



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

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC328-2023

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-01213-01

(Aprobado en sesión de diez de agosto de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

La Corte decide los recursos de casación formulados por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A. frente a la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá S.A. dentro del proceso verbal que Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. promovió contra la primera sociedad, quien llamó en garantía a la otra.

ANTECEDENTES

1.- Mediante libelo que posteriormente subsanó, en ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero, ante la Superintendencia Financiera de Colombia, la gestora solicitó que se condene a la convocada a restituirle \$1.609'975.718 indexados y con intereses, por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales.

En resumen, refirió que con la finalidad de desarrollar el proyecto «*Centro Comercial Marcas Mall*» en el inmueble con matrícula No. 370-695292 de Cali, el 17 de diciembre de 2013 se celebró el Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall entre Urbo Colombia S.A.S. y la demandada, sobre el que posteriormente aquella cedió su posición a Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (La Promotora) y se pactó un otrosí (21 may. 2014).

Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. (La Inversionista), con el ánimo de adquirir dos locales comerciales, el 24 de octubre de ese último año suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (La Fiduciaria) el encargo fiduciario No. 0001100011066 por valor de \$1.851'946.2000, suma que se obligó a desembolsar según el plan de pagos y que esta última se comprometió a transferir a La Promotora una vez satisfechos los requisitos previstos, la cual debía acreditarlos a más tardar el 20 de mayo de 2015, aunque unilateralmente podía prorrogar el plazo por un año.

Cumplió todas sus obligaciones, pues depositó \$1.609'975.718 (el valor restante estaba previsto para el 23 de noviembre de 2016), suscribió promesa de compraventa con La Promotora y suministró la información requerida por La Fiduciaria; no así esta última, quien no le avisó de las modificaciones a las precitadas condiciones ni que el 4 de noviembre de 2014 suscribió el «*acta de verificación*» y desembolsó el dinero, amén de que continuó recibiendo sus aportes y fraudulentamente logró que le firmara otrosíes (archivo 000 pdf).

2.- La convocada se opuso a tales aspiraciones y formuló las excepciones de mérito que denominó «Cláusula compromisoria», «Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable» por «Inexistencia de daño» e «Inexistencia del nexo causal», «Error en la identificación del contrato celebrado» y «Falta de legitimación en la causa por pasiva», amén de la «Genérica». Además, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (La Aseguradora) con base en la póliza No. 1000099 (archivo 021).

3.- Vinculada La Aseguradora, frente a la demanda principal formuló las defensas de fondo que denominó «Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demanda 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.», «Procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración» y la «Genérica». En relación con el llamamiento, propuso la «Ausencia de cobertura-Inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria», «Ausencia de cobertura de la Póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuesta en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en el los numerales 3.7. y 3.14. de las condiciones generales del seguro (sic)», «Improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de

responsabilidad profesional de la póliza 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.», «Agotamiento del valor asegurado», «Aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 100009 para la sección III de responsabilidad civil profesional», y «Sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 100009 para la sección III de responsabilidad civil profesional» [Archivo 034-000 pdf].

4.- Mediante sentencia de 21 de enero de 2021, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia desestimó las excepciones de mérito de La Fiduciaria, a quien encontró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a Inversiones y Construcciones Nasa S.A.; en consecuencia, la condenó a pagarle \$1.938'605.329,38 dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria y, vencido este plazo, a abonarle intereses de mora «a la tasa del artículo 884 del C. de Co». Por otra parte, declaró probadas las defensas de la llamada en garantía consistentes en «Ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14. de las condiciones generales del seguro», así como la de «Sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.». Se abstuvo de condenar en costas. (Archivo 133 pdf).

5.- Inconforme con la decisión, la demandada apeló (archivo 136 pdf).

6.- El Tribunal revocó parcialmente el fallo recurrido (num. 3°) para negar las excepciones de SBS Seguros de Colombia S.A. frente al libelo inaugural y al llamamiento en garantía, salvo la de «*Aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza*» y, como secuela, le ordenó pagar a favor de Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. la suma de \$1.788'605.329 por capital en el término fijado por el *a quo* (o reembolsarla a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en caso de que ésta la hubiera satisfecho), y, de no hacerlo así, con réditos moratorios comerciales. Confirmó lo demás (nums. 1°, 2°, 4° y 5°) e impuso a la alzada las costas de la instancia a favor de la impulsora principal.

Al efecto, frente al reparo de la impugnante por falta de integración del litisconsorcio necesario con Urbanizar S.A. como promotora del proyecto Marcas Mall, consideró que «*el asunto a dirimir se encuentra delimitado por circunstancias atinentes a la relación contractual individual entre la demandante y la fiduciaria*», por el anunciado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales surgidas del encargo fiduciario de 24 de octubre de 2014 y las consecuentes pretensiones indemnizatorias, de tal manera que para fallar no era necesaria esa comparecencia y, por ende, tampoco proceder como regula el artículo 61 del Código General del Proceso, criterio que armoniza con lo dispuesto por el Tribunal en sala dual dentro de un asunto similar.

El fallo cuestionado no puede tacharse de incongruente porque se enmarca en los hechos, pretensiones y excepciones alegados, como dispone el artículo 281 ídem, toda vez que, con base en las pruebas recaudadas, el *a quo* desechó las defensas de La Fiduciaria al tiempo que acogió las pretensiones de la accionante de restituirle los \$1.609'975.718 que aquella transfirió a La Promotora sin verificar las condiciones pactadas en el encargo fiduciario No. 0001100011066. Lo anterior sin dejar de lado, «*esto es muy relevante*», las facultades que en esta materia la ley otorga al juez para resolver en la forma que considere más justa, *infra, extra y ultra petita*, «*sin perjuicio del deber de interpretar la demanda*».

Sobre la obligación contractual que la Delegatura adujo, es asunto averiguado y pacífico que el negocio jurídico que une a las partes es el referido encargo fiduciario, por cuya virtud la actora adquiriría los locales números 1037 y 1038 del centro comercial «*Marcas Mall*» en Cali.

La Inversionista se comprometió a entregar \$1.851'946.200 para que La Fiduciaria los transfiriera a La Promotora una vez verificadas las condiciones fijadas en el encargo, frente a lo cual la segunda no alegó que obró de conformidad sino que «*la obligación de acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos estaba en cabeza del fideicomitente promotor*», tesis que no es de recibo porque el artículo 1324 del Código de Comercio, aplicable subsidiariamente por remisión del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

(EOSF), impone al agente fiduciario «realizar **diligentemente** todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia» -destacado original-, amén de que en la cláusula 5ª del acuerdo fue instruida para que «en el evento de que se cumpla la condición de transferencia...proceda a poner a disposición de El Promotor los recursos depositados...», por lo que era de su «incumbencia directa» hacer esa verificación; por ende, para el éxito de sus excepciones debió acreditar que para el 4 de noviembre de 2014 contaba con carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor expedida por una entidad financiera y certificado de tradición actualizado donde constara la propiedad del fideicomiso sobre el lote donde se haría el desarrollo urbanístico, con la precisión que sus obligaciones eran de medio y que respondería por culpa leve. Sin embargo, el folio de matrícula No. 370-695292 no da cuenta de aquello, a lo cual, si no fuera suficiente, se suma que el *a quo* sostuvo que la representante legal de la demandada confesó que «el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento» por «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 del 4 de noviembre de 2014», argumentaciones que la opugnante no refutó, por lo cual no pueden desconocerse en segunda instancia, dado el objeto del recurso (art. 320 *ejusdem*). Por tanto, no son atendibles los reparos tendientes a derribar la responsabilidad de la opositora, pues se apartó de sus deberes legales y contractuales.

Tampoco es de recibo su alegación que nunca se generó

un daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante, pues *«tenía el deber de administrar los recursos del consumidor financiero con el fin de transferirlos al promotor cuando se cumplieran unos requisitos mínimos, cuya verificación no acometió la opositora»*, con el resultado que *«a hoy (y pese a no existir razones legales y contractuales para ello) la fiduciaria no tiene en su haber los recursos del inversionista, de donde emerge la ocurrencia del daño que hoy padece la demandante, quien no ha recuperado esos dineros, ni tampoco ha sido resarcida del detrimento patrimonial que ello involucra»*.

Lo dicho encuentra soporte en los fallos emitidos por otras salas de decisión del mismo Tribunal en dos asuntos que guardan estrecha relación con éste, uno de los cuales se comparte de manera especial conforme a las consideraciones que se citan, que difieren de lo resuelto en otro caso insular que conoció su homólogo de Cali.

Concerniente al llamamiento en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. con soporte en la póliza No. 1000099, tomada por La Fiduciaria para cubrir el riesgo de responsabilidad civil profesional financiera por la suma de \$15.000'000.000, no se refrenda el argumento del *a quo*, quien lo desestimó porque operó la exclusión prevista en el numeral 3.7, pues ésta *«no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute (obrante en la carpeta 021 del expediente digital) sino, solamente, en el clausulado adicional denominado seguro de responsabilidad civil profesional OFYPZZ 2018 01213 02 13 para instituciones financieras»*, por manera que *la misma no resulta oponible al demandado principal*. Esto

porque, de conformidad con el numeral 3 del artículo 44 de la Ley 45 de 1990, el literal c) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las Circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1998 de la Superintendencia Financiera, una restricción así, «*que concierne directamente al amparo objeto del contrato*», debe estar consignada en aquella pieza contractual, so pena de ineficacia, tal y como la Corte lo precisó en Sentencia de 29 de enero de 2015, Ref. 2015 00036 00 (STC514-2015).

Por otra parte, de conformidad con el numeral 4.14 de la póliza en concordancia con la sección III de la misma y el artículo 1103 del Código de Comercio, aflora que la suma total asegurada son \$15.000'000.000, con un deducible por evento de \$150'000.000, sin que haya prueba de que se hubiese afectado en cuantía que supere este monto, de tal manera que de los \$1.938'605.329 que La Fiduciaria está obligada a pagar, aquella le debe reembolsar \$1.788'605.329.

En lo que atañe a las excepciones frente a la demanda inicial, se tienen en cuenta los argumentos previos; en torno a la relacionada con la sentencia anticipada, la parte interesada no invocó ninguna de las causales del artículo 278 *ibidem* ni se halla mérito para declarar una de oficio; y «*jurídicamente, no existe la llamada excepción 'genérica'...*» (archivo 11).

7.- Dentro de la oportunidad legal, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A. formularon recurso de casación que el *ad quem* concedió y la Corte admitió al tiempo que les corrió traslado para que

presentaran la respectiva sustentación (archivos 16, 17 y 19, cuad. Trib. y 4 Corte).

8.- En la oportunidad concedida, las inconformes allegaron sendas demandas. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. formuló cinco cargos, de los cuales en AC5549-2022 la Sala inadmitió del segundo al cuarto y dio curso a los dos restantes, mientras que SBS Seguros Colombia S.A. propuso cinco embates que fueron aceptados en esa misma providencia (archivos 7 y 8, Corte).

**DEMANDA DE CASACIÓN DE ACCIÓN SOCIEDAD
FIDUCIARIA S.A.**

PRIMER CARGO

Con fundamento en la causal quinta del artículo 336 del Código General del Proceso, sostiene que la sentencia fue dictada dentro de un pleito viciado por la nulidad prevista en el numeral 8° del artículo 133 ídem, vulnerando su derecho constitucional al debido proceso (art. 29) y limitando su derecho de defensa, porque no se vinculó a *«los promotores del proyecto, Promotora Marcas Mall, cuya comparecencia era necesaria para poder dictar sentencia de fondo en este asunto»*.

Contrario a lo argumentado por el Tribunal, *«no basta con verificar que la demandada sea la persona llamada a soportar las pretensiones de la demanda, ya que esto implicaría que siempre dependerá del demandado (sic)*

determinar a quién vincula al proceso. La labor del juez necesariamente debe extenderse más allá de ese mero análisis formal y determinar si, legalmente y con apoyo en las pruebas, es la demandada quién debió haber sido vinculada o si hay otras personas que necesariamente deben hacer parte del proceso para que se pueda fallar; especialmente, cuando se presenta excepción de falta de legitimación por pasiva».

Los supuestos daños que sufrió la demandante fueron ocasionados por La Promotora como única responsable de la ejecución del contrato, pues La Fiduciaria le transfirió la totalidad de recursos conforme indicaba el acuerdo; «cosa distinta es que los hubiese entregado unos días antes de la fecha en que debió haberlos entregado», lo que no fue relevante, pues, en todo caso, «el proyecto habría corrido la misma suerte». La propia accionante debió demandar a Promotora Marcas Mall.

La estructura funcional del encargo fiduciario No. 0001100011066, «el cual se instaura en el centro de la decisión» evidencia «una clara e inescindible concatenación de este con el contrato de fiducia de administración FA-2351, a punto tal que, puede afirmarse que el fundamento teleológico del primero desaparecería si el segundo no hubiese existido. En atención de ello, resulta diáfano que los mencionados contratos hacen parte de los que se han denominado como contratos conexos o coligados (sic)», tal como el *a quo* estimó, pese a lo cual no realizó la vinculación. La Corte también encontró razonable proceder así al resolver una tutela en un caso semejante (STC 18 may. 2018, exp. 2018-00075-01).

Por lo tanto, en la medida que las pretensiones son por responsabilidad contractual y que *«se verificó una prototípica vinculación entre los diferentes acuerdos contractuales»*, para resolver de mérito *«necesariamente e indefectiblemente se requería que Promotora Marcas Mall hubiese sido vinculada»*, como el Tribunal Superior de Cali lo hizo en un litigio análogo, pero las instancias rechazaron la excepción que la instaba, *«ya que, de admitirla, esto necesariamente implicaría la pérdida de su competencia»*, comoquiera que el artículo 24 del Código General del Proceso y la Ley 1328 de 2009 prevén que la Superintendencia Financiera carece de ella *«para decidir procesos en los cuales la parte pasiva no sea una entidad financiera»*.

QUINTO CARGO

Apoyada en la causal contemplada en el numeral 2 del artículo 336 del C.G.P., La Fiduciaria acusa a la sentencia de violar indirectamente los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil, 822 y 1243 del Código de Comercio y 11 de la Ley 1328 de 2009, por aplicación indebida, a raíz de errores manifiestos y trascendentes en la valoración probatoria.

Si el fallador de segundo grado hubiera apreciado la cláusula décima del contrato de encargo fiduciario individual objeto del proceso¹, habría concluido su *«ausencia de*

¹ CLAUSULA DECIMA: MANIFESTACIÓN ESPECIAL EL (LOS) INVERSIONISTA(S) declara(n) expresamente conocer y entender que la FIDUCIARIA no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", ni en la determinación de la viabilidad o factibilidad financiera o técnica del citado proyecto

responsabilidad...por lo ocurrido en la etapa de desarrollo del proyecto» y que su accionar «no podía ser la causa generadora del daño reclamado», pues su labor se agotaba en conservar y entregar el dinero para hacer posible el inicio de la construcción, como en efecto sucedió, de tal manera que «[l]o ocurrido con posterioridad únicamente es responsabilidad del promotor y no de la fiduciaria».

Aunque el *a quo* la consideró ineficaz porque en su opinión *«contraviene lo establecido en el artículo 11 de la Ley 1328 de 2009, la misma debe entenderse como una estipulación válida que, en realidad, no se opone a la mentada norma»*, por no implicar limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros, en la medida que solamente pretendió aclarar que el rol de La Fiduciaria se agota en el encargo, sin extenderse a labores exclusivas del promotor, al punto que *«[l]a situación jurídica en la que*

inmobiliario, que por tanto, no conoce las especificaciones técnicas del mismo, ni es responsable por su ejecución, terminación o calidad, ni lo será por los perjuicios que la no ejecución de dicho proyecto ocasione(n) al (los) INVERSIONISTA(S) o a terceros, responsabilidad que EL(LOS) INVERSIONISTA(S) entiende(n) es única y exclusivamente del PROMOTOR del proyecto inmobiliario que se pretende desarrollar, quedando clara entonces que ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., obra única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo fiduciario y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantara el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad. Adicionalmente, declara(n) EL (LOS) INVERSIONISTA(S) que conoce(n) y acepta(n) que en virtud del presente contrato, la FIDUCIARIA se obliga exclusivamente a invertir los dineros depositados en cualquiera de los fondos abiertos administrados por la FIDUCIARIA, las cuales se encuentran debidamente aprobadas por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia. EL (LOS) INVERSIONISTA(S) declara(n) que conoce(n) y asume(n) los riesgos de pérdida de valor de los recursos entregados a la FIDUCIARIA para la Inversión. Declara con lo anterior, que la FIDUCIARIA no es codeudora, avalista, ni garante de las obligaciones adquiridas por el PROMOTOR con EL (LOS) INVERSIONISTA(S), ni con terceros, ni de las adquiridas por EL (LOS) INVERSIONISTA(S) con el PROMOTOR, ni participa, suscribe o conoce promesas de compraventa o escrituras de compraventa relacionadas con el presente contrato ni con el proyecto inmobiliario que el PROMOTOR pretende desarrollar por su propia cuenta y riesgo. De acuerdo con lo anterior, es claro que la FIDUCIARIA obra para efecto del presente otrosí como simple administradora de Encargo Fiduciario y sus obligaciones y responsabilidades se limitan a las contenidas en el mismo, razón por la cual EL (LOS) INVERSIONISTA(S) la exime(n) de cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente de la ejecución del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL".

se encontraban los inversionistas después de la estipulación de la cláusula en cuestión fue la misma en la que se encontraban antes de que la misma fuese acordada, aun si se hubiese guardado silencio sobre el particular».

El *ad quem* también pasó por alto los boletines «enviados por Urbanizar y Promotora Marcas Mall para informar a los inversionistas sobre la necesidad de modificar ciertos aspectos del proyecto y suscribir los respectivos otrosíes a los contratos», relevantes en tanto «demuestran que el desarrollo del proyecto ya había iniciado y estaba en curso, salvando así la responsabilidad de la fiduciaria, que iba hasta la entrega de los recursos al promotor para el inicio de dicho desarrollo. Lo ocurrido con posterioridad únicamente es responsabilidad del promotor y no de la fiduciaria». Así, por ejemplo, en el número uno, se indicó que

5. Créditos bancarios. El crédito constructor base es del orden de \$35.000 MM. Hay manifiesto interés de tres (3) entidades bancarias para otorgar este financiamiento, incluso por una cuantía mayor que brinde la opción de contar con un margen de maniobra suficiente que aminore cualquier afectación por causa de algún inconveniente o retraso en cualquier fuente prevista. Aunque estamos negociando las mejores condiciones para el proyecto, uno de los requerimientos de base de estas entidades bancarias es contar previamente con las Promesas de Compraventa y/u Otro Si a las Promesas de Compraventa suscritas con cada comprador, convirtiendo este tema en la tarea más prioritaria, por lo cual pedimos la colaboración de todos ustedes agilizando la revisión y firma de los documentos mencionados para continuar con el trámite de aprobación del crédito constructor. Actualmente se está trabajando en los ajustes de los diseños técnicos para que se correspondan íntegramente con el diseño arquitectónico final. Este proceso de reestructuración de los diseños técnicos como el romper la inercia de la obra y readquirir la dinámica requerida tomará algunas semanas, pero ea una circunstancia necesaria para asegurar la continuidad de la obra una vez esta se reinicie” (sic).

**DEMANDA DE CASACIÓN DE SBS SEGUROS DE
COLOMBIA S.A. (SBS)**

TERCER CARGO

Denuncia la violación directa del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (44 de la Ley 45 de 1990) por interpretación errónea.

Se queja de que el Tribunal erró al considerar que la cláusula de exclusión de la responsabilidad 3.7² «*no hizo parte de la carátula de la póliza...*», sin ver que lo que en esta pieza se consignan son las declaraciones previstas en el artículo 1047 del Código de Comercio y la advertencia al cliente de las consecuencias de la mora en el pago de la prima, mientras que el literal c) del numeral 2 de la norma vulnerada dice «*que los amparos y exclusiones deben estar en la primera página de la póliza*», es decir, del clausulado general que debe radicarse ante la Superintendencia Financiera, previsión que guarda armonía con la Circular Externa 029 de 2014 de esa entidad, parte II, título IV, capítulo II, numeral 1.2.1.2., según la cual, tales estipulaciones deben aparecer de manera continua «*a partir*» de esa hoja, así como con lo expuesto en CSJ SC4527-2020 y CSJ SC426-2021.

²«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, deshonesto, 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 ».

En el *sub lite* se satisface la precitada exigencia legal, de tal manera que La Aseguradora no está obligada a asumir ningún pago, al acreditarse el literal b) de dicha cláusula, esto es, «*haber sido confesado y/o admitido y/o reconocido la comisión de conductos dolosas, deshonestas o fraudulentas por parte del propio Asegurado*».

CUARTO CARGO

Nuevamente se queja de la trasgresión por la vía recta del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (44 de la Ley 45 de 1990), en esta ocasión por indebida aplicación de la sanción de ineficacia que contempla.

Argumenta que el *ad quem* entendió la norma, pero la hizo obrar frente a un supuesto fáctico que no era subsumible en ella, comoquiera que sostuvo que la sanción procede cuando las exclusiones no se hallan en la «*carátula*» de la póliza; sin embargo, la norma se refiere a la «*primera página de la póliza*», que es el mismo clausulado general depositado en la Superintendencia Financiera, entidad que no ha realizado observación alguna, amén de que su Circular Básica Jurídica C.E. No. 029 de 2014 prescribe que deben aparecer de manera continua **a partir** de ese folio.

En ese sentido, «*no analiza que la sanción de ineficacia aplica únicamente para aquellas exclusiones que no están en consonancia con las disposiciones normativas cuestión que no acontece en el presente caso...*», pues «*está probado que la póliza expedida por SBS cumple las disposiciones legales*

correlativas» porque «las exclusiones están contenidas, junto con los amparos, de manera continua y en caracteres destacados a partir de la primera página del clausulado general, en este caso de seguro de responsabilidad civil profesional», amén de que éste se halla «debidamente depositado ante la SFC sin que esta entidad haya realizado observación alguna sobre su fondo o su forma».

QUINTO CARGO

Reprocha la vulneración indirecta por aplicación indebida de la sanción prevista en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (44 de la Ley 45 de 1990), derivada de error de hecho en la valoración probatoria.

Explica que el fallador de segundo grado pretirió *«la póliza de seguro No. 1000099 tanto carátula como clausulado general, ambos dispuestos de acuerdo con la normatividad aplicable y debidamente depositados ante la SFC sin que esta entidad haya realizado observación alguna»*, en tanto la precitada regla *«NO indica por ningún lado que sea en la carátula donde se debe consignar la exclusión, sino en la póliza, entendiendo por esta el clausulado general, en el cual normalmente se consignan los amparos y exclusiones a los cuales adhieren los clientes de las compañías de seguros cuando contratan sus productos»*, a más de que mediante la Circular Básica Jurídica C.E. No. 029 de 2014, la Superintendencia Financiera, *«en ejercicio de las facultades regulatorias otorgadas por el numeral 3° del artículo 326 del EOSF ha dado instrucciones a las aseguradoras respecto de la forma en que deben observar los derroteros del artículo 184 del EOSF, estableciendo...que los amparos y exclusiones de los*

contratos de seguro deben estar de manera continua A PARTIR DE LA PRIMERA PÁGINA de la póliza (entendiendo por esta las condiciones generales), pues...la misma Circular diferencia la información que debe establecerse en la Carátula [en la que sólo debe ir lo indicado en los arts. 1068, 1152 y 1047 del Código de Comercio] y en las Condiciones Generales...», en consonancia con lo dicho por la Corte en SC4126-2021 y SC4527-2020, tal y «como acontece en el caso de la póliza bajo revisión, en donde a partir de la primera página del Clausulado General denominado “Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras” constan de forma continua tanto los amparos, como las exclusiones, incluidas inmediatamente al terminar las coberturas, sin que se interrumpa la continuidad que requiere la norma en punto de las cláusulas que delimitan el riesgo».

También omitió los elementos que demuestran que Acción Sociedad Fiduciaria «*como entidad vigilada, conoció del contenido de la póliza y, específicamente, las exclusiones consignadas en el clausulado general, tanto así que introdujo modificaciones al mismo mediante condiciones particulares consignadas en la carátula de la póliza No. 1000099*». En ese escenario, citó equivocadamente decisiones en tutela para casos en que los contratos eran de adhesión y el consumidor era una persona natural sin conocimientos en la materia ni posibilidad de negociar las estipulaciones, mientras que la precitada es una «*persona jurídica, profesional de su actividad y vigilada por la SFC*», siendo evidente que nunca actuó «*como una parte indefensa que sólo adhirió a las condiciones impuestas por la aseguradora, sino que contó con una fuerza y participación suficiente que le permitieron negociar los*

distintos aspectos del contrato de seguro, cuestión que decanta que AF conocía, en su integridad, el alcance de las distintas coberturas contratadas como las exclusiones que le eran aplicables», lo que acompasa con lo dicho por la justicia arbitral cuando el asegurado se ha enterado del contenido de las exclusiones.

Finalmente, desconoció que Acción Sociedad Fiduciaria contó «con la asesoría y acompañamiento de Willis Towers Watson como corredor de seguros para efectos de la contratación de la Póliza No. 1000099, y siendo evidente que el Asegurado conoció del alcance de los amparos y exclusiones, dado que ello se refleja en el hecho que este modificó vía condiciones particulares el alcance de algunas de las exclusiones, tal y como es el caso de la exclusión J de la Sección I, así como de otros apartados de las condiciones predispuestas, lo que vislumbra que la Fiduciaria conoció en todo momento el contenido de la Póliza especialmente los amparos y las exclusiones aplicables a cada una de la secciones, y, por lo tanto, la existencia de estas últimas, no pudo resultarle sorpresiva».

CONSIDERACIONES

1.- Aclaraciones preliminares

1.1.- Inicialmente se resolverán los cargos de la demanda de casación de La Fiduciaria que fueron admitidos, en cuanto subordinan los formulados por La Aseguradora, cuya obligación resarcitoria depende de que subsista la que en las instancias se impuso a aquella, situación que no podría

darse si se anulara el proceso o se avalara la ausencia de responsabilidad que la misma pregona. Enseguida, se desatarán en conjunto los tres ataques finales de La Aseguradora, toda vez que sus argumentos son convergentes y suficientes para el quiebre de la parte de la sentencia de segundo grado que afecta a esa sociedad, eventualidad que torna innecesario el examen de los demás.³

1.2. Se advierte que los cargos presentados por los recurrentes no serán abordados enteramente *ex novo* por la Corte, pues ya fueron tratados con gran profundidad en las sentencias de casación CSJ SC2879-2022, SC098-2023 y SC107-2023, dictadas en litigios originados en demandas presentadas por inversionistas que manifestaron similares circunstancias a las que en igual calidad refiere aquí Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S., toda vez que en su momento también estuvieron interesados en la adquisición de los locales comerciales que se proyectaron construir en el Centro Comercial Marcas Mall de Cali, suscribieron contratos individuales de encargo fiduciario con Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a quien entregaron unos dineros con la condición de transferirlos a La Promotora de cumplirse los requisitos pactados para el efecto, y denunciaron que aquella los desembolsó sin que éstos estuvieran satisfechos, amén de que la demandada también llamó en garantía a SBS

3 «En la sentencia, la Sala examinará en orden lógico las causales alegadas por el recurrente. Si prospera la causal cuarta del artículo 336, dispondrá que según el momento en que ocurrió el vicio la autoridad competente rehaga la actuación anulada; si se acoge cualquiera otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla. Cuando prospere un cargo que sólo verse sobre parte de las resoluciones de la sentencia, procederá el estudio de las demás acusaciones» (art. 349, inc. 2, C.G.P).

Seguros Colombia S.A. con apoyo en el contrato de seguro No. 1000099 que aquí también se ventila.

El primer caso guarda particular semejanza con el actual, en cuanto allá como acá la primera instancia acogió las súplicas de la accionante, al tiempo que negó las de la convocada frente a La Aseguradora *«por considerar que se había configurado la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7 del clausulado del contrato de seguro»*⁴; al resolver la apelación de La Fiduciaria, el superior confirmó *«lo relativo al incumplimiento de la fiduciaria y la devolución de los recursos entregados por la demandante»*, al tiempo que *«revocó lo decidido frente al llamamiento en garantía, desestimó las excepciones de SBS Seguros Colombia S.A. -salvo la de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza”-, y le ordenó a esta última asumir el monto de la condena impuesta, hasta concurrencia del valor asegurado»*; y las mismas personas jurídicas acudieron en casación.

RESPUESTA A LA DEMANDA DE CASACIÓN DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

PRIMER CARGO

1.- De la nulidad procesal que vicia una sentencia

El Código General del Proceso erige como causal quinta de casación *«[h]aberse dictado sentencia en un juicio viciado*

⁴ Sent. Cit. Pág. 9

de algunas de las causales de nulidad consagradas en la ley, a menos que tales vicios hubieren sido saneados» (art. 336), de lo que surgen dos elementos para que el cargo que se funda en ella salga avante: por un lado, que se encuentren expresamente establecidas en el ordenamiento procesal (principio de taxatividad) y, por el otro, que no hayan sido saneadas como está presupuestado en el artículo 136 ídem⁵.

Respecto a las nulidades procesales, la Sala se ha pronunciado así:

De otra parte, los vicios invalidantes de la actuación procesal se han clasificado en saneables e insaneables, a pesar del acaecimiento del motivo que les da origen, la persona en cuyo beneficio fueron establecidas tiene la facultad de renunciar a ellas expresa o tácitamente o, una vez declaradas, pueda convalidar el trámite viciado; o, por el contrario, dada su gravedad, la judicatura deba fulminarlas, al margen de la voluntad de las partes. La primera constituye la regla general, de tal manera que solo cuando la ley así lo predique, puede señalarse que una nulidad es insubsanable.

En ese escenario, el artículo 136 del Código General del Proceso enuncia los eventos en que deben considerarse saneadas las nulidades susceptibles de ese remedio, al tiempo que en su párrafo prevé que las originadas en «proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables».

Por lo que atañe el principio de taxatividad, si bien es cierto que el artículo 133 íbidem, dispone que el proceso es nulo en todo o en parte «solamente» en los casos allí

5 La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla. 2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada. 3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa. 4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa. PARÁGRAFO. Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia, son insaneables.

previstos, es claro que, revisado en su integridad ese compendio normativo, la mentada disposición no consagra un listado exclusivo, sino que existen otras disposiciones que entran a complementarlo, como son los dos motivos previstos en los preceptos 36 y 107 del Código General del Proceso, el primero prescribe que «[l]as audiencias y diligencias que realicen los jueces colegiados serán presididas por el ponente, y a ellas deberán concurrir todos los magistrados que integran la Sala, so pena de nulidad», y el segundo, que «[t]oda audiencia será presidida por el juez y, en su caso, por los magistrados que conozcan del proceso. La ausencia del juez o de los magistrados genera la nulidad de la respectiva actuación» (SC5251-2021).

Dentro de las circunstancias que contaminan un proceso con incidencia en el fallo de segunda instancia se halla la contemplada en el numeral 8 del artículo 133 *ibidem*, la cual se configura «[c]uando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado».

Una persona **debe** ser citada al proceso porque: *i)* la parte actora la demandó en ejercicio de su facultad general de accionar contra quienquiera que según su criterio tenga el deber jurídico de satisfacerle las prestaciones que anhela; *ii)* es sucesora -en sentido amplio- de quien tenía la condición de parte⁶; y, finalmente, *iii)* el litigio versa «sobre relaciones o

⁶ Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos», como cuando la ley ordena que la demanda de pertenencia se dirija contra todos los titulares de derechos reales y los acreedores con hipoteca o prenda⁷ o cuando, a pesar de no disponerlo, un contrato no puede ser rescindido, resuelto, anulado, etc., sin la comparecencia de todos quienes intervinieron en su formación. El último caso y sus ejemplos conciernen a la figura del litisconsorcio necesario regulado en el artículo 61 *ejusdem*, que la doctrina cataloga como propio cuando lo impera la ley e impropio cuando emana de la naturaleza de la relación jurídica.

2.- El caso particular

2.1.- Litisconsorcio necesario y legitimación en la causa.

La Promotora no fue demandada por La Inversionista ni es sucesora procesal de alguna de las partes, amén de que no existe previsión legal que por los hechos relatados, impusiera su convocatoria, de tal forma que solo en la modalidad de litisconsorcio necesario impropio es que cabe averiguar si la sentencia del Tribunal se resiente del vicio que denuncia Acción Sociedad Fiduciaria en cuanto ésta

⁷ Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella. Cuando el bien esté gravado con hipoteca o prenda* deberá citarse también al acreedor hipotecario o prendario (art. 375, num. 5)

sostiene: *i)* que la naturaleza de la relación jurídica debatida imponía llamarla porque es la verdadera causante del daño cuyo resarcimiento se pretende y su ausencia le impidió defenderse adecuadamente; y, por otra parte, *ii)* que el contrato de encargo fiduciario que da aliento a las pretensiones está *coligado* con el de fiducia de administración FA-2351 que suscribió con la persona jurídica ausente, al punto que «*el fundamento teleológico del primero desaparecería si el segundo no hubiese existido*».

De entrada aflora lo descaminado del primer fundamento que la recurrente esgrime para alegar la nulidad con apoyo en la falta de convocatoria al proceso de Marcas Mall, ya que la discusión que propone en realidad se enmarca en el concepto de «*legitimación en la causa por pasiva*», es decir, si Sociedad Acción Fiduciaria como demandada debe o no satisfacer la prestación que la accionante persigue, tema de fondo que es propio de la sentencia y, por ende, mal podría dilucidarse anticipadamente, so pena de un indebido prejuzgamiento; de lo contrario, *a priori* habría que considerar que la llamada no es responsable sino un tercero, y proceder a convocarlo.

Concordante con ello, la propia casacionista reconoce que se trata de un caso de legitimación en la causa al proponer la respectiva excepción de mérito y al insistir en ella como soporte de su actual aspiración.

En relación con la legitimación en la causa, es consolidada la doctrina de la Corte en el sentido que

(...) es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo (CSJ SC 14 mar. 2002, rad. 6139, reiterada en SC2642-2015 y SC4888-2021, entre otras).

La particularidad que La Fiduciaria añade a este caso, en tanto no solo niega su responsabilidad, sino que se la achaca a un tercero, no es suficiente para crear un litisconsorcio necesario con éste, pues es potestativo de la parte actora señalar la persona que estima debe responderle, quien, se repite, si no coincide con el que demanda apenas conllevará a su exoneración final por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2.- Coligación de contratos

Por otra parte, respecto a la presunta coligación de contratos en que la recurrente también funda su aspiración de que se convoque a La Promotora, lo primero que se observa es la insuficiencia del planteamiento, pues apenas invoca la relación del encargo fiduciario No. 0001100011066 que constituye la base de esta acción, suscrito el 24 de octubre de 2014 entre Sociedad Acción Fiduciaria, La Promotora y La Inversionista (000pdf, págs. 57-63) con la fiducia de administración FA-2351 de 26 de marzo de ese año en el que intervinieron las dos primeras sociedades (000pdf, págs. 124-145), más precisamente denominado por las

partes «*Contrato de fiducia mercantil inmobiliaria Fideicomiso FA-2352 Marcas Mall Cali*», pero deja por fuera el que dio origen a esta operación mercantil, esto es, el «*Contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*» suscrito entre estos mismos el 17 de diciembre de 2013 (000pdf, págs. 48-56), así como sus otrosíes de 21 de mayo y 15 de octubre de 2014 (000 pdf 85-88 y 94-97).

Con todo, más allá de esta deficiencia, lo cierto es que, en efecto, dichos acuerdos tienen una vinculación estrecha, en cuanto constituyen eslabones de una operación económica compleja tendiente a la realización del proyecto inmobiliario, que involucraba la consecución de los recursos necesarios de compradores y entidades financieras y la compra de los bienes en que se levantaría la construcción, todo ello en condiciones de sostenibilidad y seguridad para los intervinientes, mediante una serie concatenada de esfuerzos que aseguraran el éxito final, es decir, como se dijera en SC3791-2022, se trata de «*varios actos o negocios jurídicos, que sin perder su autonomía y características, en no pocas ocasiones, necesitan coordinarse o interrelacionarse entre sí para alcanzar el propósito fijado*» .

Es así que, a manera de ejemplo, pues en realidad son múltiples los vasos comunicantes entre los referidos contratos, en virtud del encargo fiduciario MR-799 se estableció el marco que sirvió de referente para constituir el contrato individual de fiducia, al punto que en el párrafo cuarto de la cláusula primera de éste se previó que «*[e]l inversionista declara que ha recibido, conoce y acepta el*

*Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor constituido para el manejo de los recursos de preventa del proyecto inmobiliaria denominado MR-799 Marcas Mall y que dicho contrato da origen al presente encargo fiduciario», y armoniosamente, en ambos se estipularon los requisitos para que La Fiduciaria transfiriera a La Promotora los recursos entregados por La Inversionista. En el mismo sentido, en el numeral 2 de la cláusula octava del contrato individual, referida a las obligaciones y derechos de La Fiduciaria, se estableció que una de ellas sería «Colocar a disposición de El Promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente Encargo Fiduciario, **una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre La Fiduciaria y El Promotor...**» (destaca la Corte). Igualmente, en el fideicomiso FA-2351 se fijaron como obligaciones de La Fiduciaria, recibir y administrar los recursos percibidos de los inversionistas (cláusula décima primera).*

Sin embargo, esta correlación contractual no lleva a la conclusión que pretende la recurrente, referida a la necesidad de citar a todos quienes intervinieron en los diversos acuerdos de voluntad, pues, por un lado, debe tenerse en cuenta *i)* que no todos los coligamientos son iguales y, por el otro, *ii)* lo puntualmente pretendido por el actor en relación con los mismos.

En torno a los diferentes coligamientos, se recuerda que

(...) no siempre es de reciprocidad, sino que puede ser de subordinación unilateral de una de las convenciones a la otra, caso en el que se llega a una modalidad más dilatada que recibe el apelativo de “negocios vinculados”, sujeción que puede emanar directamente de la ley o de la voluntad de los celebrantes. La vinculación, además, admite las variantes de “genética” o de “funcional”. La primera, puntualizó, “es aquella por la cual un contrato ejerce un influjo sobre la formación de otro u otros contratos”, en tanto la funcional alude a que un convenio “adquiere relevancia si obra sobre el desarrollo de la relación que nace del otro contrato”, materializándose como una “subordinación, unilateral o recíproca (bilateral)”, lo que determina que las vicisitudes de uno repercutan sobre las relaciones inmersas en el otro, “condicionando la validez o la ejecución del mismo”. A ellas se aúna la “mixta”, que reúne ambas (SC4116-2022).

Entonces, en un escenario semejante, lo pertinente es examinar la índole de las pretensiones y su *causa petendi* para determinar si existe perentoriedad de convocar a alguien diferente del demandado, pues sería inane hacerlo con quien a la postre no va a resultar afectado con la decisión de fondo.

En esa dirección, si el propósito es controvertir la existencia o validez de los contratos, sin duda deberán estar presentes todos quienes intervinieron en ellos, en tanto sus estipulaciones no podrían alterarse sin su comparecencia.

Si la discusión es de similar talante respecto de un contrato del que otros se hallan en relación de dependencia o subordinación, en la medida que lo convenido en éstos puede ser alterado, igualmente resulta imperativo citar a todos los participantes de esas relaciones jurídicas.

Otro tanto cuando la controversia versa sobre la coligación propiamente dicha, como en el evento en que

precisamente se demanda el reconocimiento y vinculación de los contratos.

Ahora, si lo ventilado apenas tiene que ver con la puntual satisfacción de las prestaciones que uno de los intervinientes reclama a otro(s), originadas en uno de los acuerdos de voluntades, resulta suficiente la convocatoria del(os) único(s) señalado(s) que está(n) llamado(s) a colmarlas; incluso, si la demanda se funda en un convenio en el que intervienen más personas, pero nada se les reclama a ellas, no existe motivo para citarlas, a menos que la prestación sea indivisible.

En todos estos casos en los que a pesar de existir una coligación contractual no es imperioso citar a todos los participantes en esas relaciones, la figura apenas queda como un referente al cual acudir cuando es ineludible precisar los alcances de esas prestaciones, sin que sea para la administración de justicia inexorable requerir que comparezcan todos los intervinientes de los actos jurídicos.

Ejemplo de esto último es lo sucedido en SC1416-2022, caso en el que una entidad bancaria colombiana demandó a una sociedad extranjera para que se declarara la existencia de un contrato de compraventa, su incumplimiento por ésta y las respectivas indemnizaciones. Para analizar y resolver el recurso de casación, la Corte encontró coligación entre éste y otros contratos en los que fueron parte otras personas de derecho público y privado; sin embargo, no determinó necesaria ninguna vinculación adicional para dictar

sentencia sustitutiva; sencillamente, para efectos del análisis y resolución del caso estableció la existencia del fenómeno.

En relación con el mismo planteamiento que ahora se estudia, en SC107-2023, la Corte respondió que

La presencia de estos múltiples actores en la actividad inmobiliaria no se traduce en su necesaria vinculación al trámite judicial que se promueva por temas asociados a un proyecto en particular, ya que esto dependerá del tipo de litigio y de las materias sometidas a componenda.

Así, 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.

Por consiguiente, en el *sub examine*, la Corte tampoco encuentra que por virtud de la predicada coligación fuera necesario citar a La Promotora, pues las reclamaciones de la demandante se circunscriben al presunto incumplimiento de unas obligaciones puntuales que La Fiduciaria adquirió con La Inversionista, plasmadas en el contrato de encargo fiduciario individual, referidas a mantener el dinero que éste le entregó hasta tanto se dieran los requisitos para su transferencia, sin perjuicio del referente que los contratos de encargo fiduciario de preventas y de fiducia mercantil y sus otrosíes pudieran proporcionar como elemento adicional para la resolución del juicio.

Finalmente, la ausencia de su citación no socaba derecho alguno de los intervinientes, quienes si así lo considerasen podrían iniciar las acciones legales que estimasen pertinentes frente a la responsabilidad de La Promotora dentro de los múltiples negocios jurídicos en que tuvo una incidencia directa.

3.- Así las cosas, se concluye la improsperidad del cargo.

QUINTO CARGO

1.- Del carácter sustancial de las normas

El común denominador de las causales primera y segunda de casación es la necesidad de invocar la violación de normas de carácter sustancial y demostrar la manera como ésta se produjo, en el caso de la senda directa, por yerro en la selección, interpretación o subsunción del material jurídico, con prescindencia de cualquier consideración de orden fáctico. Cuando se alega su infracción indirecta, por error de hecho al preterir o tergiversar la demanda, su contestación, las pruebas o suponer éstas; o de derecho, al aplicar equivocadamente las reglas que disciplinan la petición, decreto, recaudo y evaluación del material suasorio.

En cualquier evento, la presentación formal del cargo exige la enunciación de al menos una norma material que *«constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada»* (art.

344 C.G.P., par. 1), pues de no hacerlo la censura queda desprovista de su insumo fundamental.

La Corte ha señalado que las normas de esa naturaleza son las que prevén una situación jurídica concreta a partir de la cual confieren un derecho.

En tal sentido, tiene decantado,

(...) que por normas de derecho sustancial debe entenderse las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas, es decir, las que se ocupan de regular una situación de hecho, respecto de la cual deba seguirse una consecuencia jurídica, y no las que se limitan a definir fenómenos jurídicos o a describir sus elementos, precisamente porque al ser tales, no pueden atribuir derechos subjetivos, tampoco las que regulan, como es natural entenderlo, determinada actividad procesal o probatoria. Presupuesto que es de vital importancia cumplirlo, porque de omitirse, al decir de la Sala, ‘quedaría incompleta la acusación, en la medida en que se privaría a la Corte, de un elemento necesario para hacer la confrontación con la sentencia acusada, no pudiéndose, ex officio, suplir las deficiencias u omisiones en que incurra el casacionista en la formulación de los cargos, merced al arraigado carácter dispositivo que estereotipa al recurso de casación’ (Cas. Civ. auto de 4 de diciembre de 2009, Exp. 15001-31-03-001-1995-01090-01 reiterado en SC1834-2022 y SC878-2022, entre otras).

Por consiguiente, no son sustanciales aquellas que se limitan a definir fenómenos jurídicos, describir sus elementos, realizar enunciaciones o enumeraciones, disciplinar la actividad probatoria o regular el procedimiento.

2.- Del nexo de causalidad

Entre las múltiples teorías que la doctrina ha ensayado para explicar la manera como se establece el nexo causal entre una conducta culposa y el daño, la Corte ha encontrado apropiada la denominada «*causalidad adecuada*», conforme a la cual, entre una pluralidad de hechos que *a priori* son considerados candidatos para atribuirles la generación del daño, se descartan aquellos sin los que, a pesar de que no hubiesen existido, en todo caso éste se habría producido; análisis ideal que con la mirada puesta en la otra cara de la misma moneda permite descubrir la causa en aquellos eventos *sine qua non* esa consecuencia no se habría dado.

Hasta aquí el examen no trasciende de la esfera de causa-efecto propia del mundo natural, que para la responsabilidad civil es insuficiente, en tanto lo que en derecho se requiere, además, es averiguar por la persona a quien jurídicamente se le puede atribuir ese daño y, por tanto, debe resarcirlo, aspecto que precisa acudir a los llamados *factores de imputación* que la mayoría de las veces la radican en el autor material, sin embargo, en no pocas la extienden a otras personas, como cuando con ocasión de un accidente de tránsito no solo responde el conductor del vehículo, sino el dueño y la empresa afiliadora; y en otras más solo la sitúan en estos últimos, como en quien teniendo el deber jurídico de intervenir para evitar un daño, no lo hace y éste se produce, en el padre de familia por los hechos de los hijos, en el dueño de animales o cosas que ocasionan un detrimento, etc. Al respecto, la Corte explicó en SC3460-2021 que

La norma refiere la relación de causalidad material que aunada a la jurídica componen el requisito. La primera explica o constata el

enlace externo entre un antecedente y su resultado; es el vínculo o ligamen entre dos fenómenos, uno de los cuales produce el otro. La segunda, hace énfasis a factores de imputabilidad. Aquella responde a la pregunta de si alguien debe ser considerado autor de un daño; la otra inquiriere sobre si alguien es responsable de ese daño. La causalidad, no cabe duda, es un requisito esencial para determinar si hay lugar a responsabilidad civil y para precisar su alcance.

Y en SC2348-2021 indicó que

Como de un tiempo a esta parte lo viene predicando la Corte, el nexo causal, distinguido como uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil, cualquiera sea su naturaleza, no puede reducirse al concepto de la “causalidad natural” sino, más bien, ubicarse en el de la “causalidad adecuada” o “imputación jurídica”, entendiéndose por tal “el razonamiento por medio del cual se atribuye un resultado dañoso a un agente a partir de un marco de sentido jurídico” (CSJ, SC 13925 del 30 de septiembre de 2016, Rad. n.° 2005-00174-01).

3.- El caso concreto

3.1.- Desde el punto de vista formal.

Lo primero que la Sala observa es que de las normas que Acción Sociedad Fiduciaria denuncia infringidas por el fallo que se examina, la mayoría no cumplen con la condición de ser sustanciales, mientras que las restantes que sí ostentan esa calidad no son o debieron ser la base esencial del fallo y, por tanto, tampoco dan un cimiento robusto al cargo.

Al respecto, en relación con las disposiciones del Código Civil que invocó, se advierte que el artículo 1602 se limita a señalar que los contratos son ley para las partes⁸; el 1603

⁸ SC4139-2021, SC042-2022, SC1303-2022, SC963-2022, entre otras

que deben ejecutarse de buena fe⁹; el 1604 señala los grados de culpa por los que responde el deudor¹⁰; el 1608 indica cuándo éste se halla en mora¹¹; el 1613 determina los aspectos que comprende la indemnización de perjuicios¹²; el 1614 define el daño emergente y el lucro cesante¹³; el 1615 fija el momento desde el cual se debe la indemnización¹⁴; y el 1616 indica los perjuicios por los que responde, dependiendo de si obró o no con dolo¹⁵.

Por su lado, el canon 822 del Código de Comercio apenas remite a las normas civiles¹⁶.

Finalmente, el artículo 11 de la Ley 1283 de 2009 prohíbe las cláusulas abusivas en los contratos, las enuncia de manera no exhaustiva y señala la consecuencia de su estipulación¹⁷.

Por otra parte, como se dijera en SC098-2023 en relación con el artículo 1610 del Código Civil, si bien

(...) podría[.] tener carácter sustancial, lo cierto es que no estaba[.] llamado[.] a gobernar la controversia, debido a que... establece la elección del acreedor de una obligación de hacer en caso de mora del deudor (...) En tal virtud,...no constituye[.] ni debi[ó] constituir la base esencial del fallo impugnado, puesto que el objeto del litigio se centró en la responsabilidad contractual de la fiduciaria por incumplimiento de sus obligaciones.

9 SC098-2023, SC3985-2022, SC042-2022

10 SC098-2023, SC3729-2021, SC3344-2021

11 SC098-2023, SC3978-2022

12 SC1819-2019, SC8219-2016, SC2506-2016

13 SC098-2023, SC3985-2022, SC3978-2022

14 SC098-2023, SC3978-2022, SC3985-2022

15 SC098-2023, S-19, 19 ab. 1978, AC4034-2021

16 SC098-2023, SC3941-2020, SC5533-2017

17 AC4858-2017

Otro tanto cabe señalar frente al precepto 1243 civil, el cual indica el grado de culpa por el que responde el fiduciario (leve), en tanto en el cargo puntualmente examinado no se está discutiendo ese elemento constitutivo de la responsabilidad, que ya se da por sentado, sino el nexo entre éste y el daño sufrido por la sociedad actora.

A ello se suma, como se dijo en pronunciamiento que se acaba de citar, ante planteamientos de análogo alcance, que

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

3.2.- Estudio de fondo del embate

De conformidad con lo acabado de manifestar, la actuación culposa de La Fiduciaria, quien aún insiste en solo admitirla como una posibilidad, así como el daño sufrido por La Inversionista, a estas alturas están fuera de discusión, pues su establecimiento en las instancias quedó incólume, teniendo en cuenta el contenido del cargo que se examina, de tal manera que la controversia que subsiste se centra en la existencia del nexo de causalidad, que según aquella sostiene no fue decantado debidamente porque el Tribunal pasó por alto dos pruebas, específicamente, la cláusula 10^a del contrato de fiducia individual (pdf000, pág. 70) que la exoneraría de responsabilidad y los boletines informativos emitidos por Urbanizar y Promotora Marcas Mall que

probarían que la construcción inició y, por tanto, según alega, el desembolso anticipado de los dineros no fue el detonante del daño.

En todo caso, no sobra memorar que la actuación culposa de La Fiduciaria consistió en la circunstancia de haber transferido a La Promotora el dinero que La Inversionista le entregó en custodia sin que se hubieran cumplido las condiciones previstas en el contrato individual de encargo fiduciario, mientras que el daño radica en la pérdida de esa suma que esta última sufrió, en la medida que no tiene la posibilidad de que le sea reintegrada voluntariamente ni los inmuebles a cuyo pago se destinó fueron construidos.

En cuanto a la relación causal entre esa conducta y el detrimento patrimonial, en el marco de la causalidad adecuada, la Corte encuentra que, si el desembolso irregular no se hubiera producido, la suma de dinero habría continuado en poder La Fiduciaria y, en tal medida, podría haber sido regresada a La Inversionista.

La recurrente niega tal relación causal, pues después del traslado reprochado de todos modos se cumplieron las condiciones para hacerlo e inició la construcción del centro comercial, con lo que a su juicio agotó satisfactoriamente su gestión, de tal suerte que cualquier detrimento posterior que La inversionista haya padecido es del resorte exclusivo de La Constructora.

Sin embargo, pasa por alto que si el abono de los recursos monetarios se hubiese ceñido a la previsión

contractual, cuando éste se produjo, la titularidad del lote sobre el que se contempló la edificación debería estar en cabeza del patrimonio autónomo y, en tal medida, constituiría un activo por un valor de \$22.928'393.319, según reporta el respectivo certificado de tradición (pdf000, pág. 98-101), de tal suerte que el dinero de La Inversionista no habría sido utilizado para adquirirlo sino que engrosaría el patrimonio para adelantar la construcción, pero como no fue así, ésta perdió una fuente importante de recursos, situación que no puede considerarse indiferente de cara al resultado final.

Al respecto se memora lo dicho por la Corte en SC2878-2022, reiterado en SC098-2023, para dar respuesta a la irrelevancia que la casacionista pretende dar a la inoportuna transferencia de recursos que se le reprueba:

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

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

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

Así las cosas, ante la evidente distorsión que la actuación indebida de La Fiduciaria produjo en el curso de los hechos diseñado contractualmente, a ésta le correspondía demostrar que si ese desembolso irregular no se hubiera producido en todo caso los dineros también se habrían perdido.

Sin embargo, a estas alturas esta labor no resulta fructífera, pues los elementos de juicio que postula inadvertidos por el fallador de segundo grado no tienen el efecto que cree.

En tal sentido, los boletines emitidos por Urbanizar y Promotora Marcas Mall que el Tribunal no habría visto solo ratifican lo que ya es sabido, indiscutido e incluso se acabó de analizar para descartar la ruptura del nexo causal: que inició la construcción del proyecto. Por tanto, ni le quitan ni le ponen al debate sobre ese elemento de la responsabilidad.

Ahora bien, que la cláusula 10^a del contrato individual de encargo fiduciario demostrara la ruptura del nexo causal entre la entrega del dinero y su pérdida no es criterio admisible, propósito para el cual basta ver que, si bien la

disposición plantea una exoneración de cualquier responsabilidad de La Fiduciaria por la inejecución del proyecto, no lo hace, con relación a sus obligaciones como agente fiduciario.

Entonces, en la medida que La Fiduciaria no cumplió satisfactoriamente con las actuaciones que legal y contractualmente le correspondían para proceder al desembolso, y que esa es una causa suficiente para establecer la pérdida del dinero, en *este juicio* no puede admitirse que la paralización definitiva del proyecto sea el motivo de ese resultado.

Finalmente, que en la pérdida que padeció La Inversionista eventualmente pudiera confluir la actuación culpable de La Constructora, situación que no es del caso dilucidar en esta ocasión conforme se analizara al resolver el primer embate, no es una circunstancia que exonere a La Fiduciaria de su responsabilidad, pues sin su actuar incorrecto, el menoscabo no se habría producido.

4.- De conformidad con lo expresado, no prospera el cargo examinado.

RESPUESTA A LA DEMANDA DE SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

1.- Anotación preliminar

Como ya se anunció, se analizarán conjuntamente los tres cargos finales que La Aseguradora formula, en los que confluye en la denuncia de la violación del artículo 184 del

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (44 de la Ley 45 de 1990), así: *i)* por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea, en tanto allí donde el Tribunal dijo que la norma exige que las cláusulas de exclusión de la responsabilidad deberían ir en la «*carátula*» ésta señalaría que es en la primera página de la «*póliza*»; *ii)* por la misma senda, porque el fallador fulminó la sanción de ineficacia a una situación que no se enmarcaría en esa disposición, toda vez que la cláusula de exclusión sí se encontraría ubicada conforme lo manda la ley; y *iii)* de manera indirecta, porque el juzgador no habría visto la póliza que trae la exclusión debidamente consignada en el aparte pertinente, como tampoco que La Fiduciaria, como entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, profesional en su actividad y debidamente asesorada por una compañía corredora de seguros, conoció a cabalidad su contenido, al punto que le introdujo modificaciones. Éste, como los casos mencionados al principio de estas consideraciones, que la Corte abordó en sede de casación, tuvieron como referente la póliza No. 1000099 mediante la cual La Fiduciaria obtuvo de La Aseguradora *i)* amparo integral bancario, *ii)* amparo de pérdidas a través de sistemas computarizados (LSW238) y *iii)* seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, denominados secciones I, II y III, sirviendo de base para el llamamiento en garantía (archivo 021). En tal documento se encuentra la cláusula 3.7 ya reproducida, en torno a la cual gravita la discusión que se dio en las instancias y se ha prolongado hasta esta sede. Por consiguiente, unas mismas razones de hecho reclaman iguales razones de derecho, es decir, una respuesta judicial equivalente, sin perjuicio de las particularidades del litigio y

de los aportes que pudieran hacerse.

2.- Del carácter sustancial de la norma invocada

El numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (44 de la Ley 45 de 1990) señala que

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 ya se dijo, la sustancialidad de una norma jurídica está dada por la aptitud que tiene frente a una situación particular y concreta de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones de la misma naturaleza.

Características que precisamente la Corte ya identificó en los literales a) y c) y que en esta ocasión ratifica, al decir que aquél «*establece una disposición que, en una situación particular y concreta, tendría la capacidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas también concretas, pues consagra una sanción de ineficacia de las estipulaciones del contrato de seguro en caso de que el contenido de la póliza no se ciña a los requisitos establecidos*», y que éste «*consagra una exigencia que, de no ser cumplida, afectaría la exclusión*

pactada entre las partes con la referida sanción de ineficacia. En tal virtud, estas disposiciones tendrían la capacidad de, en un caso concreto, sustraer del amparo contratado determinado acto o conducta, lo que a su vez tendría la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas entre las partes contratantes».

3.- De la ubicación de las exclusiones en la póliza

La precitada norma establece unas exigencias de carácter imperativo cuya omisión sanciona con la ineficacia de la respectiva estipulación, siendo pertinente destacar la del literal c), conforme a la cual las exclusiones deben figurar *i)* en caracteres destacados y *ii)* en la primera página de la póliza.

Esta disposición y otras de similar talante insertas en normas especiales y en leyes promulgadas para la protección del consumidor en general y en particular del financiero, constituyen la manera como el legislador reaccionó a la inveterada costumbre que algunas entidades con dominancia en el mercado y poder para imponer condiciones a sus clientes tenían de consignar de manera abstrusa, furtiva y en letra menuda estipulaciones a su favor y contrarias al interés de su contraparte, de tal manera que ésta no pudiera otorgar un consentimiento informado.

La interpretación de estas reglas y el examen de la manera como los intervinientes en una relación concreta se ajustan a ellas se enmarca en esa realidad, en tanto no tienen una finalidad en sí mismas, sino que responden a un

propósito práctico que el legislador quiso alcanzar para que el consumidor del seguro esté efectiva y suficientemente enterado de las cláusulas correspondientes a la hora de contratar.

En esa línea, la Circular Externa¹⁸ 029 de 2014, parte II, título IV, capítulo II, numeral 1.2.1.2., expedida por la Superintendencia Financiera «*Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras*», orienta que para colmar lo prescrito en esa disposición sustancial es suficiente que las estipulaciones referentes a exclusiones aparezcan de manera continua «**a partir** de la primera página de la póliza» (relieva la Corte), con la precisión que «...*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*».

Esta visión adapta la norma a la realidad en materia de seguros y sorteja una situación extrema que en la práctica pudiera hacerla imposible de cumplir, comoquiera que el límite de detalle que en la actualidad tienen ciertos contratos podría conducir a que la multiplicidad de amparos y exclusiones que presentan no siempre alcanzaran a ser consignados en la primera página u obligaría a hacerlo en

¹⁸ Las circulares “son actos jurídicos de la Administración en sentido lato” que en el caso de las externas “buscar orientar o direccionar la actuación de los particulares o administrados” (Consejo de Estado, sentencia 00290 de 2018).

caracteres pequeños y/o ilegibles, dando al traste con la otra parte de la norma del EOSF que proscribe esta práctica. Lo anterior, sin menoscabar el propósito del legislador, en tanto permite que el asegurado, con una diligencia mínima que le es exigible, asuma el conocimiento necesario, pues, si desde la primera página de la respectiva pieza se consignan ininterrumpidamente dichos datos, no hay razón atendible para que no haga la lectura completa; lo contrario, sería simple negligencia, que no podría recibir tutela judicial.

En esa misma línea, la Corte se ha decantado por la idea de que para la validez de la estipulación es suficiente que los amparos y exclusiones vayan de manera continua a partir de la primera página de la póliza, como lo consignó en SC2879-2022, en la cual unificó la jurisprudencia y refrendó expresamente la tesis esbozada en STC 4841-2014, SC 4527-2020 y SC 4126-2021.

4. El caso en concreto

En la medida que en el *sub lite* el juzgador de segunda instancia consideró que la referida exclusión debía encontrarse en la «*carátula*» de la póliza, es evidente que incurrió en un claro y trascendente error, en cuanto, la interpretación que en esta ocasión se ratifica, el artículo 184 del EOSF exige y encuentra suficiente que aparezca a partir de la primera página de la misma, lo cual permite determinar que lo infringió directamente.

Por otra parte, vulneró de manera indirecta el mismo precepto al predicar que aparecía «*solamente, en el*

clausulado adicional denominado “seguro de responsabilidad civil profesional OFYPZZ 2018 01213 02 13 para instituciones financieras”, por manera que la misma no resulta oponible al demandado principal».

Para dilucidar este último punto, es preciso señalar, como ya lo advirtió la SC2879-2022 al examinar el mismo contrato de seguro 1000099 que el documento

(...)refleja el acuerdo de las partes para asegurar tres amparos distintos, a saber: (i) la póliza de seguro integral bancaria, (ii) el amparo de pérdidas a través de sistemas computarizados (LSW238) y (iii) la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, los cuales denomina secciones I, II y III del contrato”

Examinado el contenido de esta última póliza, la Corte corrobora que, en efecto, a partir de su primera página, de manera continua y en letras destacada, fija las coberturas y exclusiones, entre las últimas la 3.7 que es objeto de esta discusión, de tal manera que satisface las exigencias normativas atrás señaladas.

Mal podría exigirse que este clausulado general se encontrara desde el comienzo del documento, antes de la «póliza de seguro integral bancaria», pues establecería unas condiciones generales que no corresponderían al amparo específico que aquí se debate.

Así las cosas, al tomar el documento como un monolito y no considerar que las exclusiones debieran ir al comienzo del amparo respectivo, el Tribunal incurrió en un dislate fáctico trascendente, en tanto a partir de ello concluyó que las mismas se encontraban en un clausulado adicional y no,

como en realidad sucedió, a partir de la primera página de la póliza de seguro por «*responsabilidad civil profesional para instituciones financieras* » que fue la activada en este proceso, y al tenor de esa equivocada visión declaró la ineficacia de la exclusión de la cobertura por mala fe y dolo del tomador.

Por consiguiente, se casará la sentencia de segundo grado únicamente en lo relativo a la decisión del Tribunal de declarar la ineficacia de la cláusula de exclusión 3.7, es decir, en cuanto revocó el numeral tercero de la sentencia que el 21 de enero de 2021 profirió la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, ordenó «*a SBS Seguros Colombia S.A. pagar a Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. (o el reembolso a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si ya efectuó el pago total de la condena) la suma capital de \$1.788'605.329, dentro del término fijado en el numeral 2º de la sentencia de primera instancia. Si no se cumple oportunamente lo anterior, se causarán intereses moratorios comerciales sobre ese valor*».

5.- Costas

Ante el fracaso del recurso de casación de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., se le impondrá condena en costas; en la misma medida, por el éxito de su impugnación, no se le fulminará a SBS Seguros Colombia S.A. (artículo 365, numeral 1, Código General del Proceso).

6.- Consecuencia de lo resuelto

En tal medida, se torna necesario dictar fallo de sustitución que resuelva del recurso de apelación que La Fiduciaria planteó, únicamente en lo que atañe a la decisión de la Delegatura de declarar probadas las excepciones de mérito de La Aseguradora.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

ANTECEDENTES

Mediante la sentencia de 21 de enero de 2021, en lo que a esta determinación interesa, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró probadas las excepciones de mérito que La Aseguradora propuso frente al llamamiento en garantía que le hizo La Fiduciaria, denominadas *«Ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14. de las condiciones generales del seguro»*, así como la de *«Sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.»*. Se abstuvo de condenar en costas. (Archivo 133 pdf).

Al efecto, tras establecer el contenido de la exclusión contenida en el numeral 3.7 que ya se reprodujo, tuvo en cuenta que *«los hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada asegurada, por conducto de su*

representante legal, como fraudulento...», según se desprende de la transcripción de los apartes pertinentes del interrogatorio de parte que absolvió, configurándose la «hipótesis contenida en el literal (b) precedente, es decir que para el caso en concreto dicho evento se encuentra expresamente excluido de cobertura conforme lo establecido en la póliza bajo estudio en tanto tal actuar fraudulento ha sido admitido por el asegurado», sin que se trate de meras imprecisiones, pues «acá lo que sucedió es que lo que se consignó en el acta era contrario a la realidad, esto es, que se faltó a la verdad o autenticidad en el contenido descrito dentro del documento, que en materia de derecho puede conllevar una alteración o simulación de la verdad, con efectos relevantes, hechas en documentos públicos o privados, entre otros elementos», toda vez que conforme la denuncia presentada por la pasiva «lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta». Por tanto, «el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido...».

Apelada la decisión por La Fiduciaria, en relación con el llamamiento en garantía, al presentar los reparos concretos (pdf 136), se dolió de que i) el «análisis de la delegatura resulta superfluo y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado», así:

Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta. Luego, queda visto que ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.

Además, que ii)

(...) el Delegado interpreta las declaraciones de la representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA como una confesión, cuando por el contrario lo único que se indicó en el interrogatorio de parte es que mi representada conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal.

Ya en segunda instancia (archivo 006), sustentó que: i) para la Delegatura, las declaraciones de su representante legal «en el interrogatorio de parte que se le practicó— que los hechos que habrían generado el daño de la Demandante tuvieron su origen en una conducta delictiva y criminal, con lo que se habría configurado el supuesto de exclusión del amparo contratado con el seguro», lo que no es cierto, pues «simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían

fraudulentos - sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca-, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción».

Por otra parte alegó *ii)* que La Fiduciaria tiene la condición de consumidor financiero en los términos de la Ley 1328 de 2009 y el artículo 78 Constitucional, por lo que la exclusión debió declararse nula o ineficaz *por «ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que le corresponden a Acción como consumidor financiero»,* pues no es posible que no siendo abogado ni contando con elementos de juicio para establecer si una conducta es delictiva *«pueda liberar de su obligación de cobertura a una compañía aseguradora a partir de un entendimiento y valoración subjetiva de su parte que incluso, puede llegar a ser equivocada».*

Finalmente, *iii)* argumentó que *«el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz conforme a lo previsto en el Literal C) del numeral 2 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero».*

CONSIDERACIONES

1.- Obra la Corte en este apartado en sede de instancia, advirtiendo que encuentra reunidos los presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito y que su actividad se contraerá a definir los temas que fueron materia de inconformidad de La Fiduciaria al interponer el recurso de

apelación, debidamente sustentados en el trámite de la segunda instancia, conforme lo prevén los artículos 320 inciso 1 y 328 inciso 1 del Código General del Proceso.

Al formular los reparos concretos a la sentencia de la Superintendencia, la inconformidad de la alzada se contrajo a que el juzgador de primer grado diera por probado el supuesto de hecho de la exclusión de responsabilidad plasmada en la cláusula 3.7 tantas veces citada, consistente en la admisión por parte de La Asegurada de una conducta fraudulenta.

Ninguna objeción formuló en relación con la validez de esta cláusula por supuesto abuso de La Aseguradora al estipularla unilateralmente en el marco de una relación de consumo, de tal manera que la inclusión de este tema a la hora de sustentar el remedio vertical resulta extemporánea.

Al respecto, es oportuno señalar que el inciso segundo del numeral 3 del artículo 322 *ibidem* establece que «[c]uando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior».

De conformidad con lo anterior, la norma delimita el alcance de la sustentación posterior, a los reparos concretos que se expresen al interponer el remedio vertical, de tal

manera que aquella no pudiera extenderse válidamente a temas no tratados en éstos; por consiguiente, mal podría ahora la Corte abordar este aspecto puntual, so pena de sobrepasar los límites de competencia que para resolverlo le imponen los artículos 320 inciso 1 y 328 inciso 1 del Código General del Proceso.

2.- Por otra parte, en relación con la ubicación de la exclusión 3.7, basta destacar que el tema ya fue tratado en extenso al resolver la demanda de casación de La Aseguradora, por lo cual no resulta necesario volver al respecto.

3.- Queda, entonces, reducido el *tema decidendum* a la inconformidad de la recurrente sobre la manera como la Delegatura de la Superintendencia Financiera dio por establecidos los supuestos fácticos de la precitada previsión contractual, es decir, que la asegurada incurrió en conductas fraudulentas que la activaron.

La referida cláusula excluye la responsabilidad de la aseguradora en caso de incurrir La Fiduciaria en conductas que aparecen delimitadas por adjetivos afines, que en todo caso aluden una actuación maliciosa, *i)* que se haya establecido mediante decisión judicial ejecutoriada o *ii)* que el asegurado haya admitido esas conductas.

Valga decirlo de una vez, en el *sub lite* no se configura la primera eventualidad, en tanto es claro que en el proceso no obra resolución judicial con las características exigidas contractualmente.

Queda, entonces, por examinar si, como lo estableció el juez *a quo*, se materializó la segunda situación por virtud de la cual cobra efecto la exclusión, o si, por el contrario, como alega la recurrente, no se demostró su ocurrencia, en tanto el interrogatorio de parte que rindió la representante legal no tendría el alcance de una confesión de ese hecho.

Desde ya se anticipa el fracaso esta última postura, en tanto el fragmento que la recurrente postula evidencia la insuficiencia del ataque, pues se centra en combatir uno de los aspectos probatorios por los cuales el fallador de primer grado dio por establecido el supuesto fáctico, dejando incólume otro de similar relevancia.

Tal como se aprecia, el juzgador estimó que *«lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva lo refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o la simuló, en aras de que pudiera procederse al traslado de los dineros, cuya verificación a cargo de la misma demandada también dejó una actuación omisiva, pues se dio visto bueno y curso al traslado de dineros con báculo en dicho instrumento, cuando la realidad como acá quedó probado era distinta»*, es decir, también estableció el comportamiento indebido de La Asegurada tipificado en la cláusula con apoyo en la denuncia penal que ésta interpuso; sin embargo, ninguna controversia al respecto se plantea en el recurso de apelación.

También es cierto que el juzgador estableció la configuración del supuesto fáctico a partir de la versión de la

representante legal de La Fiduciaria, pero al recurrir ésta, no realiza ninguna alegación de fondo, limitándose a negar que contenga alguna confesión, pues *«simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción»*.

Ahora bien, los aspectos del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada en torno a los cuales gravita la discusión, que la Delegatura tuvo en cuenta para determinar demostrado el actuar fraudulento de La Fiduciaria, se concretan a la aceptación de que el acta de 4 de noviembre de 2014 de verificación de cumplimiento de requisitos para el desembolso a La Promotora de los fondos aportados por los inversionistas *«es inexacta respecto a la fecha de la certificación»*, que *«sí, es falsa»* respecto de la verificación de la transferencia del inmueble, que por ello fue que se presentó la denuncia penal contra su antiguo representante legal en Cali y que la misma tiene relación con los encargos MR799 y FA 2351 Marcas Mall, por lo que corresponde establecer si ello constituye una confesión o no.

En torno a este medio de prueba, el artículo 191 procedimental fija los siguientes requisitos:

1. *Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*

2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
3. *Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
4. *Que sea expresa, consciente y libre.*
5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
6. *Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

En cuanto a la capacidad para hacerla, ninguna controversia expone la impugnante ni la Corte encuentra reparo, en tanto fue realizada por la representante legal de La Fiduciaria, quien no tiene restricción alguna, máxime que según el inciso uno del artículo 194 procesal, *«el representante legal, el gerente, administrador o cualquiera otro mandatario de una persona, podrá confesar mientras esté en el ejercicio de sus funciones»*.

En cuanto a la producción de consecuencias jurídicas adversas para la confesante, es claro que las tiene en cuanto determina la aceptación del actuar fraudulento de quien fuera su representante legal en Cali y por tanto la afecta directamente.

Atinente a la expresividad, la Sala observa que evidentemente acepta la ocurrencia de las conductas indebidas que tipifican el hecho previsto en la cláusula de exclusión, al admitir con un «Sí» en la mayoría de casos; con un «Sí, es falsa» en otro y «sí, es inexacta» en uno más, la ocurrencia de los eventos por los que se averiguaba, sin que

lo escueta de las respuestas le reste esta característica. Adicionalmente, se observa que fue consciente, libre y espontánea, en tanto las respectivas preguntas fueron claras, no se observa ninguna deficiencia mental de la absolvente ni que hubiese sido objeto de constreñimiento alguno.

Por último, es claro que versa sobre hechos de los que la representante legal debe tener conocimiento, en cuanto el inciso segundo de la precitada norma se lo impone a la funcionaria de la entidad financiera, al prescribir que *«La confesión por representante podrá extenderse a hechos o actos anteriores a su representación»*.

Puestas las cosas en el anterior orden de ideas, la Corte ratifica el criterio del juzgador de primer grado sobre el alcance de confesión de las manifestaciones de la representante legal de la demandada, con entidad suficiente para dar por acreditada la circunstancia contractual prevista en la exclusión 3.7., consistente en la aceptación de La Fiduciaria de las conductas fraudulentas directamente relacionadas con los encargos fiduciarios MR799 y FA 2351 aquí debatidos.

4.- De conformidad con lo expresado se confirmará la decisión de primer grado.

5.- Se condenará en costas de ambas instancias a La Fiduciaria, en atención a lo ordenado en el numeral 1 del artículo 365 procedimental.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá S.A. dentro del proceso verbal que Inversiones y Construcciones Nasa S.A.S. promovió contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. al que fue llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto resolvió *(i)* revocar el ordinal quinto de la sentencia apelada; *(ii)* desestimar las excepciones de la aseguradora llamada en garantía, y *(iii)* condenarla al pago de \$ \$1.788'605.329.

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

TERCERO: ABSTENERSE de imponer condena en costas contra SBS Seguros Colombia S.A.

Y en sede de instancia,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de 21 de enero de 2021, proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de la recurrente. Liquidense en la forma ordenada en el artículo 366 del Código General del Proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000) que el Magistrado Ponente fija.

TERCERO: Devuélvase digitalmente el expediente a la autoridad competente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Salvamento de voto parcial

AROLD 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: 50E3CF04C4FE1D320FA85BF0B1A36DAA7822364BAC7ED7752C98A5B4C6542C91

Documento generado en 2023-09-21



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

MAGISTRADA
HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-01213-01

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 el mandato aludido *«establece una disposición que, en una situación particular y concreta, **tendría** la capacidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas también concretas, pues consagra una sanción de ineficacia de las estipulaciones del contrato de seguro en caso de que el contenido de la póliza no se ciña a los requisitos establecidos», y que «consagra una exigencia que, de no ser cumplida, afectaría la exclusión pactada entre las partes con la referida sanción de ineficacia. En tal virtud, estas disposiciones tendrían la capacidad de, en un caso concreto, sustraer del amparo contratado determinado acto o conducta, lo que a su vez **tendría la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas entre las partes contratantes**».* (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

¹ Art. 1056 Código de Comercio.

hacer precisión en los componentes de las pólizas distinguiendo entre la carátula y el cuerpo de ésta.

Desde 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 cuerpo 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 “*cuerpo*” 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

² CSJ SC2879-2022.

³ Artículo 1048 Código de Comercio.

todo, sin afectar el derecho de los consumidores, dejar el concepto de “*primera página*” en una amplitud absoluta.

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 insito 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. Ocorre, 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 esta 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° 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 la 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 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: 8D19958C4594AD53882BA501100356467795B131EF332A6F9DDDFDF54A4DD1E7B

Documento generado en 2023-09-21