fiduciarios, particularmente en los inmobiliarios, el principio de la buena fe impone que tanto el fideicomitente promotor, como el constructor, desarrollador y la fiduciaria deban honrar los débitos asumidos por virtud del contrato y de la ley. En ese sentido, en CSJ SC 9 ago. 2007, rad. 2000-00254-01 se indicó que, en especial, todos esos sujetos de derecho deben asumir frente a los terceros interesados en adquirir las respectivas unidades inmuebles resultantes de la construcción:

Una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles (...) obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo

de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios.

Por tanto, es patente que, en toda relación jurídica de esa naturaleza, la fiduciaria debe obrar con sujeción a las cláusulas contractuales al ser ley para las partes y que, en principio, no pueden ser derogadas, salvo por mutuo acuerdo, ora por causas legales.

Frente a ello se reitera que el artículo 1234 del Código de Comercio le impone un catálogo de deberes que, aunque son enunciativos, están referidos a unos débitos indelegables que asume por el carácter profesional que identifica su actividad y que debe cumplir bajo altos estándares de lealtad, diligencia, transparencia y profesionalismo, es decir, como lo haría un buen hombre de negocios, según se precisó en CSJ SC5430-2021, sin dejar de lado las imposiciones de la Circular Básica Jurídica (C.E. n.º 029 de 2014) de la Superintendencia Financiera y el principio de la buena fe que guía el curso de su labor en el mercado en que actúa.

Con otras palabras, el grado de diligencia predicable de la fiduciaria es cualificado comoquiera que supone actuar como un verdadero profesional en el ramo en el que ejerce su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad civil si procede con negligencia y con su conducta -activa o pasiva- genera perjuicios a la otra parte de la relación negocial.

En suma, al margen de que las partes ajusten la relación jurídica a partir de una fiducia mercantil o de un encargo fiduciario, lo cierto es que tal acuerdo tiene como función económica otorgar plena confianza a quienes en él

participan, (*los promotores, constructores, desarrolladores y también a los inversionistas*), respecto del profesionalismo, la pericia y la reputación negocial de la fiduciaria vinculada al respectivo proyecto, sin dejar de lado, por fuerza de la regulación legal de esa labor empresarial, que las actividades que hacen parte de su objeto social interesan al orden público económico (art. 335 C.P.N.) pues tienen como fundamento basilar la aludida confianza y la credibilidad que esas entidades proyectan frente al mercado por su experiencia, rectitud y su conocimiento profesional.

De acuerdo con lo anterior, los negocios fiduciarios, con independencia de la modalidad de que se trate, tienen como pieza esencial una relación de confianza personalísima sustentada en el carácter de profesional de la fiduciaria, quien ha de estar constituida como sociedad, requiere autorización de la Superintendencia Financiera que la vigila e inspecciona, y ha de reunir las condiciones de eficiencia y solidez financiera necesarias para cumplir su labor.

Por ello, en CSJ SC 1 jul. 2009, rad. 2000-00310-01 se indicó:

(...) el fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previsivas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten precaver o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes.

1.3. La dinámica y el crecimiento exponencial de la actividad constructiva han aparejado grandes cambios en el modelo de negocio de esa industria y en su esquema

operativo en razón a los riesgos ínsitos de tal labor, lo cual ha propiciado la intervención del Estado como ente regulador, sobre todo después de la crisis de la década de 1990, época en la que los constructores iniciaban la obra por su propia cuenta y riesgo, generalmente con la ayuda del sector bancario. Asimismo, la expansión de ese renglón de la economía se ha dado en razón al auge y crecimiento de las urbes, variables que diversificaron su ejercicio de cara a las expectativas para los consumidores y que, por contera, generaron la necesidad para el constructor de obtener nuevas fuentes o formas de financiar los proyectos ofertados al público.

Tal situación le abrió la puerta a la venta sobre planos, que es una de las formas más frecuentes en la que el constructor promociona los proyectos que ofrece a los potenciales inversionistas, quienes, a partir de distintos esquemas preparatorios (*contratos de promesa de compraventa, opción de compra, etc.*), anticipan el pago del precio de las unidades que anhelan adquirir y de esa forma le dan liquidez al empresario que, en esas circunstancias, pone en marcha todo un laborío en aras de cristalizar el proyecto ofrecido apenas en el papel, pero que se espera sea posteriormente ejecutado de acuerdo a unas proyecciones, de tiempo y de costo, previamente fijadas para su efectiva realización.

Sin embargo, como la puesta en marcha de un proyecto constructivo conlleva grandes riesgos para los inversores, futuros adquirentes, toda vez que estos desembolsan, generalmente, una suma importante de dinero al constructor

con la esperanza de que este logre ejecutar la obra inmobiliaria ofrecida y cumpla sus débitos legales y contractuales, para aminorar tales trances se acude a la fiducia mercantil o al encargo fiduciario, de tal suerte que a través de cualquiera de esas figuras jurídicas se cuente con el profesionalismo, la diligencia e independencia de un tercero que brinde tranquilidad al inversor de depositar su confianza en el proyecto y que asegure que los recursos serán destinados -única y exclusivamente- para la labor convenida, lo que, en buenas cuentas, incrementa potencialmente la posibilidad de que esta llegue a buen puerto.

Tal la razón por la que la Circular Básica Jurídica n.º 029 de 2014 (en lo sucesivo CBJ) establece -categóricamente- que la fiducia inmobiliaria tiene diversas finalidades, como lo son la de administración y pagos (art. 8.2.1.), la de tesorería (art. 8.2.2.) y la de preventas (art. 8.2.3.). Empero, al margen de cuál sea el rol de esa entidad, su intervención en un proyecto inmobiliario produce plena confianza en el consumidor de que este será muy bien administrado por un profesional especializado en ese mercado, de ahí que tal elemento subjetivo pasa a ser un factor decisivo al determinar la vinculación del inversionista.

Bajo ese marco, cumple decirlo, las fiduciarias asumen el compromiso proveniente de la ley de *«realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación»* (art. 5.2, Capítulo I CBJ).

Todo ello, sin perjuicio de evaluar, valorar y verificar diversos aspectos atinentes a la adquisición del terreno donde se habrá de desarrollar el proyecto y que su tradición no ofrezca problemas de orden legal (art. 5.2.1.1 y 5.2.1.2), a la obtención del punto de equilibrio establecido (art. 5.2.1.3), a que las condiciones técnicas, financieras y jurídicas que hagan posible el proyecto estén dadas antes de que el constructor disponga de los recursos de los inversores (art. 5.2.1.4), a que se consigan los permisos y licencias para ejecutar la obra (art. 5.2.1.5), que haya solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera del constructor o promotor, según la magnitud de la labor (art. 5.2.1.6), así como la suficiencia de las fuentes de financiación para cumplir el proyecto (art. 5.2.1.7) y las pólizas de daños a la obra, la construcción, la maquinaria, a terceros y de responsabilidad civil (art. 5.2.1.8 Cap. I. CBJ).

Igualmente, si el encargo fiduciario atañe a la fase de preventas, es preciso que en el contrato o acuerdo de vinculación de inversores se indique que el proyecto *«cuenta con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto y que los mismos deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de recursos»*, así como *«la indicación de la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el desembolso de los mismos»*, *«la indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados a la fiduciaria»* (numeral 5.2.2. *ibidem*), etc.

Ahora bien, si la fiducia se refiere al desarrollo o ejecución de proyectos inmobiliarios, el contrato que la contenga deberá imponerle a la fiduciaria los deberes de verificar el punto de equilibrio, las condiciones acordadas para la transferencia de recursos por parte de los inversionistas, la duración del proyecto y sus subetapas, así como la prohibición de pagos anticipados al promotor y la certificación semestral del constructor sobre la correcta inversión de recursos, etc. (numeral 5.2.3 T. I CBJ).

Tal panorama sirve para relieves las cargas o compromisos legales y contractuales que asume la fiduciaria en virtud de la confianza que su intervención en un proyecto inmobiliario genera para los inversores que se vinculan a él con la esperanza de que se cristalice y, de ese modo, les pueda ser transferida la propiedad de las unidades que pretenden adquirir, lo cual constituye, precisamente, la razón que los mueve a intervenir en esa clase de operaciones mercantiles.

De ahí que el incumplimiento de cualquiera de los débitos que asume la sociedad fiduciaria sea detonante del deber de responder ante un reproche por parte de cualquiera de los afectados que logre demostrar los axiomas que determinan el éxito de su reclamo, esto es, el daño, la culpa y el nexo causal, sobre todo porque el artículo 1243 del Código de Comercio establece que *«el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión»*, es decir, por *«la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...»*

Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano» (artículo 63 del Código Civil).

En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad de la fiduciaria en el plano contractual, es basilar tener en cuenta la relación material en virtud de la cual hayan asumido compromisos legales y contractuales, así como el rol profesional propio de su actividad, que es calificado y se mide según la actuación que de ordinario se predica de un experto en esa actividad de construcción, de ahí que el estándar de conducta que se le exige sea igual al de un profesional de ese mercado, esto es, el de un artífice versado en la gestión y promoción de negocios ajenos, por contraposición al que se esperaría de un hombre común en la debida gestión de sus propios negocios.

Al efecto, en CSJ SC5430-2021 la Corte enfatizó que:

[E]l grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un “buen hombre de negocios”, comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.

También es necesario acreditar el incumplimiento, ora el cumplimiento tardío o imperfecto de los débitos asumidos por la respectiva entidad, así como el daño, entendido, *lato sensu*, como el deterioro que sufre el patrimonio de la víctima en el orden económico e inclusive, en algunos casos, en el extrapatrimonial, con las limitaciones que en materia contractual establece el Código Civil en torno a la previsibilidad de tales erogaciones y al actuar doloso o

culposo del causante del agravio. Por último, se debe establecer o hallar el nexo causal como el puente o punto de encuentro entre el actuar -activo o pasivo- de la parte a quien se atribuye responsabilidad y el resultado sufrido por el reclamante, al ser la pieza que ata y enlaza -de forma directa e inequívoca- los anteriores elementos, en una relación de causa a efecto.

Sobre tal presupuesto de la responsabilidad civil, el profesor francés Philippe Le Tourneau⁷ anota que:

Racionalmente la responsabilidad civil supone un nexo de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho dañino. Este último debe haber sido la causa generadora del daño. (...) debe ser establecido por el demandante y constatado por los jueces de fondo ante quienes se ha interpuesto la acción en reparación. [se trata de un elemento autónomo de la responsabilidad, independiente de la culpa (o del hecho de la cosa) y del perjuicio.]

Es más, en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, ese elemento lo constituye la relación que hay entre la conducta de quien deshonoró el acuerdo y el daño causado al reclamante, tanto así que en CSJ SC5142-2020 la Sala reiteró que:

“(...) es posible endilgar la autoría de un hecho por las abstenciones cuando el agente tenía el deber legal de actuar para evitar una consecuencia dañosa, lo cual no puede ser explicado por una ‘causalidad’ desprovista de componentes normativos porque las omisiones no son eventos sino ausencia de éstos, es decir que no generan relaciones de causalidad natural. Es un principio general que no hay responsabilidad civil por las inactividades, salvo que el demandado se encuentre bajo un deber legal preexistente o tenga la posición de garante respecto de quien sufre el perjuicio.” (CSJ SC13925-2016).

⁷ Le Tourneau, Philippe. La Responsabilidad Civil. Editorial Legis Editores S.A. Edición en español. 1ª reimpresión, Bogotá. Colombia, diciembre de 2004, págs. 75-76.

2. Todo cargo que en casación acuse la infracción directa de la ley sustancial debe identificar las normas sustanciales vulneradas en la sentencia de segunda instancia y centrarse en demostrar que el Tribunal las omitió, o aplicó las que no eran o que, acertó en su selección, pero les atribuyó unos efectos que no tienen, para lo cual es preciso justificar la forma como se presentó tal desfiguración normativa, sin entrometer el argumento en el campo de los hechos porque al rotular el ataque en la anunciada senda se entiende que se acepta -a plenitud- la constatación factual del juzgador acusado.

Ya en el ámbito de la causal segunda, se debe indicar si el error alegado fue hecho o de derecho, toda vez que son distintos, pues el primero se da sobre el contenido objetivo de la demanda, su contestación o las pruebas cuando el fallador las pretermite, tergiversa o supone. En tal sentido, resulta forzoso identificar el yerro y fundamentar de forma concreta, simétrica, coherente y razonada los apartes del fallo que se tilda de equivocados, haciendo ver, con claridad y precisión, en qué consiste la infracción, sin perjuicio de atacar, de forma integral y envolvente, todas las bases que sustentan la sentencia, porque si se omite una que le sirve de puntal a la tesis fustigada, esta le prestará apoyo y será suficiente para desprestigiar la acusación, que, en ese sentido, no será totalizadora, sino parcial y, por tanto, insuficiente para quebrar la doble presunción de legalidad y acierto que escolta al veredicto que se pretenda minar.

3. No salen avante los ataques, ya que algunos presentan fallas técnicas en su formulación y, en todo caso,

tampoco existen los yerros -manifiestos y protuberantes- atribuidos a la sentencia acusada, como pasa a verse.

3.1. El segundo cargo, que alega la infracción directa por aplicación errónea de la ley sustancial, no justifica cómo se produjo el quebranto de las normas que dice fueron transgredidas, ya que se conforma con afirmar, de forma genérica y etérea, que el Tribunal erró en la aplicación de las pautas sobre responsabilidad civil contractual al haber renunciado a analizar el daño y el nexo causal, sin explicar cómo fue que se equivocó en el análisis de esos elementos, pues se limita a hacer simples conjeturas y planteamientos teóricos en torno a lo que, según su opinión, debió haberse establecido en la sentencia y a eso circunscribe el desarrollo de su planteamiento, en el que, además, cita los artículos 2341, y 2343 del Código Civil, aun cuando ninguna relación o proximidad tienen con la responsabilidad contractual.

Con todo y ello, refulge nítido que el Tribunal no renunció al estudio del daño ni del nexo causal, sino que los analizó cuando expuso, en cuanto al primero, que comprende el dinero entregado por la inversionista en virtud del encargo fiduciario que no tuvo un buen final, dado que esos recursos fueron indebidamente transferidos por la fiduciaria, quien no entregó a la inversora los locales prometidos y tampoco le restituyó esos recursos, y frente al segundo, que la afectación patrimonial sufrida por Inversiones Darién S.A. fue causada por el incumplimiento de la demandada en razón a que le entregó a la promotora de forma irregular el capital de la inversora a pesar que no se daban las condiciones de que pendía la ejecución de esa prestación, actuar que identificó

como la causa adecuada que materializó el detrimento económico cuya indemnización se reclama.

Este panorama desmiente, por contera, la tesis de la recurrente, porque el análisis de los elementos cuya omisión alega sí fue hecho -a plenitud- por el fallador de segunda instancia, lo cual deja sin norte a la crítica en cuanto afirma lo contrario, sin que el hecho de estar en desacuerdo con la tesis del Tribunal, en torno a la presencia de esos axiomas, pueda servirle de pretexto para decir que fueron relegados, al ser patente que ello no ocurrió.

3.2. Las restantes acusaciones, blandidas en los ataques tercero y cuarto, orientadas a hacer ver la incursión en diversos yerros fácticos, corren igual suerte al ser inexistentes las pifias enrostradas.

3.2.1. Ello porque la demanda fue clara y precisa en lo que respecta a la relación comercial suscitada entre las partes, así como frente al incumplimiento contractual atribuido a la fiduciaria, del cual brota el perjuicio económico reclamado y la conexidad entre los anteriores elementos, tanto así que dicha pieza fue el hilo conductor de la sentencia atacada, circunstancia que descarta su indebida valoración, dado que todo indica que el fallador la apreció según su tenor literal y sin distorsionar o alterar su contenido.

3.2.2. Tampoco se percibe desatino en la ponderación del certificado de libertad y tradición n.º 370-695292 del inmueble sobre el cual se levantaría el proyecto inmobiliario, ni del otro sí n.º 2 al contrato de Encargo Fiduciario de

Preventas Promotor MR-99 de 21 de mayo de 2014 y mucho menos del acta de verificación de cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario, al ser patente que las conclusiones que extrajo el *ad quem* de esas piezas coinciden con lo que demuestran en torno a los hechos objeto de averiguación.

Al efecto, el certificado de libertad y tradición permite establecer que cuando la fiduciaria transfirió los recursos a la promotora, la propiedad del terreno destinado a la construcción del proyecto aún no era del fideicomiso, mientras que el otro sí n.º 2 y el acta de cumplimiento de requisitos necesarios para viabilizar la entrega de los dineros, demuestran que la demandada documentó información contraía a la realidad y la acomodó en perjuicio de Inversiones Darién S.A., situación que, al final, marcó el rumbo del proyecto y, correlativamente, afectó los intereses de esa inversora que entregó más de mil millones de pesos y no recibió los dos locales comerciales (1-035 y 1-036) que buscó adquirir como contraprestación.

En ese contexto, no anduvo equivocado el Tribunal al haberse apoyado en las referidas piezas (*certificado de libertad, otro sí n.º 2 y acta de cumplimiento de requisitos*) para colegir que Acción Sociedad fiduciaria S.A., se apartó gravemente del cumplimiento de los deberes legales y contractuales asumidos, toda vez que las aludidas piezas demuestran que transfirió el dinero de la inversionista a la promotora del proyecto inmobiliario sin estar cumplidas las condiciones pactadas para ello, así como que faltó al deber de información frente a Inversiones Darién S.A. y, además, que consignó datos contrarios a la realidad en el acta de

cumplimiento de requisitos del encargo fiduciario, al punto que usó ese soporte para movilizar irregularmente los recursos dinerarios entregados por la inversora, a los cuales se les dio una destinación distinta a la acordada, situación que, sumada a otra serie de hallazgos administrativos sobre irregularidades en el actuar contractual de esa compañía, persuadieron a tal fallador de que esta es responsable en el plano contractual y por eso refrendó la sentencia apelada en ese sentido, sin que el ataque desvirtuó esas conclusiones.

3.2.3. Finalmente, aduce la censura que el *ad quem* erró al valorar el contrato de encargo fiduciario individual y suprimió los boletines informativos allegados porque de haberlos apreciado habría advertido que lo ocurrido en la ejecución del proyecto era responsabilidad exclusiva del promotor y que la fiduciaria hizo saber a los inversores sobre los ajustes que era necesario realizar a los contratos y del inició de su ejecución, lo cual descarta la responsabilidad que le fue atribuida.

Empero, ese planteamiento se exhibe desenfocado, toda vez que la sentencia atacada no se sustentó en la desatención por parte de la fiduciaria de obligaciones propias de las fases de ejecución o desarrollo del proyecto inmobiliario, sino en su incumplimiento de los débitos de administración, respecto de los que esa entidad tenía el control y exclusiva responsabilidad, conforme lo revela la cláusula décima del encargo fiduciario individual n.º 0001100010269 de 24 de octubre de 2014.

Pero, además, omite la labor de contraste entre lo que, en su opinión, se debió extraer del respectivo contrato de encargo fiduciario y de los boletines informativos a que hace referencia, y aquello que, desde su perspectiva, dedujo en diverso sentido el *ad quem*, a pesar que ese parangón resultaba indispensable para acreditar, tanto la pifia evidente, como su incidencia en la sentencia refutada.

En todo caso, no se avizora desafuero sobre la ponderación de esas pruebas, pues el Tribunal valoró el contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010269 y extrajo de él unas conclusiones que armonizan con su contenido y que, al ser contrapuestas con otras piezas, como lo son el certificado de libertad del lote donde se haría la construcción y el acta de cumplimiento de requisitos, revelan que la fiduciaria se apartó de sus obligaciones de debida diligencia y verificación de las condiciones necesarias para transferir los recursos de la inversora a la promotora, sin que los boletines informativos a que alude la crítica casacional le resten peso a tales deducciones, pues no logran socavar los hallazgos consistentes en que la convocada, en su rol de administradora, obró con despreció de las normas imperativas que regían su actividad y también de las cláusulas contractuales que determinaban, en gran medida, su proceder frente al proyecto en cuestión.

Ello significa, entonces, que las conclusiones del panel criticado respecto al rol decisivo que tenía Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en la determinación del punto de equilibrio y en su deber de verificación, así como sobre la relevancia dada a la transferencia de recursos sin cumplirse las condiciones

de que pendía la realización de ese deber de conducta, no fueron desvirtuados por la recurrente, a pesar que tales descubrimientos fueron pieza clave para establecer su responsabilidad, situación que le resta peso a la acusación y la torna fútil.

3.3. En ese contexto, se descartan, pues, los desatinos atribuidos al *ad quem*, y decae igualmente, por fuerza de la realidad procesal, el argumento de la fiduciaria de que su infracción por haber transferido el dinero de forma irregular fue intrascendente porque al margen del momento en que hubiera realizado tal prestación el desenlace del proyecto habría sido el mismo, pues tal postura, que se revela ajena a lo demostrado en el entorno litigioso, además de exhibirse conveniente a sus intereses, luce equivocada y constituye solo un intentó más por tratar de justificar -a estas alturas- su actuar irregular al haber contrariado los parámetros de conducta y debida diligencia que le eran aplicables.

Por cierto, resulta reprochable que la fiduciaria haya destinado el dinero de la inversora para presuntamente adquirir el terreno que se supone debía estar en cabeza del fideicomiso al momento de la transferencia monetaria al promotor, pues es innegable que el manejo indebido de esos recursos no era lo que se esperaba de un profesional o artífice en esa actividad, sobre todo porque ese actuar irregular generó un faltante que incidió y afectó de manera relevante, no solo el flujo de caja, sino también el desarrollo y conclusión del proyecto inmobiliario que, al final, no logró llegar al puerto esperado, según lo admitió su representante legal en el interrogatorio de parte realizado el 18 de febrero

de 2020 cuando a la pregunta «*Cuáles fueron las razones materiales que llevaron a la suspensión de esa obra. Contestó. No había recursos para continuar con la obra*» (2 h min 12 06” a 2 h 12 min 16”).

En conclusión, el Tribunal estableció tanto el daño, como el incumplimiento de los deberes legales y contractuales asumidos por la fiduciaria y también el nexo causal que los vincula, sin que en casación esos elementos hayan sido desvirtuados.

Igualmente, decae el argumento novedoso de que la condena impuesta conlleva enriquecimiento sin justa causa de la víctima porque sigue siendo inversora y puede ocurrir que la obra concluya y reciba los locales o el dinero, pues tal tesitura carece de asidero, toda vez que se demostró que la obra no se concluyó y está abandonada; además, la certeza del daño causado a la accionante admite reparación (CSJ SC282-2021 y SC107-2023).

En definitiva, por donde se miren, los cargos no progresan.

DEMANDA DE LA LLAMADA EN GARANTÍA SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Contiene cinco ataques, todos admitidos a estudio, pero la Sala resolverá únicamente el tercero, el cuarto y el quinto porque están llamados a prosperar. Se estudiarán conjuntamente, dado que cuestionan la tesitura del Tribunal en torno a una misma temática, como lo es la relacionada

con las exclusiones en el contrato de seguro, y tienen en común un eje argumentativo semejante.

TERCER CARGO

Bajo el amparo de la causal primera de casación, alega la infracción directa del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por interpretación errónea, al haber declarado ineficaz una exclusión pactada.

Se funda en que esa norma, en su literal c) del numeral 2°, dispone que *«los amparos y exclusiones deben estar en la primera página de la póliza, sin que signifique ello que deba estar en la primera página de la carátula como lo afirma el Ad Quem»*, dado que *«la Circular Básica Jurídica CE 29 de 2014, es clara al indicar que por póliza al tenor del art. 184 debe entenderse clausulado o condicionado general y que, por consiguiente, en la carátula de la misma no deben ir amparos y exclusiones»*, sino solo *«las declaraciones previstas en el art. 1047 del C. de Co. y la advertencia al cliente de que la mora en el pago de la prima generará la terminación automática del contrato de seguro en los términos dispuestos por los artículos 1068 y 1152 del C. de Co.»*.

Argumenta que la Superintendencia Financiera tiene facultades reguladoras y puede definir, delimitar y especificar la labor de las aseguradoras, según el numeral 1.2.1.2, Capítulo II, Título IV, parte II, de la Circular Externa 029 de 2014 cuando dispone que *«los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza»*, como lo

precisó la Corte el pasado 27 de septiembre en SC2879-2022, y no de forma exclusiva solo en la primera página, como lo vislumbró el Tribunal.

La correcta interpretación de ese precepto imponía aceptar la exclusión del numeral 3.7, Sección III de la póliza al estar demostrados los hechos que la configuran, y exonerar a la aseguradora, sobre todo porque CSJ SC4527-2020 respalda esa orientación.

CUARTO CARGO

Acusa el quebranto directo, por indebida aplicación del artículo invocado en el ataque anterior, al haber hecho actuar de forma indebida la sanción de ineficacia que solo procede cuando las exclusiones no están establecidas en debida forma, lo que no ocurre aquí porque la póliza está acorde a esa norma y su clausulado fue depositado ante la SFC que ninguna observación hizo al respecto.

El Tribunal impuso que las exclusiones consten en la caratula de la póliza, aun cuando es suficiente con que estén de forma continua, a partir de la primera página, según el numeral 1.2.1.2 de la Circular Externa 029 de 2014, de ahí que se aplicó mal la sanción de ineficacia en detrimento de SBS que resultó condenada.

QUINTO CARGO

Denuncia el quebranto indirecto del artículo 184 del EOSF a causa de error de hecho en la apreciación de la póliza

de responsabilidad n.º 1000099, toda vez que al haber declarado la ineficacia de la exclusión 3.7 de la Sección III de responsabilidad profesional se desconoció el haz probatorio contentivo de la póliza de seguro (*caratula y clausulado general, así como el conocimiento efectivo que de esos elementos y de las exclusiones tenía la fiduciaria*), lo que tornó errada la sanción aplicada por el Tribunal frente a la aseguradora.

Tal determinación infringió el artículo 184 del EOSF al desconocer el alcance dado por la Superintendencia Financiera y la jurisprudencia de esta Corte a las previsiones normativas atinentes a la incorporación de cláusulas de exclusión en el contrato de seguro. Por tanto, insiste que en CSJ SC4527-2020, SC4126-2021 y SC2879-2022 se unificó el criterio en torno a la validez de las exclusiones pactadas en la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras n.º 1000099 en coherencia con lo previsto por la Superintendencia Financiera.

Con esa misma orientación, alega la omisión de pruebas relacionadas con el conocimiento que de la póliza tenía la fiduciaria, persona jurídica y profesional vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien discutió el clausulado del contrato de seguro, específicamente los amparos y las exclusiones, el cual no fue impuesto por la aseguradora, toda vez que contó con un colocador de seguros que participó en la venta de la póliza, luego no fue un contrato de adhesión.

CONSIDERACIONES

1. Está fuera de discusión el carácter sustancial del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, debido a que algunos de sus apartes tienen la potencialidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas entre la aseguradora y la parte asegurada, tanto así que en reciente oportunidad la Sala abordó y despejó tal cuestión (CSJ SC2879-2022).

2. El contrato de seguro.

Aunque la ley no lo define expresamente, el artículo 1036 del Código de Comercio permite inferir que se trata de una relación jurídica de carácter mercantil, consensual, bilateral, onerosa, aleatoria y de ejecución continuada, en virtud de la cual una persona jurídica *-el asegurador-* se obliga, a cambio de una prestación económica cierta *-la prima-*, dentro de los límites pactados y ante la realización de un acontecimiento incierto *-el riesgo asegurado-*, cuya posibilidad de ocurrencia ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al asegurado o, según el caso, a pagar un capital o una renta, dependiendo de la modalidad contratada, toda vez que algunos sirven para asegurar derechos o el patrimonio mismo (*seguro de daños*), ora sobre las personas que tienen otra finalidad (*previsión, capitalización y ahorro*).

En ese negocio jurídico intervienen el tomador, el asegurador, el asegurado y el beneficiario. Empero, solo los dos primeros son parte, al ser quienes expresan su voluntad de obligarse y asumen los compromisos derivados de esa relación material. Los demás intervinientes son, en rigor, interesados en los efectos económicos que tienen la

virtualidad de brotar de ese pacto, en el que es dable que la calidad de tomador y asegurado converjan en una misma persona, en cuyo caso, esta intervendrá en la contratación y, además, será la titular del interés asegurable, que es la relación sustancial de índole económica que ata a un sujeto consigo mismo, ora con una cosa pasible de ser afectada por riesgos asegurables.

2.1. El riesgo asegurable.

Del artículo 1045 del Código de Comercio se infiere que tal carácter constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro. Sin él -comenta Broseta⁸- *«no puede haber seguro, pues el contrato carecería de causa.»*; corresponde, según lo expresa el artículo 1054 *ibidem*, al *«suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador»*.

En razón a su notable e indiscutida importancia, tal axioma ha sido estudiado desde diversos frentes jurídicos. Por ejemplo, en el ámbito doctrinario, autorizados expositores plantean que:

[e]l contrato de seguro cumple una función indemnitaria por lo que su causa está ligada indefectiblemente a la función indemnizatoria o resarcitoria. Sólo así es comprensible que el riesgo, tanto en su intensidad como en su esencialidad, se entienda como la posibilidad de que se produzca o verifique el evento dañoso. Por ello mismo, ha de ser un riesgo real, es decir existente desde el momento al menos de la conclusión y perfección del contrato de seguro. Cuestión bien distinta son las distintas posibilidades de cobertura retroactiva o no del seguro, en lo que se distingue entre

⁸ Broseta Pont. Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos Madrid. 1978, pág. 479.

*duración formal y duración material. Así las cosas, el riesgo no solamente es el exponente, sino también el presupuesto de la causa contractual y, por ende, es elemento esencial del contrato*⁹.

Con ese mismo enfoque conceptual, Rubén Stiglitz¹⁰ propone que:

[e]l riesgo asegurable constituye la probabilidad o posibilidad (contingencia) de realización de un evento dañoso (siniestro) previsto en el contrato, y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida.

Esta Corte también ha abonado esfuerzos en la definición de ese elemento, tanto así que en CSJ SC002-2018 puntualizó:

La clave operacional del derecho de seguros es, en cambio, la de riesgo-incertidumbre,¹¹ toda vez que el riesgo asegurable no depende de las decisiones o posibilidades de elección del tomador, asegurado o beneficiario. El riesgo asegurable no es el acontecimiento incierto sino las consecuencias lesivas previstas en el contrato que el acontecimiento incierto pudiera acarrear.

De ese modo es posible definir el riesgo asegurable como la probabilidad de que se produzca un evento dañoso previsto en el contrato y que da lugar a que el asegurador indemnice el perjuicio sufrido por el asegurado o cumpla con la prestación convenida.¹²

El riesgo asegurable es una probabilidad matemática o estadística, mientras que el riesgo de la responsabilidad civil es una posibilidad de elección entre alternativas. Este último depende por completo de la capacidad de decisión del sujeto; en tanto que aquél es ajeno a la voluntad del tomador, del asegurado

⁹ Bercovitz Rodríguez. Rodrigo. Tratado de contratos. Tomo V. Contratos del mercado de valores, contratación bancaria, contratación de transporte y navegación y contratos de seguro. Tirant o Blanch Tratados. Valencia, 2009. Pág. 5535.

¹⁰ Stiglitz, Rubén S. Derecho de Seguros. Tomo I. 6ª Edición. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2016, pág. 291.

¹¹ Si el riesgo asegurable depende de la absorción o disminución del margen de incertidumbre, o sea de la probabilidad cuantitativa de reducir la incertidumbre; entonces el término contrario no es la seguridad o certeza (que son conceptos vacíos) sino el aumento de incertidumbre.

¹² Domingo LÓPEZ SAAVEDRA. Tratado de derecho comercial: Seguros. Buenos Aires: La Ley, 2010. pp. 55 y ss.

o del beneficiario (artículo 1054 del Código de Comercio).

Con lo anterior se reafirma que solo es asegurable el riesgo perceptible por los sentidos o susceptible de causar un daño, siempre que sea eventual en cuanto a que su realización resulte incierta; lícito, es decir, que no contraventa el orden, la moral, ni las buenas costumbres; posible, en razón a que no se tenga certeza de su ocurrencia o de la imposibilidad de que se presente; y externo al tomador, asegurado o beneficiario, esto es que su realización no penda de su voluntad o intención.

En suma, solo el riesgo asegurado es cubierto por la compañía aseguradora quien, por el hecho de asumirlo, queda compelida a soportar sus efectos en el evento en que ocurra la contingencia cubierta, es decir, si hay siniestro.

Cumple advertir que la ley califica como inasegurables unos riesgos en aras de preservar intacta la filosofía que inspira el contrato de seguro y de hacerlo viable desde el punto de vista legal, pero también práctico.

Al efecto, los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio los enlistan, así: (i) los hechos ciertos, excepto la muerte, al no corresponder en esencia a un riesgo; los físicamente imposibles; la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no ocurrencia, el dolo; la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, beneficiario o asegurado y las sanciones de carácter penal o policivo, pero, según la clase de seguro de seguro,

habrá otros que también son excluidos, pero así mismo resultará posibles incluir algunos de los anteriores.

2.2. Delimitación del riesgo asegurable:

Nada impide que en ejercicio de la autonomía de la voluntad conferida por la ley (art. 1602 C.C), las partes delimiten los riesgos asegurables en procura de reducir los eventos que harán responsable a la aseguradora, toda vez que el artículo 1056 *ibidem* consagra esa libertad de configuración contractual al decir que «/c/on las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado».

Sobre ello, en CSJ SC 19 dic. 2008, rad. 2000-00075-01 se recordó que:

[l]os riesgos cubiertos en el contrato de seguro serán los que correspondan a la clase de amparo que genéricamente se ofrezca, o los que las partes de manera particular y explícita convengan adicionar, siempre y cuando, en uno u otro caso, respecto de los mismos no se establezca expresamente una exclusión por determinación del asegurador, claro está, aceptada por el tomador al perfeccionar la celebración del respectivo contrato. Ha de señalarse, además, que la respectiva exclusión no debe generar un desequilibrio tal en el haz de derechos y obligaciones que para las partes surgen del contrato de seguro, que contrariándose el principio de buena fe y sin que hubiere mediado la pertinente explicación, la mencionada estipulación pueda considerarse como una cláusula abusiva (Cfr. Sentencia de Casación Civil del 2 de febrero de 2001. Expediente 5670).

Por consiguiente, al margen del ramo al que corresponda el contrato de seguro, esto es, de cosas o daños, ora de personas, voluntario u obligatorio, así como al ámbito público o privado, es natural delimitar el riesgo. Esto porque

al constituir uno de los elementos esenciales (art. 1045-2 *ibid.*), es menester su plena individualización mediante la determinación de la naturaleza propia del evento cuyas características sean cubiertas, sus causas y las circunstancias causales, temporales o espaciales concernientes a su realización u ocurrencia.

2.3. Las exclusiones.

Constituyen -según Ossa Gómez¹³- «*hechos o circunstancias que, aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo, no obligan la responsabilidad del asegurador*» ya que «*afectan, en su raíz, el derecho del asegurado o beneficiario a la prestación prevista en el contrato de seguro*».

Se originan en el acuerdo de las partes respecto a la cobertura que habrá de tener el contrato de seguro y que apuntan a que, ante la ocurrencia de un hecho determinado o la existencia de una precisa situación, la aseguradora se libere de pagar la indemnización o de cubrir la prestación asumida, según se trate de seguros indemnizatorios o de sumas, ya que tales eventualidades estarán por fuera de la cobertura pactada.

Al analizar su función, en CSJ SC4574-2015, rad. 2007-00600-02 se apuntaló que tienen como propósito basilar limitar:

13 Ossa Gómez. José Efrén. Teoría general del seguro. El contrato. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1991, pág. 469.

(...) negativamente el 'riesgo asegurado', al dejar por fuera de cobertura algunas situaciones que podrían estar allí comprendidas y que, por ende, de acontecer no son indemnizables. De tal manera que su consagración no conduce a la desaparición o alteración del componente económico previsto en favor de los beneficiarios, sino a la imposibilidad de que las reclamaciones por los hechos al margen de la protección tengan éxito.

Entonces, aunque el ordenamiento jurídico faculta a las aseguradoras para asumir todos o solo algunos de los riesgos relacionados con el amparo contratado, en la práctica estas situaciones no son libremente discutidas con el tomador del seguro, sino algunas veces predispuestas por la respectiva compañía que ofrece el seguro, toda vez que se trata de entidades que ejercen su labor a gran escala y están sujetas a control, inspección y vigilancia por parte del Estado, a través de la Superintendencia Financiera, de modo que la actividad del tomador se circunscribe a aceptar las condiciones impuestas en la póliza respectiva.

En razón a ello se han establecido sistemas de protección a la parte que acepta el clausulado general del seguro, en procura de hacer que le brinde una información clara, completa, oportuna, adecuada, pertinente y razonable en torno a los alcances del amparo contratado. Por ejemplo, la Ley 1448 de 2011 establece una serie de cargas tendientes a que la aseguradora le informe de forma clara, suficiente y precisa, al tomador, sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales, al paso que prevé que estas deben ser redactas de forma clara, completa y precisa, so pena de que se tengan por no escritas, pero también prohíbe incluir cláusulas que habiliten a la parte proveedora modificar unilateralmente las condiciones contractuales o dejar de

cumplir sus obligaciones (art. 38) y sanciona con ineficacia las cláusulas que denomina abusivas (art. 42).

En esa misma dirección, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Dec. 663 de 1993) contiene reglas orientadas a exigir el conocimiento real de los límites de cobertura en el contrato de seguro por parte de la aseguradora. De ese modo, en el artículo 184 fija una pauta sobre el contenido de la póliza y, específicamente, determina que «*Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza*» (literal c).

Con similar orientación y filosofía protectora, pero con un sentido de mayor practicidad, las Circulares Externas de la Superintendencia Financiera, encargada de ejercer funciones de inspección, control y vigilancia sobre las compañías aseguradoras y, específicamente, sobre la actividad de colocación de productos en el mercado y la correlativa captación de recursos públicos, han determinado que los amparos y las exclusiones deben aparecer consignadas a partir de la primera página de la póliza, de manera continua y destacada, es decir, no en forma exclusiva en la «*primera página*», sino a partir de ella, pues en muchos casos aquello sería imposible dadas las particularidades y el número de amparos cubiertos en algunos contratos.

Lo anterior con sustento en que esa información, que tiene suma relevancia para el tomador, debe ser conocida por este o, al menos, estar a su alcance, de modo que logre ser identificada y comprendida por el asegurado, para así evitar,

por un lado, que este se pueda excusar de no haberla conocido y, por otro, que la aseguradora sorpresivamente saque a relucir aspectos previstos de forma inconexa, aislada y, por tanto, que no fueron fácilmente perceptibles a la otra parte de la relación aseguraticia.

Puntualmente, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014, de la Superintendencia Financiera, obligatoria para las aseguradoras, prevé en su parte II, título IV, capítulo II:

1.2.1. Requisitos generales de las pólizas de seguros

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

1.2.1.1. En la carátula

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

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1 del art. 1068 del Código de Comercio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones).

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral».

Al respecto, en CSJ SC2879-2022 la Sala unificó la hermenéutica en torno al lugar que deben ocupar los

amparos y las exclusiones en el contrato de seguro y, en lo medular, hizo las siguientes precisiones:

*Con apoyo en los elementos hermenéuticos antes señalados, considera la Corte que una adecuada interpretación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exige su análisis armónico con la normativa que ha proferido la Superintendencia Financiera «para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2° EOSF» y concretamente, la exigencia de la CE 029 de 2014 respecto a la ubicación de los amparos y exclusiones **a partir** de la primera página de la póliza, interpretación que no sólo permite cumplir con las exigencias de información y conocimiento del tomador sino también atender el principio general de prevalencia de la voluntad de las partes contratantes.*

A juicio de la Sala, esta intelección se corresponde en mejor medida con las condiciones actuales del mercado asegurador, en el que se ha llegado a un grado de detalle en la delimitación del riesgo que, por lo general, haría imposible la inclusión de todas las coberturas y exclusiones únicamente en la primera página de la póliza –al menos en un formato legible, como es de rigor–.

Sostener una interpretación contraria, es decir, exigir la consignación forzosa y exclusiva de las exclusiones en la primera página de la póliza, podría cercenar o restar efectos a la facultad de delimitación de riesgos legalmente otorgada al asegurador, en tanto castigaría con ineficacia las exclusiones consignadas de manera clara e ininterrumpida a partir de la primera página.

Considera la Sala que la intención del legislador de garantizar la correcta y suficiente información del asegurado y su conocimiento de las coberturas y exclusiones del amparo contratado se cumple a cabalidad cuando éstas se consagran de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir de la primera página de la póliza, lo que permite una redacción clara y detallada que, a su vez, redundante en la adecuada comprensión que busca el artículo 184 del EOSF¹⁴.

La hermenéutica que hoy unifica la Corte respecto a la ubicación espacial de las coberturas y exclusiones en la póliza de seguro armoniza la necesidad de garantía de información y conocimiento de quien se adhiere al contrato de seguro, con la esencia misma del acuerdo de voluntades en el que debe prevalecer la intención de los contratantes, como lo exige el artículo 1618 del Código Civil.

(...)

¹⁴ Sumado a ello, la finalidad de la norma se garantiza cuando la aseguradora cumple con su carga de información y entrega anticipada del clausulado, contenida en el artículo 37 del Estatuto del Consumidor, antes explicado.

*Así las cosas, con base en las anteriores consideraciones la Corte unifica su posición, en el sentido de definir la adecuada interpretación de la norma sustancial bajo estudio, esto es, del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, conforme a la cual, en sintonía con las disposiciones de la Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en las pólizas de seguro los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, **a partir de la primera página de la póliza**, en forma continua e ininterrumpida.*

Quiere decir que el propósito previsto en el artículo 184 del Decreto 663 de 1993 se cumple si los amparos y las exclusiones pactadas en el contrato de seguro son consignados a partir de la primera página de la póliza, en forma continua e ininterrumpida, de ahí que cualquier tesis contraría a esa inteligencia se reciba opuesta al ordenamiento legal.

3. En este episodio, SBS Seguros S.A., desde tres ángulos distintos, acusa la infracción del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por haber errado en su exégesis, así como por aplicarlo indebidamente y, en últimas, por apreciar mal la póliza de seguro de responsabilidad civil con base en la cual fue vinculada al pleito y salió condenada por el Tribunal.

Para ello, argumenta que ese juzgador entendió que las exclusiones que alegó debían figurar en la «*primera página de la póliza o caratula de la póliza*» y, como no las halló en ese lugar, las declaró ineficaces y la condenó, a pesar que la norma no impone tal exigencia, conforme lo precisó la Sala en reciente oportunidad.

3.1. Al revisar la póliza n.º 1000099 de SBS Seguros Colombia S.A., específicamente el amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras se observa que a partir de la página 1 de esa cobertura aparecen los amparos y las exclusiones, entre ellas la alegada que es del siguiente tenor:

«3. *EXCLUSIONES.*

EL ASEGURADOR NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:

3.7. CUALQUIER RECLAMO BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, CRIMINAL, DESHONESTA, FRAUDULENTA, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL ASEGURADO O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LEY POR PARTE DEL ASEGURADO SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL ASEGURADO HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS».

Cabe advertir que el Tribunal estimó ineficaz esa estipulación contractual y, por consiguiente, inaplicable por no estar inserta en la «*primera página de la póliza o caratula de la póliza*», ya que ni siquiera se hizo alusión a la existencia de unas condiciones generales, ni se remitió al capítulo de exclusiones y que, por ello, se contravino el orden público porque el artículo 184 del Decreto 663 de 1993 prevé que las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

Tal razonamiento de inmediato revela el error de hermenéutica endilgado a ese fallador frente a la comprensión del artículo 184 del EOSF, toda vez que le

atribuyó una inteligencia distinta a la que este tiene y, por ahí derecho, le impuso a la aseguradora una exigencia que la norma no prevé consistente en que las exclusiones del contrato de seguro estén en la «*primera página o caratula de la póliza*», a pesar de ser suficiente con que «*los amparos y las exclusiones*» consten a partir de la primera página, conforme lo dilucidó la Corte en el referido pronunciamiento (CSJ SC2879-2022).

Ahora bien, cabe advertir que, aunque en este caso se trata de un seguro en el que Acción Sociedad Fiduciaria contrató tres (3) amparos diferentes, así: a). La póliza integral bancaria; b). Las pérdidas a través de sistemas computarizados; y c). La póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, que aparecen en tres secciones diferentes (I, II y III), la discusión tiene como epicentro solamente el amparo cubierto en la tercera de las aludidas modalidades.

Ese esquema negocial es lo que justifica que la caratula de la póliza contenga las condiciones particulares convenidas por los contratantes, pero además, al haberse pactado tres amparos diferentes, también albergue el clausulado general de cada uno, conforme lo exige el artículo 1047 del Código de Comercio, motivo por el que no aparecen todas las coberturas y exclusiones en un solo y único clausulado, sino en cada sección, de forma específica, en razón, se itera, al número de amparos contratados.

Por tanto, a efectos de establecer si las exclusiones aparecen en el lugar que exige la ley (art. 184 Decreto 663 de

1993), era preciso establecer el número de amparos pactados para así saber si en lo que respecta al de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras (Sección III), que es sobre el que recayó la discusión, se cumple tal exigencia.

Lo contrario, esto es, entender que se trata de una sola póliza, implicaría, como se precisó en CSJ SC2879-2022, dar por sentado,

(...) 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.

Las anteriores reflexiones, al ser cotejadas con la póliza de seguro global bancario, en concreto, con la Sección III que recoge el amparo por responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, en seguida ponen en evidencia el yerro de *facto* alegado en el cargo quinto, toda vez que ese seguro contiene, a partir de la primera página el objeto de las coberturas, las coberturas adicionales y las exclusiones, consignadas de forma continua y con caracteres destacados.

Ante ese panorama, pierde relevancia que la exclusión 3.7 esté prevista en la página 6 de la póliza, toda vez que el catálogo del que hace parte, esto es, el de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, inicia en la primera hoja del respectivo amparo, bajo el rotulo «1. Objeto de las coberturas» y se prolonga en caracteres destacados y en forma ininterrumpida durante 10 hojas, sin que haya solución de continuidad entre «coberturas y exclusiones», lo cual desvirtúa la tesitura del *ad quem*, quien asumió ese

documento como un todo y, de ese modo, desconoció la independencia de los distintos amparos contratados, dislate que, además de manifiesto, es trascendente comoquiera que marcó el rumbo de la decisión frente a las defensas que esgrimió la llamada en garantía, por lo que determina la prosperidad de los embates estudiados y genera el quiebre parcial del fallo recurrido.

3.2. En ese sentido, resulta procedente emitir sentencia sustitutiva que desate la apelación promovida por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., solo en cuanto a su desacuerdo con la exoneración de la llamada en garantía, pues en todo lo demás el veredicto impugnado queda incólume.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Están cumplidos los presupuestos procesales necesarios para resolver el mérito de la controversia, y no se observa causal de nulidad procesal que pueda invalidar lo actuado.

2. Como se anticipó, el quiebre del fallo del Tribunal será parcial, toda vez que solo implica remover la decisión mediante la cual revocó el numeral tercero de la sentencia de primera instancia y, en su defecto, condenó a SBS Seguros S.A. a pagar a Inversiones Darién S.A. \$1.318'426.421,94 pues los otros ordenamientos, en virtud de los cuales se confirmó, en lo demás, el proveído apelado, se tornan inmodificables al no haber prosperado las acusaciones de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. que apuntaban a minar todo el fallo del *ad quem*.

3. La sentencia de primera instancia.

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera declaró probada la excepción planteada por SBS Seguros Colombia S.A., consistente en que el riesgo no se encontraba cubierto dada la exclusión del numeral 3.7 de la póliza de seguro n.º 1000099, tras constatarse el actuar fraudulento de esa entidad, conforme lo admitió su representante legal en el interrogatorio de parte recaudado en el curso del proceso.

4.- El recurso de apelación.

La demandada apeló lo resuelto frente a la llamada en garantía y, en lo medular, expuso tres argumentos: en primer lugar, que la representante legal de la fiduciaria no confesó hechos fraudulentos, solo dijo que conoció sucesos que presuntamente tendrían esa connotación y que se entabló denuncia, sin que haya decisión judicial que les de tal calificativo, luego no se configuró la exclusión del literal b), numeral 3.7; en segundo lugar, que tal exclusión, además, es ineficaz por ser abusiva, dado que la fiduciaria tiene el rol de consumidor financiero en la relación aseguraticia y, por tanto, no tuvo oportunidad de discutirla, por lo que debe aplicarse el artículo 1624 del Código Civil y; en tercer lugar, que, en todo caso, la cláusula tampoco consta en la primera página de la póliza, sino en la numero 6 y que, por tanto, es inaplicable.

5. Solución a los reparos.

5.1. Carece de asidero, y por eso decae la tesis de que la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7 exigía declaración judicial porque el tenor literal de la estipulación no impone tal exigencia, lo que significa que las conductas deshonestas o fraudulentas del representante legal de la fiduciaria constituyen hechos susceptibles de ser acreditados por cualquier medio de prueba legalmente admisible en el sistema procesal civil.

En efecto, como se dijo en la pluricitada SC2879-2022 al decidir un caso de igual temperamento y que tuvo su fuente en la misma relación jurídica:

(...) la existencia de las conductas deshonestas o fraudulentas del representante legal de la fiduciaria pueden acreditarse en el proceso por otros medios de convicción. Debe recordarse que cuando se trata de una conducta de tal naturaleza en la ejecución del contrato, el llamado dolo contractual (entendido como la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno), no tiene las connotaciones propias del derecho sancionatorio¹⁵ y, por ende, no es necesaria la existencia de una decisión penal o disciplinaria para acreditar su existencia, pues aquel puede derivarse de otras pruebas que lleven al juzgador a la certeza de su comisión.

Ahora bien, cumple decir que el juez de primer grado hizo un examen detallado respecto del actuar fraudulento, deshonesto y malintencionado del representante legal de la fiduciaria (Álvaro José Salazar) frente al proyecto Marcas Mall, situación que, al no ameritar reproche, es suficiente

¹⁵ Cfr CSJ SC del 5 de julio de 2012 que aquél no se refería a «penas de escarmiento que son asunto de la ley penal ni a la responsabilidad extracontractual contemplada en el 2341 y siguientes».

para dar por establecido ese proceder, tanto así que manifestó:

*Así las cosas, se encuentra que el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa, y que esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento** como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio. (grabación de la audiencia a derivado 056) Quien así lo manifestó en tres oportunidades (...) que la información contenida en el acta contaba con dos eventos falsos, como era haber señalado que el lote de terreno estaba en propiedad del fideicomiso y que el certificado expedido por la revisora fiscal era de fecha posterior a la que señala el acta de 4 de noviembre de 2014¹⁶.*

Con todo, cabe decir que ese hallazgo pasó de imprevisto para la recurrente en apelación que no lo combatió frontalmente, sin que el mismo pueda ser soslayado por la Corte situada como tribunal de segunda instancia, dado que está probatoriamente soportado, ya que hay evidencia documental que confirma que Álvaro José Salazar Romero firmó como representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el documento rotulado como «Acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor mr-799 marcas mall»¹⁷, el día 4 de noviembre de 2014, en la que se consignó información contraria a la realidad, entre ella que a esas alturas era innecesario el crédito constructor, según la certificación de revisoría fiscal cuya fecha es posterior, sumado a que el predio en el que se proponía desarrollar el proyecto era de propiedad del Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall, cuya vocera y administradora era Acción Sociedad Fiduciaria, para lo cual se hizo constar que así lo refleja el certificado de libertad y tradición respectivo.

16 Pág. 20 sentencia de primera instancia.

17 Folio 0066, anexo 7 digital, derivado 000.

Empero, esas manifestaciones, como lo dedujo el *ad quo*, falsearon la realidad, comoquiera que el precitado certificado de tradición No. 370-695292¹⁸ revela que para esa fecha (4 nov. 2014), el referido fundo era de propiedad de Laboratorios Baxter S.A., y solo le fue transferido al fideicomiso el 1 de diciembre de 2014.

En esa dirección, el *a quo* concluyó, igualmente, que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. le dio a los recursos de los inversores una destinación distinta a la pactada, pues giró \$14'838.833.110 al dueño del terreno en el que habría de edificarse el proyecto inmobiliario, aun cuando lo convenido era que el dinero solo podía ser entregado cuando se hubiera acreditado su adquisición, lo cual se hizo con base en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos efectuada con información contraria a la realidad, conforme se corrobora ahora.

Ese contexto hace posible inferir la relación entre el incumplimiento de los débitos -legales y contractuales- a cargo de la fiduciaria y el actuar de su representante legal quien administró indebidamente el negocio fiduciario, proceder que fue el detonante de una serie de irregularidades que desataron múltiples incumplimientos y que al final impidieron la realización del proyecto inmobiliario, a causa de una indebida administración, según brota de los informes de auditoría, del testimonio del auditor y de la denuncia entablada por la propia fiduciaria contra Álvaro José Salazar

18 Folio 70-73 anexo 9 digital, derivado 000.

Romero, quien fuera su representante legal, ante la ocurrencia de probables conductas delictivas por el manejo indebido de los recursos que tenía a su cargo.

Aquí llama la atención que frente a esos graves hallazgos del *a quo*, ningún ataque blandió a la apelante, quien centró sus esfuerzos en reprochar la falta de una decisión judicial que declarase la existencia de las referidas conductas por parte del aludido directivo, de suerte que tales premisas permanecieron incólumes frente al pronunciamiento que debía hacerse en segundo grado, por virtud del postulado de la pretensión impugnativa consagrada en el artículo 327 del Código General del Proceso.

Lo anterior sin perder de vista, dada su trascendencia, varias gestiones irregulares de quien fuera el representante legal de la fiduciaria respecto al negocio fiduciario en cuestión, y que dejan entrever diversas circunstancias anómalas, por ejemplo el hecho de que Álvaro José Salazar haya tenido habilitada su firma en la tarjeta de firmas del fideicomiso Marcas Mall, a pesar que el único autorizado para ello y, por tanto, para disponer de los fondos era su titular, situación que le permitió disponer de los recursos de los inversionistas a cuentas sin ninguna relación con la operación contractual, proceder por el que la propia fiduciaria lo denunció al estimar que ello constituyó un *ardid* para delinquir.

Es más, entre los tantos movimientos realizados por ese directivo, se halló la transferencia de más de \$2.000'000.000 al fideicomiso de una sociedad cuya inversionista era su

progenitora, sin que se tenga explicación razonada que justifique ese proceder, sumado a que él intervino en la modificación del contrato de fiducia para hacer posible la expedición de certificados de garantía con cargo a bienes fideicomitidos, con lo cual desnaturalizó los fines del contrato y permitió que el patrimonio autónomo de Marcas Mall garantizara obligaciones de terceros totalmente ajenos al negocio, irregularidades que condujeron a que para el 2 de abril de 2018, cuando la fiduciaria entabló denuncia, en el fideicomiso Marca Mall hubiera un faltante de \$16'775.662.951, hechos que son detallados en el escrito que contiene tal inculpación, en la que se afirma que ese funcionario actuó en contravención de las instrucciones del fideicomitente en el fideicomiso Marcas Mall.

Ese recuento corrobora que las conclusiones del juzgador de primer grado en torno al actuar irregular del representante legal de la fiduciaria, no fueron equivocadas ni antojadizas, sino que tienen pleno respaldo probatorio, situación que deja sin piso los ataques de la recurrente en cuanto a que no hay decisión judicial que establezca el proceder fraudulento, toda vez que, con independencia de lo que llegue a ser decidido en el ámbito penal, en este escenario hay evidencia de un actuar fraudulento y deshonesto que compromete seriamente los deberes de información, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalismo, previsión y protección predicables de la fiduciaria en torno al cumplimiento de los deberes emanados del contrato de encargo fiduciario celebrado con Inversiones Darién S.A.

5.2. Tampoco se percibe desafuero en torno a lo que infirió el juzgador de primera instancia respecto a que la representante legal de la fiduciaria admitió los hechos deshonestos, fraudulentos o dolosos que configuran la exclusión de la aseguradora, al tenor del literal b) de la cláusula 3.7.

Ello porque tales sucesos fueron aceptados por Laura Jazmín López García, en condición de representante legal de Sociedad Acción Fiduciaria S.A¹⁹, quien, al ser interrogada, aceptó, de cara a la información consignada en el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014, que en ese documento se incluyó información falsa, pues se hizo constar que el lote donde se levantaría la construcción era de propiedad del fideicomiso, sin ser ello cierto, y además se tuvo en cuenta un certificado de revisoría fiscal cuya fecha de expedición era posterior a tal calenda.

Para ilustrar lo anterior se transcriben, en lo pertinente, algunos de los interrogantes planteados a esa directiva en la citada diligencia de interrogatorio de parte, así como sus respuestas a esas inquietudes, así:

Pregunta. *Doctora Laura, podría usted indicar al despacho ¿cuál era el funcionario en la ciudad de Cali, encargado del Proyecto Marcas Mall?*

Respuesta. *“en principio, el señor Álvaro José Salazar Romero, sin embargo, la administración estaba en un*

19 Archivo 56 expediente digital, min 57:45 a en el registro.

administrador del negocio particular, pero tenía de primera mano conocimiento el señor Álvaro José Salazar Romero”. (2 h 51 min y 30” a 2 h 51 min y 57” audio, archivo digital 056).

Pregunta. *¿podría usted indicar al despacho cuáles fueron las razones para que Acción sociedad fiduciaria, el 1 de febrero de 2018, presentara solicitud ante la Superintendencia Financiera de Colombia para removerlo de la calidad de representante legal de la fiduciaria?*

Respuesta. *“Manejos irregulares durante su gerencia en la oficina de la ciudad de Cali”. (2 h 52 min y 00” a 2 h 52 min y 22”).*

Seguidamente, se le puso de presente el folio 66 del derivado 000, que corresponde al acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario preventas promotor MR 799 Marcas Mall de 4 de noviembre de 2014 y se le hizo la siguiente,

Pregunta *¿Reconoce usted este documento y el contenido del mismo?*

A lo cual respondió: *“sí, señor”. (2 h 53 min y 39” a 2 h 53 min y 44”).*

Pregunta. *¿Podría indicar al despacho como es cierto, si o no, que el mismo contiene información falsa?*

Respuesta. *“Sí. Hay información que no corresponde a la realidad en cuanto a algunas fechas y algunos documentos” (2 h 53 min y 49” a 2 h 54 min y 07”).*

Pregunta. *¿Podría especificarnos en qué se comete la falsedad del documento?*

Respuesta. *“Con respecto a la transferencia del inmueble, es impreciso porque para el 4 de noviembre de 2014 no estaba transferido, eso se realizó con posterioridad. Hay una carta de la revisoría fiscal de Promotora Marcas Mall en la que comunican a la fiduciaria que no se requiere un crédito constructor, sin embargo, la carta es posterior al 4 de noviembre de 2014” (2 h 54 min y 09” a 2 h 54 min y 41”).*

Pregunta. *Indique al despacho ¿desde cuándo empezaron a transferir recursos en virtud de esta acta?*

Respuesta. *“Posterior al 4 de noviembre de 2014 se podían realizar y se realizaron giros y se siguieron instrucciones del fideicomitente”. (2 h 55 min y 17” a 2 h 55 min y 39”).*

Pregunta. *Con independencia de la categorización que pueda hacer una entidad como la fiscalía o un juez en materia penal, ¿puede indicarnos como es cierto, si o no, que Acción sociedad fiduciaria consideró la existencia de información falsa en un documento como un actuar fraudulento?*

Respuesta. *“Si señor”. (2h 55 min y 42” a 2 h 56 min y 02”).*

Pregunta. *¿Puede indicarnos como es cierto, si o no, que las maniobras fraudulentas empleadas por el señor Álvaro José Salazar Romero en la oficina de Cali de acción sociedad fiduciaria están vinculadas con el encargo MR 799 FA 2351 correspondiente a los negocios de Marcas Mall?*

Respuesta. *“Sí, en lo que respecta a los ingresos y egresos inusuales detectados por la fiduciaria”. (2 h 56 min y 17” a 2 h 56 min y 42”).*

Pregunta. *¿Puede indicarnos como es cierto, si o no, que dentro de las maniobras fraudulentas del señor Álvaro José Salazar estaba la falsificación de documentos?*

Respuesta. *“Sí señor”. (2 h 56 min y 46” a 2 h 56 min y 55”).*

Pregunta. *¿Puede indicarnos, como es cierto, si o no, que dentro de las funciones del señor Álvaro Jose Salazar romero estaba la verificación del punto de equilibrio contenido en el acta de 4 de noviembre de 2014?*

Respuesta. *“Sí señor”. (2 h 57 min y 00” a 2 h 57min y 16”).*

Pregunta: *En respuestas anteriores le indicó usted al despacho la existencia de unos inmuebles en cabeza del fideicomiso. ¿Podría usted indicarnos si sobre dichos inmuebles existen medidas cautelares?*

Respuesta. *“Sí señor. Hay una restricción, no la sé puntualmente, es la inscripción de demanda y hay una restricción de enajenar, hay una medida cautelar decretada*

por la fiscalía, pero no sé cómo se llama, es una restricción de poder dispositivo del inmueble” (2 h 57 min y 21 a 2 h 58 min y 17”).

Pregunta. *En respuestas anteriores, tanto al despacho como a las realizadas por la apoderada de la parte demandante usted manifestó que se burlaron los controles. ¿Podría indicarle al despacho quién burló esos controles que tenía la fiduciaria?*

Respuesta. *“Varios funcionarios de la oficina de Cali que fueron retirados, que fueron denunciados en la fiscalía, entre ellos el señor Álvaro José Salazar y algunos administradores de negocios, con nombres puntuales, habría que revisar la denuncia”. (2 h 58 min y 20” a 2 h 59 min y 05”).*

Pregunta. *¿Puede indicarle al despacho, como es cierto, si o no que dicha reclamación presentada por la fiduciaria a la aseguradora tuvo como fundamento el actuar fraudulento del señor Álvaro José Salazar Romero?*

Respuesta. *“Si señor”. (2 h 59 min y 39” a 2 h 59 min y 47”).*

Esas respuestas denotan la confesión de aspectos centrales de la controversia, toda vez que la interrogada, que concurrió como representante legal con facultades judiciales y administrativas de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., aceptó, no solo la existencia de irregularidades, sino de un actuar fraudulento realizado por Álvaro José Salazar Romero, quien para la época del desfalco era el gerente de la oficina de Cali, proceder que revela la deficiente administración del negocio

fiduciario y el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales asumidas por esa entidad, laborío que era susceptible de prueba de confesión y que, al haber sido admitido, genera consecuencias adversas frente a tal persona jurídica, de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso.

La tesitura del *a quo* también haya sustento en otros documentos, como lo son la denuncia penal entablada por la fiduciaria por el actuar presuntamente delictivo de quien fuera su representante legal en la oficina de Cali (*Álvaro José Salazar Romero*) a quien le atribuyó diversas conductas punibles (*hurto agravado, concierto para delinquir, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, obstrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y estafa*) y en la reclamación que la misma entidad hiciera a la aseguradora con cargo al amparo de infidelidad que hacía parte de la póliza integral para bancos y entidades financieras del contrato de seguro 1000099.

En esa misma dirección, se estableció que Acción Sociedad Fiduciaria le reclamó a SBS Seguros Colombia S.A., con fundamento en la póliza de seguro, el amparo correspondiente a infidelidad como consecuencia del proceder irregular de *Álvaro José Salazar Romero*, quien fungió como su representante legal en la oficina de Cali, relacionado con varios fideicomisos a cargo de esa dependencia incluido el *Marcas Mall* y producto de ello recibió más de catorce mil millones de pesos que le pagó SBS Seguros Colombia S.A.

Al efecto, en la citada diligencia de interrogatorio de parte, la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., fue cuestionada sobre tal punto y lo admitió, conforme pasa a verse:

Pregunta. *Acción Sociedad fiduciaria tomó la póliza de seguros 1000099 con SBS Seguros Colombia, ¿ustedes afectaron esa póliza para el caso en concreto de este caso?”.*

Respuesta. *“No señor, la afectación a la póliza se hizo con ocasión de la sustracción de recursos de fideicomisos administrados por la ciudad de Cali” (2 h 21 min y 39” a 2 h 22 min y 11”).*

Pregunta. *¿Han recibido recursos por parte de SBS Seguros en afectación a esa póliza?*

Respuesta. *“Sí señor, catorce mil millones de pesos, aproximadamente por concepto de la afectación a los fideicomisos que tuvieron sustracción de recursos de manera inconsulta” (2 h 22 min y 26” a 2 h 22 min y 49”).*

Pregunta: *si bien usted ya le indicó al despacho el monto aproximado de la reclamación realizada a SBS, puede usted indicarnos ¿cómo es cierto, si o no, que dicha reclamación respecto de la póliza 1000099 la realizó acción sociedad fiduciaria respecto de la sección I de la póliza que es infidelidad y riesgos financieros?*

Respuesta. *Sí señor. (2h 59 min y 06” a 2 h 59 min y 27”).*

Pregunta. *¿Puede indicarle al despacho, como es cierto, si o no que dicha reclamación presentada por la fiduciaria a la aseguradora tuvo como fundamento el actuar fraudulento del señor Álvaro José Salazar Romero?*

Respuesta. “*Si señor*”. (2 h 59 min y 39” a 2 h 59 min y 47”).

Todo lo anterior, incluido el reclamo que la fiduciaria le hizo a la aseguradora con base en el amparo de infidelidad a causa del actuar irregular de algunos de los funcionarios de la oficina de Cali, lo cual dio lugar a que esta última desembolsara más de \$14.000'000.000, demuestra un aspecto neurálgico de la controversia, como lo es la existencia de actos fraudulentos y deshonestos de los empleados de Acción Sociedad Fiduciaria, por lo que tal hallazgo, aunado a lo que revelan las pruebas recién analizadas y que dan a entender que hubo sustracción de recursos, resultan suficientes para colegir que el incumplimiento contractual se generó a raíz del proceder irregular que a propósito desplegaron funcionarios de la fideicomitente, principalmente quien fuera su representante legal (*Álvaro José Salazar Romero*), cuya administración resultó ser inadecuada y contraria a lo que se esperaba del ente profesional al que pertenecía dicho directivo.

Se insiste hasta el final que las maniobras fraudulentas y deshonestas de Álvaro José Salazar Romero fueron admitidas por la demandada en el interrogatorio de parte de su representante legal, lo cual coincide con lo que expuso la fiduciaria en la denuncia penal, así como en el reclamo que

le elevó a SBS Seguros Colombia S.A. cuando activó el amparo de infidelidad que a la postre dio lugar a que recibiera unos importantes recursos -más de \$14.000'000.000- con los que buscó quedar indemne de esa afectación propiciada por el denunciado, quien fuera uno de sus directivos.

5.3. Frente al embate que aboga porque la exclusión que reconoció el *a quo* es abusiva, es del caso advertir que se trata de un alegato que no hizo parte del elenco de los reparos expuestos por la censora dentro de la oportunidad para recurrir la sentencia de primera instancia, según se extrae del escrito respectivo (archivo 111, cuaderno 1), situación que le cierra la puerta a esa inconformidad e impide emprender su estudio, al tenor de lo previsto en el artículo 327 *in fine* del Código General del Proceso.

5.4. Frente al alegato de ineficacia de la exclusión 3.7 en razón al lugar que ocupa en la póliza, basten las reflexiones sentadas cuando se dilucidaron los ataques tercero, cuarto y quinto blandidos por SBS Seguros Colombia S.A., pues allí se despejó tal cuestión y se enfatizó, en amplitud, sobre el cumplimiento de las condiciones para abrirle paso a la exclusión alegada (literal b, núm. 3.7 de la póliza), como en ese sentido lo dilucido el juzgador de primera instancia.

6. En ese orden de ideas, es claro que la decisión de la Superintendencia Financiera se encuentra ajustada a derecho y, por consiguiente, ha de ser íntegramente prohijada.

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. CASAR PARCIALMENTE la sentencia de 19 de enero de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Darién S.A. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en el que fue llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A. Lo anterior únicamente en cuanto dispuso: *(i)* revocar el ordinal tercero de la sentencia apelada; *(ii)* desestimar las excepciones de la aseguradora llamada en garantía, y, finalmente, *(iii)* condenarla al pago de \$1.318'426.421,94.

SEGUNDO. CONDENAR a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. al pago de las costas procesales de esta actuación. En su liquidación inclúyanse diez salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de agencias en derecho.

TERCERO. ABSTENERSE de imponer condena en costas contra SBS Seguros Colombia S.A., dada la prosperidad de su impugnación extraordinaria (artículo 365, numeral 1, Código General del Proceso).

Y situada la Corte en sede de instancia,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad el fallo de 24 de diciembre de 2020, proferido en esta causa por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO. COSTAS de segunda instancia a cargo de la recurrente. Líquidense en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la suma de cinco millones de pesos (\$5'000.000), que el Magistrado Ponente señala como agencias en derecho.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Salvamento parcial de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Ausencia justificada

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento parcial de voto

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

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: A200438B5354BFB998F8579FA70C31F8F53F2A3E251A947E2C7930C78AFC903F

Documento generado en 2023-08-11



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

MAGISTRADA
HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-01217-02

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones por las cuales disiento parcialmente de la decisión que se adoptó en la sentencia de casación de la referencia, en cuanto abrió paso a la súplica invocada por la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A.

1.- La calificación de norma sustancial del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Se dice en el proyecto que *«[e]stá fuera de discusión el carácter sustancial del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, debido a que algunos de sus apartes **tienen la potencialidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas** entre la aseguradora y la parte asegurada, tanto así que en reciente oportunidad la Sala abordó y despejó tal cuestión (CSJ SC2879-2022)»*. (Resaltado fuera del texto).

Me aparto respetuosamente de tal argumento, por cuanto, como en pasada oportunidad al disentir parcialmente del proveído **CSJ SC2879-2022**, indiqué que son muchas las disposiciones existentes en el ordenamiento interno que al

margen de su naturaleza tienen la virtualidad de que aplicadas en una situación concreta puedan «*declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas también concretas*», como sería por ejemplo el artículo 113 del Código Civil que define el contrato de matrimonio, que aplicado en un caso concreto podría cumplir tal cometido.

Por tal motivo, esa “*potencialidad*” que pudiera tener una determinada disposición, en modo alguno, puede servir de parámetro para que, en los eventos en que las críticas contra las sentencias se formulen al amparo de las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso, esto es, por violación directa o indirecta de una norma sustancial, se tenga por satisfecha la carga del recurrente de citar los preceptos que tengan dicho carácter, que siendo o debido ser pilares de la determinación resultaron quebrantadas.

Ha sido reiterativa esta Corporación al señalar que, no pueden considerarse normas sustanciales aquellas disposiciones que se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos estructurales de éstos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordenativas o reguladoras de la actividad *in procedendo*, como son los de disciplina probatoria.

El artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -que recoge lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990-, consagra cuáles son los requisitos formales que deben satisfacer las pólizas de seguro, así:

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

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

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

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza».

Como se ve la disposición enlista aquellas formalidades que el documento en que se instrumenta el contrato de seguro debe contener para su eficacia, planteando el deber de cumplir con otras normas que el mismo estatuto contiene y aquellas que por la materia resulten aplicables; la manera como debe redactarse el clausulado y el lugar donde deben quedar registrados aspectos fundamentales del negocio, no siendo posible deducir de aquel precepto una situación concreta capaz de *«declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas también concretas»*, se insiste.

2.- Reconocimiento de la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, al dar eficacia a la exclusión invocada.

Es punto medular del fallo de casación el requisito formal atinente al lugar donde deben quedar consignadas las exclusiones en la póliza de seguros para su eficacia.

2.1. El tema del contenido de las pólizas de seguros ha sido motivo de amplias disertaciones, tanto por esta Corte como en la Superintendencia Financiera (antes Bancaria), en

donde el elemento común a resaltar es la necesidad de que los amparos que son asumidos por la aseguradora y las exclusiones que podrían eximir a ésta del deber de cubrir el siniestro estén plenamente identificados.

En todo caso, han sido uniformes los pronunciamientos que exigen que estos tópicos estén redactados con absoluta claridad y en caracteres destacados o resaltados que no exista duda o posibilidad de una interpretación diferente a la misma naturaleza de la delimitación del riesgo, facilitando al tomador comprender e identificar los riesgos amparados, las exclusiones y las obligaciones que correlativamente asume con ocasión del contrato; quedando las divergencias limitadas a la ubicación espacial de las exclusiones en la póliza.

La sentencia de la cual me aparto parcialmente, luego de hacer una amplia disertación en cuanto a la naturaleza y características del contrato de seguro, el riesgo asegurable, dando cuenta del reconocimiento que legal¹ y jurisprudencialmente se ha dado al derecho de la aseguradora de limitar los riesgos que asume, como una manifestación de la autonomía privada y la libertad contractual, se adentra al análisis particular de las exclusiones, evocando el contenido del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, para hacer precisión en los componentes de las pólizas distinguiendo entre la carátula y el cuerpo de ésta.

¹ Art. 1056 Código de Comercio.

A partir de esta distinción, y haciendo remembranza de la reciente postura que frente al tema se alzó al interior de esta Corte², colige que es a partir de la primera página del “*cuero de la póliza*” en donde se deben registrar las exclusiones.

No se confuta que la interpretación que pretenda ubicar las exclusiones en la caratula de la póliza podría ser calificada de intransigente, dados los innumerables avances que desde la expedición de la norma se han presentado, en todos los órdenes, industriales, científicos, económicos, etc., habida cuenta que tal aparte, escasamente, permite registrar algunas condiciones de la póliza para su individualización y diferenciación del tipo de seguro otorgado, siendo por tanto plausible que el registro se haga en el “*cuero*” de dicho convenio, al existir la obligación de precisar cuáles son las condiciones generales y particulares, pero siempre que ello se dé “*a partir*” de la primera página.

Ciertamente, sin pasar por alto que, indiscutiblemente, debido a la estructura misma de las pólizas de seguros, que usualmente se componen de varios documentos, como son la caratula, las condiciones generales y las condiciones particulares, a la solicitud del tomador y en algunos eventos anexos vinculados a unas especialísimas circunstancias³, no se puede, sin transgredir la voluntad del legislador y, sobre todo, sin afectar el derecho de los consumidores, dejar el concepto de “*primera página*” en una amplitud absoluta.

² CSJ SC2879-2022.

³ Artículo 1048 Código de Comercio.

En efecto, existen algunos casos en los que, por la materia contratada, el número de amparos y de exclusiones que se conciertan, cuya descripción debe ser legible, clara y comprensible, no es posible condensar todas las exclusiones en una sola página, lo cual habilita para que puedan consignarse en las siguientes, pero de forma continua.

Tampoco se olvida que el artículo 1047 del Código de Comercio, al establecer el contenido de la póliza, indica que ésta debe contener, entre otras, las condiciones generales, los riesgos que toma la aseguradora y las condiciones particulares que acuerden los contratantes, señalando en su párrafo que: *«[E]n los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Financiera para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo»*, lo cual permitiría entender que, incluso, podrían resultar admisibles exclusiones que consten en algún anexo, pero para ello este deberá estar por lo menos enunciado en esa primera página, para que pueda tenerse por satisfecho el deber de información ínsito en la exigencia en estudio.

Lo anotado en razón a que, conforme se indicó en precedencia, al tenor del artículo 1048 hacen parte de la póliza *«[L]os anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza»* y para que dichos anexos se puedan considerar como tales, deben identificar con contundencia la póliza que integran, amen que según el

maestro Efrén Ossa⁴ estos son «*en todo caso accesorios a la póliza, sujetos a sus estipulaciones, como el contrato mismo, en todo aquello que escape a su propia órbita. Porque no hay duda de que recogen una nueva manifestación de voluntad, así sea circunscrita en su finalidad específica, posterior a la que aparece consignada en el documento principal, por lo cual prevalecen sobre este en caso de conflicto*».

2.2. Ocurre, sin embargo, que en el presente juicio se adujo la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora al haber operado la exclusión referida en el aparte 3.7., reconociéndole eficacia, pese a no estar acreditada su existencia.

Obsérvese que al pleito se anexó la documental denominada “Anexo 22” correspondiente al “*certificado de renovación pólizas de pago anual*”, que según se identificó accede a la póliza 1000099.

En dicho instrumento, en su segunda página del aparte “*TEXTOS DE LA PÓLIZA*”, aparece el título “*Términos y condiciones aplicables a todas las secciones*” que en doce (12) numerales refiere a asuntos diversos y en el 9 y 10 se registra «*9.Exclusión OAC. Anexo 3.10. Exclusión Lavado de activos*». Posteriormente aparece la titulada “*Sección III RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS de SBS (VERSIÓN nma2273 ADAPTADO POR sbs) LIMITE HACIENDO PARTE DEL AGREGADO ANUAL DE LA PÓLIZA -Registro Superintendencia 18/10/2012-1322-P-06-FIPCG001*», relacionando información sobre

⁴ Ossa G. J. Efrén. *Teoría General del Seguro – El Contrato*. Editorial Temis, Bogotá 1984 pág. 239.

- «1, Fecha de Continuidad: 26 de Mayo del 2010.
2. Nuevas Filiales
3. Periodo de Descubrimiento a. Automático por 30 días sin cobro de prima adicional. b. Periodo de descubrimiento 12 meses adicionales al 75% de prima anual.
4. Costos de Fianza, según texto de condiciones generales.
5. Difamación, según texto de condiciones generales».

Posteriormente vuelve y relaciona seis (6) anexos «EXCLUSIÓN DE GUERRA/ ACTO DE GUERRA/TERRORISMO» «ANEXO DE NO RENOVACIÓN TACITA O AUTOMÁTICA», «ENDOSO DE EXCLUSIÓN OFAC», «EXCLUSIÓN DE LAVADO DE ACTIVO», «AMPARO DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA», «ENDOSO DE TRANSACCIONES INCOMPLETAS», otra «EXCLUSIÓN ESPECIAL» y «EXCLUSIONES APLICABLES AL PRESENTE ENDOSO».

Continúa el documento ocupándose de definiciones, cláusulas de limitación de descubrimiento, otras exclusiones, extensiones y otros anexos, sin que aquí estén reflejadas las exclusiones esgrimidas.

Así mismo, se incorpora el que parece ser el formato 30122012-1322-P-9-BBB02992 contentivo de las condiciones generales del seguro «PÓLIZA INTEGRAL PARA BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS», en el que ciertamente después de una amplia relación de amparos aparecen exclusiones, definiciones, garantías y otros aspectos connaturales.

Adicionalmente está documental que refiere al «AMPARO DE PÉRDIDAS A TRAVÉS DE SISTEMAS COMPUTARIZADOS (LSW238)», junto a otro adicional titulado «**PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA INSTITUCIONES**

FINANCIERAS» con similar estructura, siendo en este último en donde aparecen registradas las exclusiones que fueron aducidas por la aseguradora para soportar sus excepciones.

Es del caso resaltar que, en estos últimos apartes mencionados, en parte alguna aparece relacionado el número de la póliza a la que presuntamente accede, lo que impide vincularlos de forma inequívoca al negocio ajustado con la fiduciaria y que se materializó en la póliza 1000099, puesto que, al margen que sean condiciones uniformes que han merecido el respaldo de la entidad de vigilancia y control, quien impone su registro, no puede olvidarse que tal como se detalla en el anexo 22, algunos de estos aspectos pueden ser modificados a voluntad por los contratantes, bien para incluir amparos o para precisar algunas exclusiones.

En ese orden, es preciso señalar que, en este particular caso, ante la pluralidad de seguros contratados por la fiduciaria, los cuales al parecer quedaron compendiados en una póliza única, no se tiene certeza de la ubicación de las exclusiones, máxime ante la falta de claridad que se presenta en el citado certificado de renovación pólizas de pago anual, que consta en el mentado anexo N.º 22.

Siendo ello así, deviene cuestionable que amparados en la postura que admite como interpretación satisfactoria del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las exclusiones no necesariamente tienen que constar en la primera página, se está reconociendo eficacia a exclusiones que la aseguradora, a su criterio, plasma de

manera indiscriminada y dispersa en póliza, con lo cual se afecta el derecho del consumidor a una información clara y contundente del alcance de los siniestros inequívocamente amparados, pero sobre todo los que se deben tener por excluidos de la cobertura.

En ese orden, era de cargo del excepcionante acreditar debidamente los supuestos de hechos que soportan sus defensas y dado que la póliza que en precedencia se examina adolece de las falencias indicadas, era plausible la determinación del tribunal de no acogerlas y, consecuentemente, imponer la condena reclamada.

Debido a esto, estimo que la decisión debió ser en absoluto negativa y no casar parcialmente.

En los términos precedentes, dejo plasmado el alcance parcial de mi disenso.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

Firmado electrónicamente por:

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento parcial de voto

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: 34725ABD10443E73C5DB90F9E3165448DE0643D0636115E204910ABBBB97B8C0

Documento generado en 2023-08-11