



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

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC371-2023

Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-02558-01

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

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

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por la llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A., frente a la sentencia de 28 de marzo de 2022, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por Cine Colombia S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La actora pidió declarar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones derivadas del contrato de encargo fiduciario n.º 0001100010251, en especial, las surgidas de su otrosí n.º 1, alusivas al manejo y reintegro de

los recursos entregados para tal fin, de los cuales la demandada solo devolvió una parte.

Consecuencialmente, solicitó que se condene a la fiduciaria a restituir los demás dineros que transfirió al proyecto inmobiliario “Centro Comercial Marcas Mall”, esto es, la suma de \$1.232´027.050, con los rendimientos causados desde el 15 de abril de 2014 hasta la fecha en que debieron reintegrarse, junto con los intereses de mora liquidados hasta la data del pago.

2. Fundamento fáctico.

2.1. Cine Colombia S.A.S. se vinculó al proyecto “Centro Comercial Marcas Mall”, que se construiría en la ciudad de Cali, para cuyo desarrollo la promotora Urbo Colombia S.A.S. (quien luego cedió su posición contractual a Marcas Mall Cali S.A.S.) celebró con la demandada el «*Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 Marcas Mall*».

2.2. En tal virtud, la reclamante suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010251 de fecha 11 de abril de 2014, con el propósito de adquirir con posterioridad el futuro local comercial 3-047.

2.3. En el referido encargo individual se estableció que la demandada tenía a su cargo administrar los dineros entregados (esto es, la suma de \$1.982´027.050), hasta tanto se acreditaran y verificaran los requisitos establecidos para

la transferencia de recursos al promotor, momento en el que la fiduciaria debía poner a órdenes de aquél las sumas depositadas, lo cual debía suceder, a más tardar, el 31 de agosto de 2014.

2.4. Los requisitos para efectuar el desembolso fueron determinados en la cláusula primera del encargo fiduciario individual, que reprodujo las condiciones del principal, en los siguientes términos:

- «1. Constancia de la radicación del Permiso de Ventas para cada etapa del proyecto, si es del caso;*
- 2. Licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto;*
- 3. Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto;*
- 4. Haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los inversionistas del proyecto que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto;*
- 5. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto;*
- 6. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el interventor del proyecto y por el promotor;*
- 7. Que los encargos fiduciarios de los inversionistas cuenten en suma con saldos equivalentes al quince por ciento (15%) del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas;*
- 8. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria».*

2.5. Sin embargo, vencida la fecha establecida para tal fin, las condiciones de transferencia de recursos no se

cumplieron, y, en lugar de devolver los dineros, la fiduciaria omitió el deber de restitución contractualmente previsto. Aun cuando se acordó ampliar el plazo hasta el 15 de septiembre de esa calenda, vencido ese segundo término tampoco se dio el cumplimiento de las referidas condiciones.

2.6. En el mes de mayo de 2017, Cine Colombia pidió a la fiduciaria un «reembolso parcial» de los recursos aportados, y en atención a dicha solicitud, la demandada le reintegró la suma de \$750´000.000.

2.7. «Bajo el entendido de que los recursos aportados (...) no habían sido desembolsados a favor del Promotor y de que Acción había desembolsado a favor de Cine Colombia la suma de \$750.000.000 M/Cte. con cargo al Encargo Marcas Mall», el día 15 de junio de 2017 se suscribió el otrosí No. 1 al encargo individual celebrado entre Cine Colombia y Acción Sociedad Fiduciaria, mediante el cual se estableció el día 30 de noviembre como fecha de cumplimiento de nuevas condiciones de reinicio del proyecto y que debían verificarse antes de transferir los recursos al promotor.

2.8. En la cláusula octava del citado otrosí No. 1, se pactó la devolución de los recursos que aún se encontraban en el encargo y que, para esa época, ascendían a la suma de \$1.232´027.050, reembolso que se daría «siempre que Marcas Mall no lograra acreditar las condiciones en el periodo comprendido entre julio de 2017 y noviembre de 2017». En tal virtud, si en las fechas específicamente pactadas **no** se verificaba el cumplimiento de las condiciones, la fiduciaria estaría en la obligación de

reembolsar a favor de Cine Colombia los recursos invertidos, en cuotas mensuales, así:

Fecha de verificación de cumplimiento de condiciones	Valor a reembolsar	Fecha de pago por parte de la fiduciaria
31 de julio de 2017	\$250.000.000	2 de agosto de 2017
31 de agosto de 2017	\$250.000.000	4 de septiembre de 2017
31 (sic) de septiembre de 2017	\$250.000.000	3 de octubre de 2017
31 de octubre de 2017	\$250.000.000	2 de noviembre de 2017
30 de noviembre de 2017	\$232.027.050	4 de diciembre de 2017

2.9. Respecto a la última cuota, se pactó que si para el 30 de noviembre de 2017 no se habían verificado las condiciones de reinicio -que a su vez permitirían transferir los recursos al promotor-, Cine Colombia sería informada de tal situación y podría elegir entre continuar esperando el cumplimiento o recibir el saldo de los recursos invertidos, a más tardar el día 4 de diciembre de 2017.

2.10. Cumplidas las fechas previstas, la fiduciaria no manifestó que se hubiesen verificado las referidas exigencias y tampoco devolvió los recursos en los términos contractualmente pactados a través del otrosí n.º 1, motivo por el cual Cine Colombia solicitó el reembolso de la totalidad de esos dineros (junto con los rendimientos e intereses de mora) el día 16 de febrero de 2018; sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiera honrado esa obligación.

3. Actuación procesal.

3.1. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. compareció oportunamente al proceso y formuló las excepciones denominadas «*falta de legitimación en la causa por activa*»; «*Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable*»; «*falta de legitimación en la causa por pasiva*» y «*excepción genérica*».

Sostuvo, en síntesis, que los recursos cuya devolución se pretende fueron transferidos al promotor de conformidad con lo pactado contractualmente en el mes de noviembre del año 2014; que no existe daño indemnizable, pues este no provendría de «*acción u omisión de aquella*», ni nexo causal entre su conducta y la pérdida alegada, en tanto la fiduciaria no tenía el deber de verificar el cumplimiento de los requisitos de desembolso de las sumas invertidas, siendo ello responsabilidad exclusiva del promotor.

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

3.3. Enterada de su vinculación, la aseguradora excepcionó, frente a las pretensiones de la actora, la inexistencia de responsabilidad y falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiduciaria convocada. Respecto al llamamiento en garantía, propuso como medios de defensa: «*ausencia de cobertura –inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*»; «*ausencia de cobertura de la póliza Sección III de Responsabilidad Civil Profesional de la Póliza 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»; «erosión de la suma asegurada e improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional»; «aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la Sección III de responsabilidad civil profesional» y «excepción genérica».

Al respecto, añadió que, *«si en el transcurso de este proceso o de otro que tenga origen en los mismos hechos o hechos similares que involucre a la aseguradora, se llegasen a acreditar algunos de que (sic) los presuntos actos profesionales incorrectos que se le imputan a la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. tuvieron su origen o fuente en alguno de los supuestos antes indicados [conductas delictivas, deshonestas, etc.; violación a la ley o fraude], debe tenerse en cuenta que la presente póliza, bajo ninguna circunstancia, podrá ser afectada».*

3.4. El 24 de septiembre de 2020, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró no probadas las excepciones esgrimidas, y, tras encontrar acreditado el incumplimiento grave de las obligaciones de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ordenó el pago a Cine Colombia S.A.S. de la suma adeudada (\$1.232.027.050) con sus rendimientos.

De otro lado, estimó las defensas de la aseguradora llamada en garantía, relacionadas con la ausencia de cobertura de la póliza 1000099, por encontrar probados los supuestos que configuraban la exclusión 3.7 alegada.

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

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 28 de marzo de 2022, el *ad quem* revocó el ordinal cuarto de la sentencia del *a quo*, para, en su lugar, declarar no probadas las excepciones propuestas por SBS Seguros de Colombia S.A. y, en consecuencia, la condenó al pago de las sumas impuestas a cargo de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en virtud de la póliza de responsabilidad civil profesional contratada, teniendo en cuenta el límite del amparo y el deducible acordado. Confirmó en lo demás, con los siguientes fundamentos:

(i) El debate se suscitó en torno al incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas del encargo fiduciario individual n.º 1100010251 de 11 de abril de 2014, en cuya última modificación –otrosí n.º 1 de 15 de junio de 2017– se estableció que «*cada una de las obligaciones de desembolso o liberación de recursos a favor del inversionista figuran expresamente a cargo de la “fiduciaria”, sin ninguna referencia a que ésta actúe como vocera del patrimonio autónomo MR-799 Marcas Mall*», por lo que, en modo alguno, podía entenderse que los dineros ya habían sido transferidos al fideicomiso o que estaban en poder de los promotores.

(ii) Es asunto pacífico que el monto de los recursos que debían ser reintegrados nunca fue restituido, «*so pretexto de que no contaba con los recursos para tal fin, toda vez que según su propio dicho (...) esos recursos habían sido transferidos a los promotores mediante acta de 4 de noviembre de 2014, por haberse verificado las condiciones del punto de equilibrio del proyecto*».

(iii) De igual forma, quedó fuera de discusión que la reclamante no tuvo conocimiento sobre esa transferencia de recursos y que fue la fiduciaria la que asumió la obligación contractual de devolver los dineros invertidos. En tal virtud, la demandada se encuentra legitimada en la causa porque es a ella a quien se le reprocha el incumplimiento de sus obligaciones y lo que se reclama es que devuelva el dinero que debía tener bajo su administración con base en el encargo fiduciario individual y su respectivo otrosí.

(iv) En ese orden, caen en el vacío los alegatos de la fiduciaria relacionados con que «*son otros los que deben responder*», que no hay perjuicio en tanto los dineros están en el patrimonio autónomo, que no hay nexo causal y que su gestión como mera intermediaria se cumplió sin detrimento para la actora, toda vez que el contenido del encargo individual y de su otrosí es fuente de responsabilidad, pues la convocada no cumplió con la obligación de devolver los recursos invertidos en cinco cuotas con fechas ciertas, bajo el supuesto de que era dinero que la fiduciaria tenía bajo su custodia.

(v) En lo concerniente a las inconformidades respecto de la llamada en garantía, el *ad quem* anotó que le asiste razón a la apelante en cuanto a «*la ineficacia de la exclusión del seguro, en primer lugar, porque esa salvedad no figura en la carátula de la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, y en segundo lugar, visto que los elementos de juicio tampoco permiten considerarla acreditada*», toda vez que la estipulación no se encuentra en la primera página de la póliza ni en caracteres destacados, sino que aparece en el folio sexto de las condiciones generales, en un documento distinto de la póliza, en desconocimiento de los preceptos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184-2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(vi) Finalmente sostuvo que, si en gracia de discusión no se aceptara la ineficacia de la exclusión, en todo caso no se acreditó su configuración, porque: «*(i) la conducta delictiva, criminal, deshonesta, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado, o por cualquier violación de una ley, que justificaría la exclusión, se condiciona a que sea así calificada mediante sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por autoridad competente, como tiene que ser, por cierto, en un Estado de Derecho, prueba que no fue aportada al proceso, y (ii) tampoco fue admitida en ese sentido por la demandante*».

DEMANDA DE CASACIÓN

SBS Seguros Colombia S.A. presentó demanda de sustentación del remedio extraordinario formulando seis cargos, al amparo de las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta que los cargos primero, tercero, cuarto y quinto tienen vocación de prosperidad, se emprenderá su estudio con prescindencia de los demás. Se analizarán en primer lugar las tres últimas censuras, las cuales serán despachadas de manera conjunta conforme lo dispone el artículo 344, par. 2, *ibidem*, pues si bien los ataques se enfilan por vías distintas (directa e indirecta), comparten un núcleo argumentativo similar y denuncian la vulneración de las mismas disposiciones, lo que amerita un razonamiento común. Acto seguido, se analizará el primer ataque de manera individual.

Si bien la convocada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. también presentó demanda de casación, la misma fue inadmitida por la Sala, motivo por el cual la decisión de segunda instancia que tuvo por acreditado el incumplimiento contractual y la consecuente responsabilidad de la fiduciaria se hallan fuera de discusión.

CARGO TERCERO

Con base en la causal primera de casación, denunció la infracción directa del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (canon 44 de la Ley 45 de 1990), por interpretación errónea en tanto que se declaró la ineficacia de una exclusión que fue pactada de acuerdo con el ordenamiento jurídico y que, de haberse tenido en cuenta, hubiere dado lugar a la exoneración de la condena proferida contra la aseguradora.

Sostuvo que «el artículo 184 del EOSF establece en el literal c) del numeral 2 que los amparos y exclusiones deben estar en la primera página **de la póliza** (entendida esta como clausulado o condicionado general), sin que signifique ello, en modo alguno, que deba estar en la primera página de la carátula como lo afirma el Ad Quem de manera errada. Nótese que la Circular Básica Jurídica CE 29 de 2014, es clara al indicar que por póliza al tenor del art. 184 debe entenderse clausulado o condicionado general y que, por consiguiente, en la carátula de la misma no deben ir amparos y exclusiones, sino únicamente las declaraciones previstas en el art. 1047 del C. de Co. y la advertencia al cliente de que la mora en el pago de la prima generará la terminación automática del contrato de seguro en los términos dispuestos por los artículos 1068 y 1152 del C. de Co».

Sumado a ello, la Corte unificó la jurisprudencia en relación con la validez de las exclusiones y la correcta aplicación del artículo 184 del EOSF a través de la sentencia SC2879-2022, 27 sep., en virtud de la cual aquellas deben constar a partir de la primera página de la póliza, no en la carátula. En tal virtud, «si el juez de segunda instancia hubiese interpretado armónica y correctamente el artículo 184 del EOSF, hubiera declarado válida la exclusión dispuesta en el numeral 3.7 de la sección III de la póliza de responsabilidad civil profesional, porque en esta se establecen amparos y exclusiones de manera continua a partir de la primera página, estando la exclusión en comento en la página seis (6) a continuación, con total transparencia y claridad, de la descripción y enunciación de todos los amparos o coberturas otorgados por el contrato».

Concluyó que, si la norma se hubiera interpretado adecuadamente, no se habría declarado la ineficacia de la

exclusión 3.7 de la póliza de responsabilidad profesional y se habría mantenido la exoneración de la aseguradora.

CARGO CUARTO

También por la causal primera, denunció la indebida aplicación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, específicamente, respecto de la sanción de ineficacia, dado que aquella procede cuando los amparos y exclusiones no están establecidos conforme al ordenamiento jurídico, situación que no se presenta en este caso.

Señaló que el colegiado aplicó la sanción consagrada en la norma en un escenario en el que no era procedente, ya que: *(i)* crea un presupuesto que no está previsto en la disposición, en tanto que las exclusiones no deben estar en la carátula de la póliza; por lo que soslaya que *(ii)* la sanción aplica únicamente cuando las exclusiones no atienden lo exigido en la referida disposición.

En ese sentido, al considerar el Tribunal que la sanción de ineficacia procede cuando las exclusiones no se encuentran en la carátula de la póliza, vulneró la norma denunciada, puesto que, conforme a ella, dicha sanción *«recae únicamente sobre las exclusiones que **no** se incluyan de manera continua a partir de la primera página de las Condiciones Generales aplicables al contrato de seguro (nunca de la carátula como se lo inventó el Tribunal) en caracteres destacados, por lo tanto, siendo que la póliza analizada por el Juez de Segunda Instancia reúne todas las características exigidas, la sanción dispuesta por el artículo 184 del*

EOSF no era aplicable a la exclusión 3.7. consignada en su clausulado general por SBS».

La aplicación indebida de la norma conllevó la condena de la llamada en garantía, quien de otro modo no habría sido condenada en virtud de la declaratoria de ineficacia de una exclusión contractual pactada con plena observancia del ordenamiento jurídico.

CARGO QUINTO

Con base en el segundo motivo del artículo 336 del Código General del Proceso, denunció la vulneración indirecta del artículo 184 *ib.*, por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de la póliza expedida por la aseguradora.

Ello por cuanto la declaratoria de ineficacia de la exclusión 3.7 de la sección III de responsabilidad civil profesional desconoce *«el acervo probatorio consistente en la documental contentiva de la póliza (carátula y clausulado general); el conocimiento efectivo que del clausulado general y de las exclusiones allí consignadas tenía [la fiduciaria] como entidad vigilada por la [Superintendencia] y la existencia de un intermediario de seguros en la relación entre la Fiduciaria y SBS, y en tal sentido la conclusión a la que arriba el Tribunal termina siendo una aplicación indebida de la sanción dispuesta en el artículo 184 del EOSF motivada por un error de hecho en la valoración de las pruebas arrimadas al proceso».*

El juzgador omitió analizar la prueba documental correspondiente a la póliza 1000099 en su Sección III de

Responsabilidad Civil Profesional, pues su contenido material muestra cómo las coberturas y exclusiones se consagraron a partir de la primera página del clausulado general, en forma continua e ininterrumpida, en cumplimiento del artículo 184 EOSF y de la Circular Básica Jurídica 29 de 2014 de la Superintendencia Financiera, sin embargo, el *ad quem* señaló que la exclusión era ineficaz porque no se encontraba consignada en la primera página o en la carátula de la póliza.

Teniendo en cuenta que, tal como lo ha establecido la Superintendencia, la exclusión debe figurar en la póliza entendiendo por ésta el clausulado general, si el Tribunal hubiese analizado correctamente la documental habría encontrado que la exclusión debatida se encontraba consignada conforme lo exige el ordenamiento, pues las coberturas y exclusiones están consagradas de forma continua e ininterrumpida a partir de la primera página de la póliza, no en la carátula, como lo exigió el colegiado.

CONSIDERACIONES

1. Aclaración preliminar.

Mediante sentencia SC2879-2022, 27 sep., la Sala analizó a profundidad el carácter sustancial del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y su adecuada interpretación, unificando la jurisprudencia de la Corte en torno a la inclusión de las coberturas y exclusiones en la

póliza de seguros y específicamente, en cuanto a su ubicación espacial.

Así mismo, se analizó en detalle el contenido del contrato de seguro **1000099**, celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria y SBS Seguros Colombia, en virtud del cual la convocada llamó en garantía a la aseguradora con el fin de que cubriera el monto de las condenas impuestas al interior de la acción de protección del consumidor financiero promovida con ocasión de lo acontecido en el proyecto inmobiliario Marcas Mall.

Las consideraciones relacionadas con el linaje sustancial del artículo 184 EOSF, con su aplicación y correcta interpretación, así como las referidas a la consagración de las exclusiones y su ubicación espacial en las pólizas de seguro fueron posteriormente reiterados por la Corte en las sentencias SC098-2023, 16 may., SC107-2023, 18 may., y SC276-2023, 14 ago.; decisiones uniformes que, actualmente, constituyen doctrina probable de la Corporación.

Debe resaltarse que el contrato de seguro **1000099**, en virtud del cual Acción Sociedad Fiduciaria llamó en garantía a la compañía aseguradora es el mismo que la Corte valoró en las citadas sentencias, de modo que los supuestos fácticos y jurídicos respecto a la interpretación y la ubicación de la exclusión 3.7 de la póliza de responsabilidad civil profesional, son idénticos a los que rodean el caso que hoy ocupa la atención de la Sala.

En tal virtud, deberá tenerse en cuenta lo consignado en la sentencia SC2879-2022, 27 sep. y las posteriores respecto al contrato de seguro, la asunción y delimitación de riesgos, la eficacia de las exclusiones contractuales, la unificación jurisprudencial respecto a su ubicación espacial en la póliza de seguros y el análisis de la específica póliza 1000099 que vinculó a la demandada y a la llamada en garantía.

2. Análisis de los cargos.

2.1. La casacionista censura la sentencia del colegiado por haber errado en la interpretación del artículo 184 ESOF, por aplicar indebidamente la sanción de ineficacia en el contenida y por apreciar incorrectamente la póliza de seguro en cuestión. Los ataques contienen un núcleo argumentativo común, a saber, que el *ad quem* consideró que la exclusión alegada debía figurar en la carátula de la póliza o en su primera página, en contravía de lo establecido en la referida norma y del precedente de la Corporación.

Sostuvo el colegiado que la exclusión 3.7 era ineficaz porque *«esa salvedad no figura en la carátula de la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras»*, señalando más adelante que *«la estipulación no se halla en la primera página, no está en caracteres destacados ni a continuación de la primera página de modo consecutivo, sino en el folio 6 de las condiciones generales, vale decir, muy separada de esa primera página, pero además en documento distinto de la póliza propiamente dicha, en contravía del artículo 44 de la ley 45 de 1990, el cual estableció de modo coruscante que las pólizas deben tener unas exigencias, entre esas: “3°.*

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

Esto significa que las razones que llevaron al colegiado a declarar la ineficacia de la exclusión consisten en que aquella no se encontraba consagrada en la carátula de la póliza o en su primera página, y que sólo vino a consignarse en la sexta página de las condiciones generales, que el *ad quem* entiende como un documento distinto de la póliza «*propriamente dicha*».

2.2. Para resolver el ataque, debe recordarse lo que señalara la Corte en sentencia SC2879-2022, 27 sep. respecto del contrato de seguro 1000099 que vinculó a la demandada y a la llamada en garantía, consideraciones que por su pertinencia se transcriben *in extenso* y que, al haber sido reiteradas posteriormente por la Sala, constituyen doctrina probable:

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

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

amparos diferentes, constan los clausulados generales de cada uno de ellos.

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

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

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

*En ese sentido, **se evidencia que el documento denominado «Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras» establece a partir de la primera página el objeto de las coberturas (numeral 1), las coberturas adicionales (numeral 2) y las exclusiones (numeral 3), consagrando para el amparo particular un***

total de 23 exclusiones, todas ellas consignadas en forma continua y en caracteres destacados.

(...)

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

2.3. Estas consideraciones hacen patente el yerro en el que incurrió el juzgador, puesto que, por un lado, consideró que las exclusiones debían ubicarse en la carátula o en la primera página de la póliza, tratando indistintamente dos piezas contractuales que, como explica el precedente, son ciertamente diferentes; y por el otro, porque desconoció que la exigencia consiste en que tales exclusiones se encuentren consagradas de forma continua e ininterrumpida *a partir* de la primera página de la póliza, entendida ella como el clausulado general del amparo contratado.

En tal virtud, al exigir que la exclusión alegada figure en la carátula o en la primera página, el *ad quem* incurrió en el yerro denunciado, ya que la adecuada hermenéutica del artículo 184 EOSF -en armonía con la Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera y el precedente de

unificación- impone concluir que las exclusiones del seguro deben estar incluidas en forma continua e ininterrumpida *a partir* de la primera página de la póliza. En consecuencia, el juzgador de segundo grado ciertamente infringió en forma directa el referido canon por interpretación errónea, lo que a su vez conllevó la indebida aplicación de la sanción contemplada en su numeral 2, literal c, pues declaró ineficaz una exclusión que se encontraba consagrada conforme lo exige el ordenamiento.

2.4. Respecto a la vulneración indirecta denunciada, es patente el yerro en la apreciación de la póliza 1000099, porque, a juicio del *ad quem*, su clausulado -en cuya sexta hoja encontró ubicada la exclusión-, era «*distinto de la póliza propiamente dicha*», cuando el documento denominado “Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras” responde a uno de los tres amparos contratados por la fiduciaria y contiene su específico clausulado general, en el que se encuentran consagradas las coberturas, las coberturas adicionales y las exclusiones, las cuales se ubican en forma continua e ininterrumpida y en caracteres destacados (mayúsculas) a partir de la primera página de ese documento que no es otro que la específica póliza de responsabilidad civil contratada.

De esta manera, erró el colegiado al apreciar la prueba documental y concluir que el clausulado general en el que se ubicaban las coberturas y exclusiones era un documento **diferente** a la póliza propiamente dicha, con lo cual desconoció la independencia de los distintos amparos

pactados y la especificidad de la póliza de responsabilidad civil profesional, en donde se encuentra consagrada la exclusión 3.7 conforme a las exigencias legales.

2.5. Estos errores son trascendentes debido a que marcaron el rumbo de la decisión del *ad quem* frente a las excepciones planteadas por la aseguradora y conllevaron la declaratoria de ineficacia de la exclusión alegada, condenando a la llamada en garantía a cubrir el monto de la condena impuesta a la fiduciaria, por lo que se impone el quiebre parcial del fallo confutado respecto de esa específica decisión.

CARGO PRIMERO

Fincándose en el segundo motivo de casación, la aseguradora acusó al fallo del *ad quem* de haber vulnerado en forma indirecta el artículo 1055 del Código de Comercio, por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación (i) de la declaración de la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria y (ii) de la denuncia penal contra Álvaro José Salazar, representante legal de la demandada.

Esto, teniendo en cuenta que, aun cuando el Tribunal confirmó la condena de primer grado y no modificó el título de imputación de dolo, de manera contradictoria concluyó que no había prueba de los hechos fraudulentos que configuraban la exclusión alegada, pretermitiendo (i) la declaración de la representante legal de la pasiva, quien confesó que el señor Álvaro José Salazar cometió actos

fraudulentos; (ii) la denuncia penal contra el citado exfuncionario, por hechos relacionados con el proyecto en cuestión; y (iii) la reclamación de la demandada ante la aseguradora, con miras a afectar la Sección I de la póliza sobre la infidelidad de los empleados, «*donde reconoce los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron en la ciudad de Cali y que fueron principalmente cometidos por el representante legal de dicha sucursal del señor Álvaro José Salazar*».

A pesar del contenido material de tales medios de convicción, el juzgador concluyó que no existía aceptación de la fiduciaria de los actos deshonestos cometidos por su gerente de la oficina de Cali, en contravía del acervo probatorio que demuestra claramente el actuar fraudulento de dicho funcionario, reconocido por la demandada al elevar denuncia contra aquél, al reclamar indemnización bajo el amparo de infidelidad y al confesar la comisión de tales conductas en el interrogatorio de su representante legal; reconocimiento que configuraba el supuesto de hecho consagrado en la exclusión 3.7.

CONSIDERACIONES

1. Aclaración preliminar.

En las sentencias SC2879-2022, 27 sep., SC107-2023, 18 may., y SC276-2023, 14 ago.; la Sala analizó a profundidad la configuración de la exclusión 3.7 incluida en la póliza de responsabilidad civil profesional que vinculó a Acción Sociedad Fiduciaria y a SBS Seguros.

Tratándose exactamente de la misma póliza sobre la que ahora recae la atención de la Corte y habiendo identidad en los hechos debatidos, debe recordarse que en esos casos se encontró *(i)* que la exclusión era eficaz, debido a que se ubicaba en la sexta página de la póliza, en la cual las coberturas y exclusiones se encontraban consignadas a partir de la primera página, en forma destacada, continua e ininterrumpida; y *(ii)* que la reclamación se basaba en una situación que fue consecuencia de los actos deshonestos o fraudulentos del representante legal de la fiduciaria y que fueran reconocidos por ésta.

Valga recordar también que en los casos que dieron origen a las referidas sentencias y en el que ahora se estudia, la reclamación de la fiduciaria se elevó en virtud de los procesos judiciales en los que se discutía su responsabilidad por incumplimiento contractual de los encargos fiduciarios individuales suscritos con sendos inversionistas con el ánimo de vincularse al proyecto inmobiliario Marcas Mall, y en los cuales se incluía la expresa instrucción de entregar al promotor los recursos aportados sí, y sólo sí se cumplían y verificaban las condiciones de transferencia contractualmente pactadas para ello.

Pese a lo anterior, se demostró que la fiduciaria transfirió los dineros de los inversionistas sin que estuvieran cumplidos los requisitos que la habilitaban para hacerlo, desembolso que se hizo con base en el acta suscrita el 4 de noviembre de 2014 por el representante legal de la entidad, en la que se consignó información falsa respecto del

cumplimiento de algunas de esas exigencias y que habilitó la irregular transferencia de los recursos entregados en administración.

Pues bien, superada la discusión respecto a la eficacia de la exclusión 3.7., se debe analizar si efectivamente el juzgador incurrió en un error de hecho en la apreciación de las pruebas, en virtud del cual encontró que las conductas deshonestas o fraudulentas no habían sido admitidas por la fiduciaria demandada.

2. Análisis del cargo.

2.1. A decir de la aseguradora, la reclamación elevada por Acción Sociedad Fiduciaria no podía ser atendida debido a que la póliza 1000099, en su amparo de responsabilidad civil profesional, consagraba una exclusión que limitaba el riesgo asegurable, en los siguientes términos:

«3. EXCLUSIONES.

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

*3.7. CUALQUIER **RECLAMO** BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTE, 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».*

2.2. El Tribunal consideró que aquella era ineficaz, y sostuvo que, si en gracia de discusión no lo fuera, los supuestos contemplados en la exclusión 3.7 no se encontraban acreditados, toda vez que las conductas descritas no habían sido admitidas por la fiduciaria convocada. A juicio del *ad quem*, aunque la representante legal admitió en su interrogatorio que el acta del 4 de noviembre de 2014 contenía información falsa, aclaró que la denuncia penal elevada contra el gerente de la oficina de Cali no estuvo relacionada con esos hechos, sino con el llamado jineteo de dineros de otros negocios fiduciarios que ingresaron al fideicomiso Marcas Mall.

Sostuvo el colegiado:

«sobre la indebida transferencia de recursos de propiedad de Cine Colombia desde el encargo fiduciario individual al fideicomiso Marcas Mall, puede verse que no hay una decisión judicial ni aceptación expresa de la demandada de haber correspondido a un acto delictual. Por el contrario, la fiduciaria reiteradamente ha justificado y defendido ese acto, ha explicado que no fue indebida o ilegal la entrega de recursos, porque consideraba que era el momento apropiado y se cumplían los requisitos, eso al margen de que en el contexto del contrato de fiducia mercantil que, repítese, es distinto al encargo fiduciario aquí enjuiciado, se hubieran podido presentar conductas posiblemente reprochables que, además, no está acreditado que hubiesen errores interpretativos de real mala fe. Por consiguiente, al no haber unión entre conductas de indiscutible linaje delictual y los hechos que generan el amparo por responsabilidad profesional, la exclusión no es aplicable».

2.3. La casacionista afirma que el Tribunal incurrió en un error de hecho en la apreciación del interrogatorio de parte de la representante legal de la fiduciaria y de la denuncia penal elevada por la misma entidad en contra de Álvaro José Salazar, gerente de la oficina de Cali, cuyos actos

fraudulentos afectaron varios negocios, entre ellos el de Marcas Mall.

2.4. Ciertamente, el contenido material de dichos medios de convicción muestra que los actos que dieron origen a la reclamación son consecuencia de las actuaciones deshonestas o fraudulentas del señor Álvaro José Salazar, quien suscribió el acta de 4 de noviembre de 2014, que contenía **información falsa** y con la cual se certificó que se encontraban cumplidos los requisitos de transferencia de recursos pactados con los inversionistas, cuando en realidad no lo estaban.

Además, las pruebas que a decir del casacionista fueron pretermitidas muestran cómo la fiduciaria demandada reconoció la existencia de esos actos deshonestos o fraudulentos ante el *a quo*, ante la justicia penal y ante la misma aseguradora, cuando afectó el amparo de infidelidad, como pasa a explicarse.

2.5. En el interrogatorio de parte de la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria, rendido bajo la gravedad de juramento en audiencia de fecha 21 de julio de 2020, se informó que la totalidad de los recursos entregados por Cine Colombia habían sido transferidos al promotor del proyecto el día 7 de noviembre de 2014, toda vez que el día 4 anterior se había firmado el acta de verificación de cumplimiento de requisitos, que habilitaba el desembolso de tales dineros.

Afirmó la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria en su interrogatorio (minuto 2:11:00 en adelante):

«[Se le pone de presente el acta de 4 de noviembre de 2014:]

PREGUNTA: ¿Puede indicar al despacho como es cierto sí o no, respecto de las condiciones de transferencia que están poniéndose de presente, que esta acta tiene información falsa, y en caso de ser así puede indicarnos cuál es la información falsa que contiene?

RESPONDE: Si, el documento tiene una información que no concuerda de acuerdo a la fecha de suscripción, y es que el folio de matrícula tiene registrada la transferencia solo hasta el 1 de diciembre, no para el 4 de noviembre que es la fecha de este documento, del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto, y la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor si es del caso, suscrita por la revisora fiscal, tiene una fecha posterior, ahí se indica que es del 4 de noviembre de 2014 pero el documento es del 11 o del 12 de noviembre.

PREGUNTA: ¿Puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que la existencia de información falsa en el presente documento es considerada por Acción Sociedad Fiduciaria como un actuar fraudulento?

RESPONDE: Si hay información falsa como ya lo expliqué en qué términos, pero con respecto al tema de lo fraudulento no (...) eso no hace parte de la denuncia penal (...). Sí, hay información falsa en el acta, ahora, que la fiduciaria la considere fraudulenta no, de acuerdo a lo que está en la denuncia penal no se tuvo como fraudulenta esta información.

[Después de ser **reconvenida** por el despacho para que contestara concretamente:]

PREGUNTA: La pregunta es específica: si a consideración de Acción Sociedad Fiduciaria como es cierto sí o no que la fiduciaria considera que exista información falsa en esta acta de verificación es un actuar fraudulento.

RESPONDE: Si.

[Se le pone de presente la denuncia penal elevada por la demandada contra Álvaro José Salazar:]

PREGUNTA: ¿Puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que las maniobras fraudulentas adelantadas por el señor Salazar en la oficina de Cali están relacionadas, vinculadas con el proyecto Marcas Mall?»

RESPONDE: Si, tal cual lo mencioné con ocasión a estos movimientos inusuales.

PREGUNTA: ¿Puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que dentro de las maniobras fraudulentas denunciadas por Acción Sociedad Fiduciaria está la falsificación de documentos?

RESPONDE: Si señor.

PREGUNTA: ¿Puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que dentro de las actuaciones que adelantó el señor Salazar estuvo la certificación del punto de equilibrio de conformidad con el acta a la que se ha hecho alusión?

RESPONDE: Si señor.

PREGUNTA: ¿Puede indicar al despacho como es cierto sí o no que Acción Fiduciaria presentó una reclamación por valor de 14.820'000.000 aproximadamente bajo el amparo de infidelidad correspondiente a la sección 1 de la póliza 1000099?

RESPONDE: Si.

PREGUNTA: ¿Puede indicar al despacho si Acción Sociedad Fiduciaria ha recibido alguna suma de dinero en virtud de dicha reclamación?

RESPONDE: Si, es correcto, por el valor que usted acaba de mencionar de los 14mil millones de pesos.

PREGUNTA: ¿Puede indicar al despacho como es cierto sí o no que dicha reclamación a la que hemos hecho alusión en las dos preguntas anteriores está relacionada con el actuar fraudulento del señor Álvaro José Salazar Romero al interior de la oficina de Cali?

RESPONDE: Si señor».

Nótese como la admisión de la representante legal de las conductas deshonestas o fraudulentas que antecedieron el incumplimiento contractual determinado por la transferencia de recursos sin estar cumplidos los requisitos pactados para ello, fue expresa. Respecto al alcance del vocablo *admitir* contenido en la exclusión 3.7, el precedente de la Corte indica que «según el sentido natural y obvio de la palabra, dentro del contexto de la cláusula, significa **aceptar la ocurrencia de los hechos**, sin imbricar coparticipación o encubrimiento» (SC107-2023, 18 may.), y que «admitir no significa tolerar, prohijar, favorecer o avalar tales conductas incorrectas, simboliza simplemente **reconocer su existencia**» (SC2879-2022, 27 sep.).

Pues bien, la admisión de la fiduciaria se desprende objetivamente de la referida declaración bajo juramento, en el cual la representante legal reconoció *(i)* que el acta de 4 de noviembre de 2014, firmada por el gerente de la oficina de Cali y con base en la cual se transfirieron los recursos, contiene información falsa respecto al cumplimiento de dos de los requisitos de desembolso; *(ii)* que para la fiduciaria, la existencia de esa información falsa en el acta de verificación constituye un actuar fraudulento; *(iii)* que las maniobras fraudulentas del gerente están relacionadas con el proyecto Marcas Mall; *(iv)* que dentro de tales maniobras, denunciadas penalmente, se encuentra la falsificación de documentos; y *(v)* que dentro de las actuaciones llevadas a cabo por el gerente de la oficina estuvo la certificación del punto de equilibrio de conformidad con el acta de 4 de noviembre de 2014.

2.6. Respecto de la denuncia penal que obra en el expediente¹ y a la que se hizo referencia en el interrogatorio de parte, debe decirse que aquella contiene también el reconocimiento de conductas fraudulentas relacionadas con el manejo del proyecto inmobiliario Marcas Mall. A través de aquella noticia criminal, la fiduciaria reconoció el actuar ilícito de su representante legal Álvaro José Salazar, a quien denunció por los delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, obstrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y estafa;

¹ Derivado 050, folio 14 digital, cuaderno de primera instancia.

estando las conductas relacionadas con varios negocios inmobiliarios, entre ellos el del proyecto Marcas Mall.

En la denuncia, la fiduciaria describió cómo su representante legal actuó en contra de las instrucciones de administración del fideicomiso Marcas Mall:

«Este fideicomiso tiene unas funciones específicas que se han desarrollado a través de los tres documentos que se anexan a la presente denuncia, donde efectivamente se dan INSTRUCCIONES CLARAS Y PRECISAS sobre la forma como ACCION FIDUCIARIA debe administrar el encargo fiduciario (...) no se advierte que exista instrucciones para realizar TRASLADOS DE DINERO a través de transferencias electrónicas a NINGUN OTRO FIDEICOMISO, máximo cuando se trata de un Encargo Fiduciario cuyo objetivo es la Administración de Recursos para desarrollar un proyecto inmobiliario. Como se especificó anteriormente, lo que se hace es como se ha evidenciado hace una especie de CARRUSEL de traslados de un fideicomiso a otro para darle apariencia de liquidez con ingresos INUSUALES de dinero a través de transferencias, al igual que pagos a terceros que no tienen absolutamente nada que ver ni con el objeto del fideicomiso, ni fueron autorizados por el fideicomitente o los beneficiarios. Se observa el actuar ilícito de estas personas».

En tal virtud, la convocada denunció el traslado irregular de recursos desde y hacia el fideicomiso Marcas Mall, generando un carrusel de traslados inusuales y la existencia de pagos de dineros provenientes del referido proyecto a terceros sin relación con el objeto del fideicomiso y sin autorización del fideicomitente ni de los beneficiarios, al punto de descubrir un faltante de \$16.775´662.951 de los recursos de los inversionistas del proyecto Marcas Mall, entre los que se encuentra Cine Colombia.

2.7. Así mismo, la representante legal de la convocada reconoció en su interrogatorio que la entidad elevó

reclamación por infidelidad a causa de la conducta de Álvaro José Salazar relacionada con la administración indebida de varios fideicomisos a cargo de la oficina de Cali, entre ellos el de Marcas Mall, en virtud de lo cual recibió más de catorce mil millones de pesos como pago por parte de la aseguradora. Recuérdesse que el amparo de infidelidad protege a la institución financiera de los daños causados por los actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados, con la intención de causarle a la sociedad una pérdida o de obtener ellos mismos una ganancia indebida (SC18594-2016, 19 dic.).

2.8. Ahora bien, probada como estaba la admisión de la fiduciaria de los actos deshonestos o fraudulentos que determinaron el incumplimiento contractual hoy debatido, se patentiza el yerro del juzgador en la medida en que descartó el expreso reconocimiento de tales conductas bajo el argumento de que *(i)* la fiduciaria siempre defendió la legalidad de la transferencia de recursos, y *(ii)* que la denuncia elevada no versó sobre las falsedades vertidas en la pluricitada acta de verificación.

Respecto a lo primero, no podía el juzgador descartar la expresa admisión de la representante legal respecto a la existencia de información falsa en el acta por el hecho de que la fiduciaria hubiera defendido la legalidad de su actuación, pues ello responde a su estrategia procesal de defensa que, dicho sea de paso, fue contundentemente desvirtuada por la plena demostración del incumplimiento grave de sus obligaciones. Prohijar esa postura sería tanto como permitir

que el asegurado simplemente defienda una posición conforme a la cual sostenga que la conducta probadamente fraudulenta fue correcta, para que la exclusión no tuviera operancia, lo cual es inadmisibile.

Respecto a lo segundo, se relieva que la sola admisión realizada al interior del proceso era suficiente para entender reconocidas las conductas constitutivas de la exclusión, sin que fuera necesario exigir otros medios de prueba o acudir a otras consideraciones, como que la denuncia penal no versó sobre la específica irregularidad ocurrida con el acta de verificación.

2.9. Si bien la simple admisión de la conducta fraudulenta (consistente en la suscripción del acta contentiva de información falsa) por parte de la fiduciaria en el interrogatorio de su representante es suficiente para que se configure la situación prevista en el literal b) de la exclusión, debe decirse que también incurrió en error el colegiado al concluir que los hechos denunciados penalmente no guardan relación con lo ocurrido en este caso.

El documento contentivo de la referida denuncia pone en evidencia la absoluta vinculación entre las conductas deshonestas que dieron origen a la declaratoria de responsabilidad en este asunto y la administración fraudulenta de los negocios fiduciarios relacionados con el proyecto Marcas Mall.

Y es que, como lo analizó la Corte en sentencia SC2879-2022, 27 sep., así como existió transferencia indebida de dineros desde y hacia el fideicomiso Marcas Mall, las maniobras fraudulentas de Álvaro José Salazar afectaron también los contratos de encargo fiduciario individual suscritos con los inversionistas, pues de los dineros que aquellos entregaron en administración se encontró un faltante de más de dieciséis mil millones de pesos, recursos que fueron indebidamente transferidos en virtud de la suscripción de un acta que contenía información contraria a la realidad respecto del cumplimiento de condiciones, falsedad que permitió el desembolso irregular de los dineros confiados por los consumidores.

2.10. Nótese además que el *ad quem* confirmó en su integridad la decisión de primer grado, que fundó la declaratoria de responsabilidad de la fiduciaria demandada en el hecho probado de que el incumplimiento contractual fue causado por la administración indebida que el representante legal de la oficina de Cali dio al negocio inmobiliario Marcas Mall, cuyas maniobras deshonestas o fraudulentas incluyeron la suscripción del acta de 4 de noviembre de 2014, contentiva de información falsa, que habilitó la indebida transferencia de los recursos de los inversionistas.

Para el *a quo*, «este actuar ilícito del representante legal Álvaro José Salazar se constituye en el nexo de responsabilidad del incumplimiento atribuible a Acción, materializado en forma tal que el proyecto inmobiliario fuera de imposible realización», consideración

que, siendo íntegramente acogida por el colegiado, pone en evidencia que la conducta fraudulenta de quien tuvo a su cargo la administración de los negocios fiduciarios relacionados con Marcas Mall, fue lo que determinó el incumplimiento declarado.

2.11. Así las cosas, es notorio el yerro del juzgador, pues el contenido material de los medios de convicción descarta la plausibilidad de sus conclusiones, lo cual conlleva el quiebre parcial del fallo confutado.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Control de legalidad.

Se encuentran reunidos los presupuestos procesales de la acción, así como los materiales para la sentencia de fondo estimatoria, además, no existen irregularidades que comprometan la validez de lo actuado, motivo por el cual se decidirá de fondo el presente asunto.

Respecto a los presupuestos procesales de la acción, vale recordar que constituyen condiciones estrictamente formales que permiten el ejercicio válido de aquella y la terminación del proceso con una sentencia de fondo. Como lo ha sostenido la Corte, *«constituyen los requisitos adjetivos indispensable para que pueda concretarse válidamente la acción. También para que nazca, se trabaje, se desarrolle y termine válidamente la relación jurídica procesal. Se integra por jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer, demanda en*

forma, no caducidad de la acción y solicitud de conciliación extrajudicial en derecho cuando está exigida. Su importancia radica no solo en la vigencia del debido proceso, sino en que garantiza la aptitud formal del instrumento procesal para proferir el fallo de fondo.» (CSJ SC592-2022, 25 may.)

Verificada la validez formal del mecanismo procesal, corresponde analizar la existencia de los presupuestos materiales para la sentencia de fondo estimatoria, a saber, la legitimación en la causa y el interés para obrar. La primera, alude a la absoluta coincidencia de titularidades procesales y sustanciales tanto en la parte activa como pasiva, sin perjuicio de las especificidades de la legitimación extraordinaria. Por su carácter **sustantivo**, es presupuesto material de la sentencia estimatoria y su ausencia impide la prosperidad del *petitum*, siendo su acreditación carga de parte, pues no basta con que el demandante alegue tener la titularidad del derecho que invoca, sino que es necesario que aquella sea probada en el proceso².

Por su parte, el interés para obrar se refiere al ánimo jurídico, legítimo, subjetivo, serio y actual que se tiene para pedir la actividad jurisdiccional y la tutela concreta; a la utilidad sustancial que obtiene o la lesión que sufre la parte como consecuencia de la sentencia.

Conforme al precedente, el interés para obrar debe ser «(i) **subjetivo**, pues está relacionado con la calidad de un sujeto determinado, es decir, quien tiene el móvil para demandar la tutela

² Cfr. CSJ SC592-2022, 25 may.

*jurisdiccional de sus derechos; (ii) **serio**, lo que supone realizar «un juicio de utilidad, a fin de examinar si al acceder el juez a las declaraciones pedidas se otorga un beneficio material o moral al demandante, o un perjuicio material o moral al demandado», a lo que se añade que esa seriedad la da su pertenencia a la esfera jurídica protegida por el ordenamiento (no la cuantía del reclamo); (iii) **concreto**, de modo que exista en cada evento determinado, y respecto de una relación jurídica específica; y (iv) **actual**, es decir, que subsista para el momento de concretarse la relación jurídica procesal. De no confluir los comentados requerimientos, no podría la jurisdicción pronunciarse de fondo sobre el derecho subjetivo pretendido, en tanto que “las simples expectativas o los eventuales y futuros derechos o perjuicios, que puedan llegar a existir si sucede algún hecho incierto, no otorgan interés serio y actual para su declaración judicial, puesto que no se hallan objetivamente tutelados” (CSJ SC3598-2020, 28 sep.).*

En el asunto que concita la atención de la Sala se resolverá exclusivamente lo relacionado con el **llamamiento en garantía** que Acción Sociedad Fiduciaria formuló en contra de SBS Seguros. En tal virtud, la legitimación en la causa por activa radica en la fiduciaria, quien funge como tomadora y asegurada del contrato de seguro que vinculó a las partes; mientras que en SBS Seguros se verifica la legitimación en la causa por pasiva, como quiera que, conforme al contrato, es la aseguradora la llamada a oponerse a la pretensión consistente en el pago de las condenas derivadas de la responsabilidad profesional de la fiduciaria. Ambas partes tienen interés para obrar, debido a que la procedencia o improcedencia de la reclamación que ahora se debate afecta directamente sus patrimonios, de modo que la sentencia de fondo les causará,

indefectiblemente, una utilidad o una lesión que justifica su interés para obrar en este asunto.

2. Delimitación del asunto a resolver.

Aunque la Sala encontró procedente casar la sentencia del Tribunal, lo cierto es que los efectos de esa determinación son parciales, pues solo implican el quiebre de la disposición conforme a la cual se revocó el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenó a SBS Seguros S.A. pagar las condenas proferidas en contra de Acción Sociedad Fiduciaria.

Por contraposición, las demás disposiciones del fallo apelado se tornaron inmodificables, pues la demanda de casación presentada por la demandada fue inadmitida por la Sala, con lo que la sentencia de segundo grado quedó incólume en cuanto a sus consideraciones y determinaciones respecto a la responsabilidad de la fiduciaria y su consecuente condena.

3. La sentencia del *a quo*.

Los específicos contornos de la casación parcial del fallo implican que, en sede de apelación, la Corte sólo analizará los reparos concretos de la demandada relacionados con la decisión de primer grado en virtud de la cual se denegaron sus pretensiones frente a la aseguradora llamada en garantía.

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró probada la excepción de *ausencia de cobertura* planteada por la aseguradora, conforme a la cual el riesgo no se encontraba cubierto en virtud de la exclusión contenida en el numeral 3.7 de la póliza de seguro 1000099, en la medida que se había comprobado el actuar fraudulento de la asegurada, mismo que había sido admitido por su representante legal en su interrogatorio de parte.

Al estudiar el contenido de la exclusión y contrastarlo con lo acreditado en el proceso, el *a quo* sostuvo:

«atendiendo que los hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada-asegurada, por conducto de su representante legal, como fraudulentos, como se desprende del interrogatorio de parte rendido ante esta Superintendencia, a dos horas y doce minutos, en donde se manifiesta que el acta que dio curso al traslado de los dineros para noviembre de 2014 contenía afirmaciones con connotación de fraudulenta o falsa, pregunta que fuera reiterada de forma asertiva por el representante legal (...) afirmando la situación fraudulenta de estas circunstancias en dos aspectos: que el bien donde debía desarrollarse el proyecto no estaba en cabeza de la fiduciaria cuando el acta señalaba que si lo estaba, y que existía autorización del auditor respecto a la no necesidad del crédito constructor, cuando aquel para el momento del traslado de los recursos no existía sino que tiene fecha posterior, con lo que se configura la hipótesis contenida en el literal B del numeral 3.7 precedente, ya que se acepta una de las conductas ahí establecidas por la asegurada, por lo mismo, está configurada la exclusión de la cobertura, lo que conlleva a declarar probada la excepción intitulada como ausencia de cobertura.

Sin que nada importe que de forma posterior pretendiera señalar que lo contenido en el acta eran imprecisiones (...), el vocablo imprecisión radica en una “falta de precisión”, o sea, el dicho de una persona o de su expresión que no cuenta con certeza o vaguedad (...), pero 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 (...).

Para este caso, lo que en verdad aconteció conforme incluso la denuncia presentada por la pasiva se refiere, es que el acta de verificación para el traslado de los recursos faltó a la verdad o que 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 recursos con báculo en dicho documento, 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 aquí indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido».

4. El recurso de apelación.

Acción Sociedad Fiduciaria apeló la sentencia de primer grado, y al formular sus reparos concretos³ frente a la decisión tomada respecto al llamamiento en garantía, sostuvo que interponía el recurso porque «*las consideraciones que fundamentan las condenas a favor de la demandante resultan contradictorias con aquellas que sustentan la declaración de la ocurrencia de las causales de exclusión de la póliza*», reparos que **no** fueron ampliados dentro de los tres días siguiente, como lo permite el artículo 322 del Código General del Proceso⁴.

³ Audiencia de 24 de septiembre de 2020, parte 4, minuto 00:01:35 en adelante, intervención de Juan Pablo González como apoderado de Acción Sociedad Fiduciaria.

⁴ Cfr. Memorial radicado por la demandada el día 29 de septiembre de 2020, en el que su apoderado informa: “*atentamente me permito reiterar los reparos expuestos frente a la sentencia proferida en audiencia desarrollada el 24 de septiembre de 2020, sobre los cuales versará la sustentación del recurso de apelación interpuesto y concedido por el señor Delegado, la cual formularé en la oportunidad correspondiente. Bajo tal entendido, le solicito a la Delegatura se sirva remitir el expediente para el trámite de segunda instancia*”.

Posteriormente, al sustentar ante el colegiado el recurso de alzada, precisó que las declaraciones de la representante legal en el interrogatorio de parte no constituían una confesión, puesto que la deponente simplemente señaló que tuvo conocimiento de unos hechos presuntamente fraudulentos –pues no hay decisión judicial que así lo establezca- para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes, como era su deber.

Indicó que la póliza contenía cláusulas abusivas, que ella misma era un consumidor financiero y que debido a la ubicación de la exclusión en la póliza, ella devenía ineficaz, sanción que debía aplicarse porque aquella no se encontraba en la primera página de la póliza, *«y sólo aparece en la página 6 del clausulado general»*, de modo que contraría las exigencias del artículo 184 del EOSF.

En este punto, y a pesar de las consideraciones que en sede de casación se expusieron respecto a la indiscutida eficacia de la exclusión, es indispensable señalar que los argumentos relacionados con la calidad de consumidor financiero de la fiduciaria, del carácter abusivo de las cláusulas y de la ineficacia de las exclusiones, no pueden ser tenidos en cuenta en sede de apelación en virtud de la expresa restricción que contempla el inciso final del artículo 327 del Código General del Proceso (*«el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia»*), que impide extender el estudio de la apelación a puntos que no fueron objeto de los reparos concretos.

En ese sentido, y pese a la vaguedad de los reproches formulados frente a lo decidido respecto a la exclusión, entiende la Sala que el motivo de inconformidad de la demandada consiste en que las conductas deshonestas no habían sido admitidas por su representante legal y, por lo tanto, existía una contradicción entre los motivos que sustentaron la declaratoria de ocurrencia de la causal de exclusión.

En tal virtud, el reproche que debe analizarse al desatar la apelación consiste en que lo declarado por la representante legal de la fiduciaria no constituye una confesión y que respondió a una información suministrada a las autoridades en cumplimiento de su deber de denuncia, en virtud del conocimiento de unos hechos *presuntamente* fraudulentos, respecto de los cuales no existe decisión judicial que los haya calificado como tal.

5. Análisis de los reparos.

Respecto de las conductas contempladas en la exclusión 3.7 de la póliza como limitantes de cobertura, ha dicho la Corte:

*«Refulge, en cuanto interesa al caso, que el amparo por reclamaciones por responsabilidad profesional no cobija aquellas realizadas con ocasión: (I) de conductas fraudulentas -«contraria[s] a la verdad y a la rectitud, que perjudica[n] a la persona contra quien se comete»-, malintencionadas -con «[i]ntención solapada, de ordinario maligna o picante»- o intencionales -con «[d]eterminación de la voluntad»- del asegurado; siempre y cuando (II) exista una sentencia, fallo o veredicto ejecutoriado, en que se reconozca la conducta, o sean **admitidas** por el asegurado.*

Enfatícese, no basta el fraude, malicia o intención, sino que adicionalmente corresponde a la aseguradora demostrar: (I) el proferimiento de un veredicto ejecutoriado en que se reconozca el comportamiento ilícito; o (II) la «admisión» del asegurado.

(...)

Admitir, según el sentido natural y obvio de la palabra, dentro del contexto de la cláusula, significa aceptar la ocurrencia de los hechos, sin imbricar coparticipación o encubrimiento.

Así se extrae de que en la estipulación, después de enumerar los eventos excluidos, se consagraron dos (2) alternativas, ciertamente diferentes, pero que deben servir a idéntica finalidad, pues de otra forma no se explica que se hubieran previsto como sucedáneos funcionales recíprocos.

En consecuencia, al prever que la providencia judicial pueda ser sustituida por la «admisión» del asegurado, y a la inversa, trasluce que los sujetos negociales les atribuyeron un propósito idéntico, que no puede ser uno diferente que la demostración inequívoca del fraude, malicia o intención, punto concreto en que ciertamente son equiparables.

Dicho de otra forma, la consagración de las alternativas contenidas en los literales (a) y (b), tuvo como propósito prever el mecanismo por el cual se acreditaría la conducta que acciona la exclusión, punto que comparten la sentencia ejecutoriada y la «admisión» del asegurado, de allí su asimilación dentro de la póliza de seguros en esta materia precisa». (CSJ, SC107-2023, 18 may.).

En ese sentido, debe recordarse que la configuración de la exclusión se dio porque el *a quo* encontró que, efectivamente, las conductas descritas como limitantes de responsabilidad fueron admitidas por la representante legal de la fiduciaria en su interrogatorio de parte (literal b), lo que excluye la necesidad de que se verifique también la existencia de una sentencia ejecutoriada sobre el particular (literal a).

Como se explicó a profundidad en el 2.5. *supra*, en este caso la representante legal efectivamente reconoció la existencia de una conducta al menos deshonesta o

fraudulenta en el actuar de su gerente en la oficina de Cali, pues expresamente admitió que el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014, suscrita por él, contenía información falsa respecto a la propiedad del lote sobre el cual habría de edificarse el proyecto y a la existencia de una certificación de la revisoría fiscal que indicaba que el crédito constructor no era necesario.

Nótese que las conductas descritas en la exclusión pactada podían ser de distinto tipo, a saber; delictivas, criminales, deshonestas, fraudulentas, maliciosas • intencionales; es decir, cualquiera de ellas bastaba para que operara la limitante a la cobertura. En este caso, la representante legal admitió expresamente que el haber consignado información falsa en el acta referida era considerado por la fiduciaria como una conducta fraudulenta del señor Álvaro José Salazar Romero, gerente de la oficina de Cali.

Según el certificado de existencia y representación de Acción Sociedad Fiduciaria, Laura Yasmín López García fungía como representante legal con facultades judiciales y administrativas y, por ende, tenía plena capacidad para rendir el interrogatorio de parte en el que aceptó la existencia de falsedades en el acta de verificación de requisitos que habilitó el desembolso de los recursos de los inversionistas, así como las maniobras fraudulentas del gerente de la oficina de Cali que determinaron la administración indebida del negocio fiduciario.

Habiendo rendido su declaración de forma consciente y libre en la audiencia de 21 de julio de 2020, se encuentra que sus afirmaciones versan sobre hechos respecto de los que, por su calidad, tenía o debía tener conocimiento y que evidentemente producen consecuencias jurídicas adversas a la fiduciaria. Además, se trata de hechos que no requieren ser probados por otro medio de convicción y que fueron expresamente admitidos, por lo que se cumple sin lugar a dudas con los requisitos de la confesión establecidos en el artículo 191 del estatuto procesal.

Así las cosas, ese reconocimiento expreso de la existencia de las maniobras fraudulentas que determinaron el incumplimiento contractual era suficiente para concluir que se encontraba configurada la exclusión y que, por ende, prosperaba la excepción de ausencia de cobertura propuesta por la aseguradora, como acertadamente lo declaró el *a quo*.

Adicionalmente, encuentra la Sala que la denuncia que la fiduciaria elevó en contra de su gerente Álvaro José Salazar por los delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, obstrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y estafa, también demuestra el reconocimiento de la entidad respecto a ese actuar deshonesto.

De la denuncia penal se desprende una serie de conductas del representante legal relacionadas con el negocio fiduciario Marcas Mall, que ponen de presente una

administración indebida que determinó el incumplimiento del proyecto, como lo sostuvo el *a quo* en consideraciones que llegan pacíficas a esta sede, y que admiten el siguiente compendio:

(i) Álvaro José Salazar tenía su firma estampada en la *tarjeta de firmas* del fideicomiso Marcas Mall en forma irregular, lo que le permitió disponer de los dineros de los inversionistas, realizando retiros y abonos no autorizados y sin ninguna relación con el objeto contractual, lo que la misma fiduciaria calificó en su denuncia como *un ardid para cometer otros delitos*; (ii) dentro de los giros irregulares realizados por el representante legal se encontró el traslado de más de dos mil millones de pesos del fideicomiso Marcas Mall al fideicomiso de la sociedad Inversiones 88 S.A.S., cuya accionista era su progenitora; (iii) Salazar convino la modificación del contrato de fiducia para incluir la posibilidad de expedir certificados de garantía con cargo a bienes fideicomitados, con lo cual desnaturalizó los fines del contrato y permitió que el patrimonio autónomo de Marcas Mall garantizara obligaciones de terceros totalmente ajenos al negocio; (iv) los ingresos y egresos irregulares generaron como resultado que, para la fecha en que la fiduciaria denunció a su representante legal (2 de abril de 2018), el fideicomiso Marcas Mall tuviera un faltante de \$16.775´662.951; y (v) en la misma denuncia la fiduciaria describe cómo su representante legal actuó en contra de las instrucciones impartidas.

Pues bien, como ya se expuso en sede de casación, no sólo el interrogatorio de parte da cuenta de la expresa admisión de la fiduciaria, sino también la denuncia elevada en contra de su representante legal. Así mismo, la reclamación por el amparo de infidelidad, que procede ante la ocurrencia de actos fraudulentos o deshonestos de los empleados, y que, como se reconoció en la declaración de parte, se elevó a causa del manejo que Álvaro José Salazar y otros empleados dieron a los negocios fiduciarios llevados en la oficina de Cali, entre ellos, el proyecto Marcas Mall, siniestro por el que Acción Sociedad Fiduciaria recibió un pago de más de catorce mil millones de pesos.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el incumplimiento contractual fue causado por la administración inadecuada que el representante legal de la oficina de Cali dio al negocio fiduciario Marcas Mall, cuyas maniobras deshonestas o fraudulentas fueron reconocidas por la demandada, a través del interrogatorio de parte, la denuncia elevada y la reclamación por el amparo de infidelidad, lo que impone la confirmación de la decisión de la Superintendencia Financiera, que se encuentra ajustada a derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CASAR PARCIALMENTE la sentencia que el 28 de marzo de 2022 dictó la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo de acción de protección al consumidor promovido por Cine Colombia S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

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

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

Y situada la Corte en sede de instancia,

RESUELVE

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

SEGUNDO. COSTAS de segunda instancia a cargo de la recurrente. Líquidense en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la suma

de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), que el Magistrado Sustanciador señala como agencias en derecho.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

Notifíquese y cúmplase

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

(Salva voto)

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(Ausencia justificada)

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

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 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: E0E01E6449785B51202A8B500C29CA22C08F44F145069E185304AC59E9A62546

Documento generado en 2023-11-16



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

MAGISTRADA
HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-02558-01

SALVAMENTO 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, tal y como se consideró en las providencias SC2879-2022, 27 sep., SC098-2023, 16 may., SC107-2023, 18 may., y SC276-2023, 14 ago., «**tendría** la capacidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas también concretas», no obstante, me aparto respetuosamente de tal argumento, por cuanto, como en pasadas oportunidades al disentir parcialmente de aquellos proveídos, 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 remembranza de la reciente postura que frente al tema se alzó al interior de esta Corte¹, 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

¹ CSJ SC2879-2022.

diferenciación del tipo de seguro otorgado, siendo por tanto plausible que el registro se haga en el “*cuero*” de dicho convenio, al existir la obligación de precisar cuáles son las condiciones generales y particulares, pero siempre que ello se dé “*a partir*” de la primera página.

Ciertamente, sin pasar por alto que, indiscutiblemente, debido a la estructura misma de las pólizas de seguros, que usualmente se componen de varios documentos, como son la caratula, las condiciones generales y las condiciones particulares, a la solicitud del tomador y en algunos eventos anexos vinculados a unas especialísimas circunstancias², no se puede, sin transgredir la voluntad del legislador y, sobre todo, sin afectar el derecho de los consumidores, dejar el concepto de “*primera página*” en una amplitud absoluta.

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

² Artículo 1048 Código de Comercio.

parágrafo que: «[E]n los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Financiera para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo», lo cual permitiría entender que, incluso, podrían resultar admisibles exclusiones que consten en algún anexo, pero para ello este deberá estar por lo menos enunciado en esa primera página, para que pueda tenerse por satisfecho el deber de información ínsito en la exigencia en estudio.

Lo anotado en razón a que, conforme se indicó en precedencia, al tenor del artículo 1048 hacen parte de la póliza «[L]os anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza» y para que dichos anexos se puedan considerar como tales, deben identificar con contundencia la póliza que integran, amen que según el maestro Efrén Ossa³ estos son «en todo caso accesorios a la póliza, sujetos a sus estipulaciones, como el contrato mismo, en todo aquello que escape a su propia órbita. Porque no hay duda de que recogen una nueva manifestación de voluntad, así sea circunscrita en su finalidad específica, posterior a la que aparece consignada en el documento principal, por lo cual prevalecen sobre este en caso de conflicto».

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

³ Ossa G. J. Efrén. *Teoría General del Seguro – El Contrato*. Editorial Temis, Bogotá 1984 pág. 239.

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:

- «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 de mi disenso.

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado electrónicamente por:

Hilda González Neira
Magistrada

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: C37F41AE876897E416D95699EB579711B1A1362ADE6AFBE377003A42C2D1E340

Documento generado en 2023-11-16