Providencia recolectada por GMH Abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com/tienda
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado ponente

SC2879-2022

Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-72845-01

(Aprobado en sesión de cuatro de agosto de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Se deciden los recursos extraordinarios de casación interpuestos por la demandada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., y la llamada en garantía, SBS Seguros Colombia S.A., frente a la sentencia de 3 de agosto de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Uropán y Cía. S. en C. (en adelante, Inversiones Uropán).

ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Inversiones Uropán pidió declarar que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones a su cargo, derivadas de los contratos de encargo fiduciario n.º

0001100011086 y 0001100011087, suscritos el 15 de mayo de 2015. Consecuencialmente, pidió condenar a la convocada a restituirle todos los recursos que transfirió al proyecto inmobiliario "Centro Comercial Marcas Mall" ($918.699.082), junto con los rendimientos pertinentes.

2. Fundamento fáctico.

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

2.2. Tan pronto la actora decidió adquirir los futuros locales comerciales 2-045 y 2-050 del referido centro comercial, suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. los encargos fiduciarios n.º 0001100011086 y 0001100011087 de fecha 15 de mayo de 2015. El valor de la inversión total ascendería a $1.292.067.280 ($373.367.280 para el local 2-045, y $918.700.000 para el 2-050).

2.3. Según se estableció en la cláusula primera de los encargos fiduciarios individuales, su objeto consistía

> «*(…) en la administración de los recursos que depositen el (los) Inversionista(s), correspondientes a las sumas de dinero acordadas entre "Promotora Marcas Mall Cali S.A.S."* (…), *con el fin de que estos recursos sean transferidos al Promotor, una vez*

se cumplan por estos, las condiciones de transferencia de recursos que se establecen a continuación: "1. Constancia de radicación del Permiso de Ventas, para cada etapa del Proyecto, si es del caso; 2. Licencia de Urbanismo y Construcción vigentes para cada etapa del Proyecto, si es del caso; 3. Carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del Proyecto, si es del caso; 4. Haber celebrado un total de Encargos Fiduciarios Individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del Proyecto, o de cada etapa del Proyecto, si es del caso; 5. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del Proyecto debidamente aprobado por el Interventor del Proyecto y por el Promotor. 6. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el Proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A."».

2.4. De acuerdo con lo pactado en esos contratos, en caso de que las referidas «*condiciones de transferencia de recursos*» no se cumplieran, todos los dineros serían reembolsados al inversionista, junto con sus rendimientos.

2.5. La fiduciaria «*mintió*» al pactar como fecha para el cumplimiento de esas condiciones el 15 de diciembre de 2014 (fecha prorrogable por seis meses más, hasta el 15 de junio de 2015), pues al momento de la vinculación de la actora a los encargos individuales –15 de mayo de 2015–, ya se había suscrito el «*acta de verificación de cumplimiento de requisitos - encargo fiduciario de preventas motor MR-799 Marcas Mall*» de 4 de noviembre de 2014, y se habían transferido cuantiosos recursos al promotor sin el cumplimiento de las condiciones preestablecidas, lo cual supuso un grave incumplimiento de los cargas propias de la sociedad fiduciaria.

2.6. Inversiones Uropán fue conminada a suscribir el otrosí n.º 1, de 16 de agosto de 2017 «*mediante afirmaciones ajenas a la realidad, mentiras y maniobras*», pues la fiduciaria seguía sosteniendo que se habían verificado las exigencias establecidas para realizar las transferencias de dinero, cuando en realidad «*no se habían cumplido el total de las condiciones* (…) *fijadas en los contratos fiduciarios individuales y en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*».

2.7. Durante la revisión del acta de verificación de 4 de noviembre de 2014, la actora pudo constatar que la fiduciaria había incumplido «*gravemente*» las obligaciones contractuales y legales a su cargo, dado que:

> *(i)* «*Para el 4 de noviembre de 2014, fecha en la cual debía constar que el terreno sobre el cual se desarrollaría el PROYECTO, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, sería de propiedad de la Fiduciaria, tal como se estipulaba en los contratos: "que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso, administrado por Sociedad Acción Fiduciaria", al realizar la revisión del referido certificado, se pudo confirmar en la Anotación No. 11 que la transferencia a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, únicamente se surtió mediante escritura pública No. 2845 del 19 de noviembre de 2014, otorgada por la Notaría 11 del Círculo de Cali, registrada en el Folio el día 01 de diciembre de 2014. De la simple lectura del certificado de tradición del citado inmueble 370-695292, se puede determinar que el acta de verificación no se ajusta a la realidad, toda vez que en la Anotación No. 11, se establece la tradición a la Sociedad Fiduciaria en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo, mediante compraventa realizada por Escritura Pública No. 2845, el 19 de noviembre de 2014, otorgada por la Notaría 11 de Cali, inscrita en el Folio de Matrícula el día 1 de diciembre de 2014. Esto es,* ***para la fecha de la supuesta "VERIFICACIÓN" -nov. 4 de 2014-, la propiedad del inmueble se encontraba en cabeza***

de Laboratorios Baxter S.A.S. y NO de la Sociedad FIDUCIARIA en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo».

(ii) «*Para el día 4 de noviembre de 2014, fecha del Acta de verificación de requisitos, TAMPOCO SE CUMPLÍA con la siguiente condición (…): "Haber celebrado un total de contratos de Encargos Fiduciarios Individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del PROYECTO, o de cada etapa del PROYECTO, si es del caso". Prueba de ello radica en la comunicación emitida por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., calendada 14 de noviembre de 2017, en respuesta al derecho de petición interpuesto por una de las sociedades inversionistas, en donde la fiduciaria entregó el: "listado de encargos suscrito a la fecha 4 de noviembre de 2014". En él se puede constatar que el valor total de las ventas a noviembre de 2014* (…) *ascendía a la suma de $92.827.383.075, valor que no correspondía a un total de contratos de Encargos Fiduciarios Individuales equivalentes al 52% de las ventas estimadas del proyecto, toda vez que estas fueron proyectadas en la suma de $253.031.332.726 para la fase I, por lo tanto, el punto de equilibrio correspondía a la suma de $131.576.293.017*».

(iii)«*Acción Sociedad Fiduciaria NO CUMPLIÓ con la correspondiente verificación del requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en el "ACTA DE VERIFICACIÓN" del 4 de noviembre de 2014, la Fiduciaria aseguró, crédito que a la fecha no existe: "que mediante comunicación de fecha cuatro (04) de noviembre de 2014, la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., certifican que para el desarrollo del Proyecto CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL, no es necesario el crédito constructor ya que será construida totalmente con recursos generados por la venta de cada una de las unidades inmobiliarias, debidamente suscrita por la señora Adriana Aguilón Ramírez, Revisora Fiscal". Este documento NO EXISTÍA para la fecha de la "supuesta" verificación de las condiciones de transferencia que certifica la Fiduciaria; el documento de la Revisora Fiscal solo fue suscrito el día doce (12) de noviembre de 2014, y radicado en ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. el día 14 de noviembre de 2014* (…)».

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

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

2.10. Debido a las múltiples infracciones contractuales referidas, «*a la fecha* [la sociedad actora] *no cuenta con su inversión, toda vez que no se le ha reintegrado, no cuenta con el bien inmueble pues no fue ni escriturado, ni entregado y el proyecto se encuentra paralizado hace más de tres años*».

3. Actuación procesal.

3.1. Acción Fiduciaria S.A. compareció oportunamente al proceso y formuló las excepciones denominadas «*cláusula*

compromisoria»; «[ausencia de responsabilidad] *por inexistencia del daño e inexistencia del nexo causal*»; «*error en la identificación del contrato celebrado*»; «*falta de legitimación en la causa por pasiva*» y «*excepción genérica*».

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

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

3.3. Enterada de su vinculación, la aseguradora excepcionó «*ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*»; «*ausencia de cobertura de la póliza N.º 1000099, en especial las exclusiones contenidas en los numerales 3.17 y 3.14 de las condiciones generales del seguro*»; «*improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior a la póliza NO. 1000099*»; «*agotamiento del valor asegurado*»; «*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza*» y «*sujeción a los términos,*

límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad civil profesional».

Lo anterior, haciendo énfasis en que «*de comprobarse tal y como lo afirma el demandante, que la fiduciaria asegurada incurrió en cualquiera de las conductas indicadas* (…) *se trataría de una actuación dolosa o de mala fe, la cual no podría ser asegurable conforme lo dispuesto en el artículo 1055 del C. de Co. y de paso se encontraría excluida de cobertura conforme [a] lo dispuesto en las exclusiones número 3.7 y 3.14 del condicionado general correspondiente a la sección de responsabilidad civil profesional para entidades financieras*».

3.4. Al descorrer el traslado del escrito de excepciones, la demandante anotó que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no solo incumplió con sus deberes legales y contractuales en la forma ya descrita, sino que también realizó la transferencia de recursos de los inversionistas «*con fines distintos a los pactados*», pues a pesar de que en el Fideicomiso Marcas Mall 2351 se estableció que el lote sobre el que iba a edificarse el centro comercial sería aportado por la promotora a título de fiducia mercantil irrevocable –y esa titularidad era requisito indispensable para la transferencia del dinero–, la realidad es que los recursos de los inversionistas fueron destinados a la compra de dicho predio, tal como lo demuestra la orden de giro de fecha 5 de noviembre de 2014, por valor de $14.838.833.110 al propietario del lote (Laboratorios Baxter), en contravía de las instrucciones dadas a la fiduciaria.

Señaló, además, que en el fideicomiso de Marcas Mall se evidenciaron movimientos inusuales y un faltante de $16.775.662.951, lo que –sumado a manejos irregulares en

otros fideicomisos– llevó a la misma fiduciaria a denunciar al representante legal de la sucursal ubicada en la ciudad de Cali por los delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal, estafa y peculado por apropiación en favor de terceros; denuncia con la que, en criterio de la demandante, se puede comprobar la indebida administración de los recursos.

3.5. El 28 de enero de 2021, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró no probadas las excepciones esgrimidas, y, tras encontrar acreditado el incumplimiento grave de las obligaciones de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ordenó que le restituyera a Inversiones Uropán la suma de $1.111.730.122.

De otro lado, negó las pretensiones del llamamiento en garantía, por considerar que se había configurado la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7 del clausulado del contrato de seguro, impidiendo así que se trasladaran a la aseguradora las pérdidas relacionadas con un actuar fraudulento o deshonesto de alguno de los representantes legales de la fiduciaria.

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

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 3 de agosto de 2021, el *ad quem* confirmó el fallo de primera instancia, en lo relativo al incumplimiento de la fiduciaria y la devolución de los recursos entregados por la demandante. Sin embargo, 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.

Para arribar a esas conclusiones, expuso:

(i) No está llamado a abrirse paso el reparo que se refiere a falta de integración del litisconsorcio por pasiva, que se fincó en la ausencia de convocatoria a juicio de la promotora del proyecto Marcas Mall. Ello en tanto que, «*conforme a lo reclamado en la demanda, el asunto a dirimir se encuentra delimitado por circunstancias atinentes a la relación contractual individual de la demandante y la fiduciaria*», de modo que en el caso estudiado ni la ley ni el contrato hacían perentorio convocar a la promotora.

(ii) Contrario a lo afirmado por la parte recurrente, la resolución de primer grado no adolece de incongruencia, pues «*estuvo enmarcad[a] en los hechos, pretensiones y excepciones alegados en la demanda y en las contestaciones, que es lo que manda el artículo 281 del C.G.P.*». Además, en las acciones de protección al consumidor financiero, la autoridad está facultada para

resolver las pretensiones de la forma que considera más justa, según lo probado, y con plenas facultades *infra, extra y ultrapetita*, en virtud de la previsión del artículo 58.9 de la Ley 1480 de 2011, lo que opera sin perjuicio del deber de interpretar la demanda, consagrado en el artículo 42.5 del Código General del Proceso.

(iv) En lo atinente a la existencia de la obligación contractual y la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil deprecada, precisó que no hay controversia en cuanto a que las partes ajustaron los encargos fiduciarios n.º 0001100011086 y 0001100011087 del 15 de mayo de 2015, a través de los cuales la reclamante se vinculó al proyecto Marcas Mall, con miras a la adquisición de dos locales comerciales.

En ese sentido, recordó que a voces del canon 146.1 del Estatuto Orgánico Financiero, «*en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato*»; en consecuencia, al *sub lite* le sería aplicable el precepto 1234 del estatuto mercantil, «*que establece como una obligación a cargo del fiduciario* (…) *realizar* ***diligentemente*** *todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*».

(v) Según lo acordado en el encargo fiduciario en cuestión, «*la parte inversionista se comprometió a entregarle a la opositora la suma de $918.700.000 para que fueran transferidos al Promotor una vez se cumplieran las siguientes condiciones*», siendo

necesario contar con carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor; haber celebrado encargos fiduciarios equivalentes al 52% de las ventas estimadas del proyecto, y acreditar que el lote sobre el que se edificaría el centro comercial era de propiedad del fideicomiso.

(vi) Aunque la fiduciaria alegó que «*la obligación de acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos estaba en cabeza del fideicomitente promotor*», esa tesis debe desestimarse, pues «*era del resorte directo de la sociedad fiduciaria la obligación de "realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia" (Estatuto Mercantil, art. 1234)*». A ello se suma que en la cláusula quinta del citado instrumento, «*el inversionista instruyó "de manera irrevocable a LA FIDUCIARIA para que en el evento en que se cumpla la condición de transferencia de los recursos a favor de EL PROMOTOR* (…) *proceda a poner a disposición de EL PROMOTOR los recursos depositados*», por lo que la verificación del cumplimiento de los requisitos de transferencia incumbía a la fiduciaria, siendo ineludible, en tal virtud, acreditar que para el 4 de noviembre de 2014 se contaba con la «*carta de aprobación o pre aprobación del crédito*» y con el «*certificado de tradición* (…), *en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.*».

(vii) Sin embargo, para la calenda en la que se transfirieron los recursos al promotor –el referido 4 de noviembre–, el predio en el que se habría de iniciar la construcción aún no era de propiedad del fideicomiso. A ello se suma que, conforme lo confesó el representante legal de la demandada, «*el acta de cumplimiento de condiciones tenía información*

falsa y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento», nada de lo cual fue refutado por la demandada.

En tal virtud, los reparos que buscaban desvirtuar la responsabilidad endilgada no son de recibo, dada la pretermisión de los deberes legales («*art. 1234 del Código de Comercio*») y contractuales («*cláusulas primera, quinta y novena del encargo fiduciario*») de la fiduciaria.

(viii) En el expediente también quedó evidenciado que «*la fiduciaria 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*», pues «*optó por disponer los dineros de la demandante en favor del promotor, con el consecuente 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 por el detrimento patrimonial que ello involucra*».

(ix) Por consiguiente, «*la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que "el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión" (C de Co., art 1243), y que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor.*».

(x) En cuanto al embate formulado frente al llamamiento en garantía de SBS Seguros Colombia S.A., con fundamento en la póliza n.º 1000099 suscrita con la demandada, en la que se amparó la «*responsabilidad civil profesional financiera*», debe decirse que la exclusión reconocida en el fallo apelado «*no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute sino, solamente, en el clausulado adicional denominado "seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras*

(xi) En efecto, aunque las partes excluyeron de asegurabilidad «*cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesta, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado*», la ubicación de ese pacto en el contrato de seguro lo hacía inoponible al tomador-asegurado. Lo anterior con apoyo en lo normado en los artículos 44 (numeral 3) de la Ley 45 de 1990 y 184 (numeral 2, literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como en las circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1999 de la Superintendencia Financiera, según las cuales «*una restricción de cobertura* (…) *debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar ineficaz*».

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

Acción Sociedad Fiduciaria S.A. presentó la demanda de sustentación del remedio extraordinario, formulando cinco cargos, al amparo de las causales primera, segunda,

tercera y quinta del artículo 336 del Código General del Proceso.

Los cargos tercero, cuarto y quinto serán resueltos de forma conjunta, conforme lo dispone el artículo 344, par. 2, *ibidem*, pues si bien esos ataques se enfilan por vías distintas (directa e indirecta), comparten un núcleo argumentativo similar.

CARGO PRIMERO

Con base en la causal quinta de casación, la recurrente acusó al fallo del *ad quem* de haber sido dictado en proceso viciado de nulidad, «*por no haber citado, vinculado y notificado a todas las personas que legalmente debían estar vinculadas al proceso*», en tanto que se negó la vinculación de la promotora del proyecto Marcas Mall, cuya presencia era necesaria, ya que «*los daños que supuestamente sufrió la demandante fueron ocasionados por el manejo del proyecto que hizo el promotor y no por las funciones que cumplía la sociedad fiduciaria*».

En ese sentido, indicó que «*efectivamente entregó la totalidad de los recursos al promotor, conforme a lo que indicaba el contrato*», aunque lo hubiere hecho «*unos días antes*» de la fecha en que se debía hacer. Añadió que ese dislate fue irrelevante, porque con independencia del momento en que se hubiera hecho la transferencia, el proyecto habría corrido la misma suerte. Insistió en que la ejecución del proyecto era responsabilidad exclusiva del promotor y, por ende, su comparecencia al proceso era imprescindible.

Asimismo, señaló que «*la demandante ha debido demandar también a la Promotora Marcas Mall*», pues de la estructura de los contratos de encargo fiduciario deviene diáfana la existencia de una «*concatenación o conexidad contractual*» de estos con el contrato de fiducia de administración FA-2351, al punto de que «*el fundamento teleológico de los primeros desaparecería si el segundo no hubiese existido*».

CONSIDERACIONES

1. La nulidad por indebida integración del contradictorio.

El precedente de esta Corporación ha sido constante al señalar que la causal quinta de casación únicamente se abre paso cuando se ha configurado una irregularidad procesal taxativamente consagrada como supuesto de invalidación, que no haya sido saneada o resuelta en el trámite de las instancias[1].

La Sala ha reiterado que la causal bajo estudio exige la concurrencia de las siguientes condiciones: «*a) que las irregularidades aducidas como constitutivas de nulidad general existan realmente; b) que además de corresponder a realidades procesales comprobables, esas irregularidades estén contempladas taxativamente dentro de las causales de nulidad adjetiva que enumera el referido artículo; y por último, c) que concurriendo los dos presupuestos anteriores y si son saneables, respecto de las nulidades así en principio caracterizadas no aparezca que fueron convalidadas por el asentimiento*

[1] *Cfr*. CSJ SC 24 oct. 2006, rad. 2002-00058-01; CSJ SC, 5 jul. 2007, rad. 1989-09134-01, CSJ SC820-2020, CSJ SC845-2022, entre otras.

expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer» (CSJ SC, 5 dic. 2008, rad. 1999-02197-01; reiterada en CSJ SC299-2021, 15 feb.)

Uno de los motivos de nulidad específicamente señalados por el legislador es el que surge por la indebida integración del contradictorio, que actualmente encuentra fundamento en el numeral 8 del artículo 133 del estatuto procesal. Ha sostenido la Sala que esta nulidad:

> «*se produce, entre otros eventos, cuando se deje de notificar o emplazar a una de "las demás personas que deban ser citadas como parte", situación que atañe con los litisconsortes necesarios, quienes deben ser citados al proceso justamente para que se pueda resolver de mérito sobre la cuestión litigiosa; situación que se da tanto frente a aquellos litisconsortes que mencionados en la demanda y en el auto admisorio de la misma no fueron notificados de éste; como frente a quienes deben ser citados, y no lo han sido, a pesar de que por la ley o por la naturaleza del litigio deben demandar o ser demandados; todo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P. C.*» (CSJ, SC 6 Oct. 1999. Rad. 5224, reiterada en SC 1182-2016, 11 feb.).

En esos casos, la irregularidad tiene ocurrencia cuando en el proceso deja de vincularse a una persona que, bien sea por mandato legal o por la naturaleza misma del asunto, está llamada a concurrir para que pueda resolverse de fondo la controversia, al estar aquella unida al demandante o al demandado por una relación sustancial única e inescindible que exige una resolución uniforme del litigio.

El artículo 61 del estatuto procesal establece que el litisconsorcio necesario tiene lugar *«cuando el proceso verse sobre relaciones o 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, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas (…)».

El litisconsorcio necesario es fácilmente identificable cuando el vínculo tiene su origen en una disposición legal, como ocurre, por ejemplo, en los procesos verbales de servidumbre, donde el Código General del Proceso exige la vinculación de los titulares de derechos reales tanto del predio dominante como del sirviente[2]; en los divisorios, en los que necesariamente la demanda debe dirigirse contra los demás comuneros[3]; o en los procesos de deslinde y amojonamiento, en los que se impone demandar a todos los titulares de derechos reales sobre los bienes objeto de deslinde[4], entre otros ejemplos.

Mayor dificultad reviste su identificación cuando se origina en la naturaleza de la relación sustancial que se debate, siendo del caso analizar en esos eventos si se impone la comparecencia de todos los sujetos que hicieron parte de ella, por ser ineludible la resolución de la controversia en un solo e idéntico sentido, como ocurre, por ejemplo, cuando se declara la nulidad de un contrato en el que intervinieron varios sujetos, pues no resulta posible hacer desaparecer los efectos del negocio jurídico sólo para unos estipulantes y no para otros, debido a la indivisibilidad de la referida relación jurídica sustancial.

---

[2] Artículo 376 C.G.P.
[3] Artículo 406 C.G.P.
[4] Artículo 400 C.G.P.

Pues bien, de estar ante la existencia de un litisconsorcio necesario, su falta de integración conduce a la nulidad de la sentencia, sanción que el ordenamiento reserva a ese tipo de ligamen, y, por ende, no se extiende al litisconsorcio facultativo[5], en el que el juzgador puede disponer soluciones distintas para los intervinientes, quienes no están atados por idéntica suerte en el proceso y son considerados como litigantes separados[6].

2. Estructura del proyecto inmobiliario Marcas Mall de la ciudad de Cali.

Teniendo en cuenta que la casacionista cifra su ataque en el hecho de existir varios contratos que ligaban también al promotor del proyecto inmobiliario, de quien dice, era el exclusivo responsable de su ejecución y por ende del daño alegado por la demandante, se hace necesario señalar brevemente la forma cómo se estructuró el negocio fiduciario.

Con el ánimo de desarrollar el proyecto inmobiliario de construcción y ventas del centro comercial Marcas Mall en la ciudad de Cali, el promotor Urbo Colombia S.A.S. y la demandada Acción Sociedad Fiduciaria celebraron el *contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*, el día 17 de diciembre de 2013.

---

[5] En el litisconsorcio facultativo el demandante puede vincular o no a la totalidad de sujetos que hicieron parte en una relación sustancial, en la medida en que al no ser aquella única e inescindible, la sentencia puede producir consecuencias jurídicas diferentes entre los litisconsortes. Cuando un litisconsorte facultativo no es vinculado al proceso, este no queda viciado de nulidad, pudiéndose emitir fallo de fondo respecto de las relaciones jurídicas puestas a consideración del juzgador.
[6] Art. 60 C.G.P.

Su objeto era la constitución de encargos fiduciarios individuales en virtud de los cuales los inversionistas entregaban a la fiduciaria unos recursos que serían administrados por ella durante el tiempo que durara la etapa de preventas y hasta que el promotor cumpliera con las condiciones establecidas para la transferencia de tales dineros (cláusula primera), condiciones que fueron detalladamente pactadas en la cláusula tercera del contrato[7], en la que se estableció que *«La FIDUCIARIA pondrá a disposición del PROMOTOR, los recursos recaudados en desarrollo del presente contrato, una vez se acredite y verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos»*, entre los que se encontraban, entre otros: *«3. Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO»*, y *«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».*

Se acordó también la obligación de reembolso de los dineros a los inversionistas en caso de que no se cumplieran

---

[7] ***"CLÁUSULA TERCERA. - CONDICIÓN PARA LA TRANSFERENCIA DE RECURSOS****: La FIDUCIARIA pondrá a disposición del PROMOTOR, los recursos recaudados en desarrollo del presente contrato, una vez se acredite y verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Constancia de radicación del Permiso de Ventas, para cada etapa del PROYECTO si es del caso; 2. Licencia de Urbanismo y Construcción vigentes para cada etapa del PROYECTO; 3. Carta de aprobación o preaprobación 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 preventas 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".*

los requisitos de transferencia dentro del plazo pactado para el encargo preventas (parágrafo cuarto)[8].

Continuando con la estructuración del proyecto inmobiliario, la fiduciaria y la promotora[9] celebraron el *contrato de fiducia mercantil inmobiliaria Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali* el día 28 de marzo de 2014. Este convenio tenía por objeto la constitución del fideicomiso para mantener allí la titularidad de los bienes que se llegaran a transferir para su conformación y permitir a la promotora el desarrollo del proyecto cuando se cumpliera con las condiciones de inicio; mientras eso ocurría, la fiduciaria se obligaba a recibir, administrar y mantener invertidos para el fideicomiso los recursos provenientes de los inversionistas (cláusula segunda).

En virtud de este segundo contrato, el promotor estaba obligado a *«transferir a título de Fiducia Mercantil irrevocable a ACCIÓN con destino al FIDEICOMISO, directamente o a través del PROPIETARIO DEL LOTE[10] o de otro fideicomiso, un lote de terreno identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-695292, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali»* (cláusula tercera). Las condiciones de inicio, de las cuales dependía la transferencia de los recursos al promotor, exigían que este lote de terreno donde se desarrollaría el proyecto hubiera sido

[8] El contrato de encargo fiduciario preventas MR-799 Marcas Mall fue posteriormente modificado a través de otrosí de fecha 15 de octubre de 2014, por medio del cual se flexibilizaron las condiciones de transferencia de los recursos. En virtud de la aludida modificación, se eliminaron los requisitos 4 y 7, y se agregó la frase *"si es del caso"* en los numerales 2, 3, 5 y 6 originales. Se mantuvo incólume el requisito de acreditación de la transferencia del inmueble en el que se desarrollaría el proyecto al fideicomiso administrado por la fiduciaria demandada,

[9] Ahora Promotora Marcas Mall S.A.S., en virtud de la cesión de la posición contractual realizada por Urbo Colombia S.A.S.

[10] Para ese entonces era Laboratorios Baxter.

transferido al fideicomiso que en virtud del contrato se constituía (cláusula novena).

Con ese marco negocial de fondo, la demandante Inversiones Uropán se vinculó al proyecto a través de la suscripción de los contratos de encargo fiduciario individual números 11086 y 11087, de fecha 15 de mayo de 2015. Esos negocios jurídicos tenían como objeto:

> *«CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. El objeto del presente encargo fiduciario consiste en la administración de los recursos que deposite el (los) INVERSIONISTA(S), correspondientes a las sumas de dinero acordadas entre PROMOTORAS MARCAS MALL CALI S.A.S., en su calidad de PROMOTOR del proyecto inmobiliario denominado "MARCAS MALL", en adelante el PROMOTOR, y el (los) INVERSIONISTA(S), con el fin de que estos recursos sean transferidos al PROMOTOR, una vez se cumplan por estos, las condiciones de transferencia de recursos que se establecen a continuación:*
>
> *La FIDUCIARIA pondrá a disposición del PROMOTOR, los recursos recaudados en desarrollo del presente contrato, una vez se acredite y verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos para la primera etapa del proyecto:*
>
> *1. Constancia de radicación del Permiso de Ventas para el PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso.*
> *2. Licencia de Urbanismo y Construcción vigentes para el PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso.*
> *3. Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso.*
> *4. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso.*
> *5. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del PROYECTO debidamente aprobado por el interventor del PROYECTO y por el PROMOTOR.*

> *6. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cuales (sic) se desarrollará el PROYECTO, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.»*

Conforme al clausulado de estos contratos de encargo fiduciario individual, la fiduciaria se obligó a *«colocar a disposición del 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 (…)»*, y a *«colocar a disposición del (los) INVERSIONISTA(S), los recursos depositados en el presente Encargo Fiduciario, en el evento en que no se cumplan los requisitos para la condición de transferencia al PROMOTOR dentro del término establecido para el efecto»* (cláusula octava).

Finalmente, el día 16 de agosto de 2017 la fiduciaria y la inversionista suscribieron sendos otrosíes a los contratos de encargo fiduciario individual celebrados el 15 de mayo de 2015, con el ánimo de *regular* la vinculación de Inversiones Uropán al proyecto inmobiliario y lo relacionado con la administración de los recursos transferidos por la demandante.

En estos otrosíes se afirmó que *«se acreditaron las condiciones de transferencia de los recursos el cuatro (4) de noviembre de 2014»* (página uno), que *«el PROYECTO cumplió las condiciones de transferencia de los recursos (…) de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato constitutivo del FIDEICOMISO y en los respectivos contratos de vinculación previamente suscritos»* y que *«una vez cumplidas y verificadas estas condiciones»* se trasladaron los recursos al promotor (cláusula primera).

3. Análisis del cargo.

Sea lo primero señalar que, en la formulación del ataque en casación, el recurrente insiste en un asunto que fue planteado y resuelto íntegramente en las instancias ordinarias, a saber, la integración del contradictorio, toda vez que los mismos argumentos que se exponen en este embate fueron alegados por la fiduciaria en el curso del proceso a través de *(i)* el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, *(ii)* la excepción de falta de legitimación por pasiva y *(iii)* los reparos concretos a la sentencia de primer grado, todos despachados desfavorablemente por los juzgadores al considerar que en este caso no existe litisconsorcio necesario y, por ende, la vinculación de la promotora al trámite no era imperativa.

En igual sentido, encuentra la Sala que si bien es cierto que en la estructuración del proyecto inmobiliario Marcas Mall de la ciudad de Cali intervino no solo la demandada Acción Sociedad Fiduciaria, sino también las sociedades Urbo Colombia S.A.S., Promotoras Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A. como promotoras del proyecto, lo cierto es que la controversia no versa sobre una relación sustancial única e indivisible que exigiera la comparecencia de aquellas al proceso, puesto que desde la demanda misma se limitó el objeto de la litis al incumplimiento de las obligaciones de administración que eran del resorte exclusivo de la fiduciaria, y que no tienen que ver con la ejecución del proyecto inmobiliario por parte del promotor.

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

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

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

Si bien la recurrente argumenta que los distintos instrumentos negociales celebrados para viabilizar el proyecto estaban coligados y que por ende todos los participantes debían comparecer al proceso, lo cierto es que lo que determina la existencia del litisconsorcio necesario no es una posible coligación contractual -que no fue discutida por las partes-, sino la naturaleza de las relaciones jurídicas sustanciales que fundamentan las pretensiones debatidas en el proceso.

En tal virtud, encuentra la Sala que las relaciones que subyacen a los contratos que estructuraron el proyecto Marcas Mall, si bien apuntan al propósito común de posibilitar su desarrollo, permiten identificar unos contenidos obligacionales delimitados e independientes, con diferentes responsables y con distintas etapas y condiciones de cumplimiento. Así, en el caso concreto es posible deslindar las cargas prestacionales de las partes, puesto que lo que se reprocha es el incumplimiento de las obligaciones de diligencia y correcta **administración** a cargo de la fiduciaria, las cuales se encuentran determinadas por los contratos de encargo fiduciario individual y los mandatos legales que rigen la figura, y que en modo alguno se pueden endilgar a la promotora del proyecto, al no ser ella la entidad autorizada por el Estado para captar y administrar dineros del público.

Consecuentemente, mientras que la existencia del litisconsorcio necesario impone que la decisión judicial deba ser idéntica para todos los litisconsortes, en este asunto las distintas facetas del proyecto podían ser analizadas y

resueltas de manera disímil en caso de controversia, debido a la independencia de las obligaciones que vinculaban a las partes, en virtud de lo cual se concluye que no existe en este caso obligación legal o contractual que exigiera la comparecencia de la constructora a la acción de protección del consumidor financiero y por ende, no se está frente a un litisconsorcio necesario que impusiera la anulación de la sentencia por falta de integración del contradictorio.

Por último, se resalta que el ataque de la convocada contiene de fondo una inconformidad con las decisiones de instancia, en la medida que su alegato se fincó en que el daño alegado por su contraparte era atribuible a la conducta de la promotora del proyecto inmobiliario, y no al incumplimiento de sus deberes fiduciarios, perdiendo de vista que esa postura fue desestimada por los juzgadores de instancia, en virtud de una labor de valoración probatoria que, en línea de principio, debe mantenerse ajena a un cuestionamiento encauzado por la senda quinta de casación.

Por todo lo anterior, la acusación no prospera.

CARGO SEGUNDO

Fincándose en la causal tercera de casación, la sociedad libelista recriminó que la providencia del Tribunal no estuviera en consonancia con los hechos, las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por la pasiva, pues confirmó una sentencia dictada «*excediendo los límites de la*

posibilidad legal que en este tipo de procesos tiene el juez en materia de fallos extra y ultra petita».

Para su demostración, relievó que si bien es cierto que en las acciones de protección al consumidor el juzgador cuenta con facultades *ultra* y *extra petita*, «*eso no le permite a los delegados acceder a las pretensiones de la demanda con base en hechos que no fueron objeto de discusión, que no hicieron parte de la fijación del objeto del litigio dentro del proceso y sobre los que no se centró la actividad probatoria, impidiendo así el ejercicio del derecho de defensa y contradicción de la otra parte*»; señalando que los hechos que fundan la declaratoria de incumplimiento jamás fueron alegados por la demandante «*y nada tienen que ver con las pretensiones*», siendo «*tan evidente la falta de congruencia del fallo*», que «*ni siquiera está fundamentado en los alegatos de conclusión planteados por la parte demandante*».

En línea con lo expuesto, recriminó que, pese a que el colegiado desarrolló la posibilidad de dictar resoluciones *ultra* o *extra petita,* no exteriorizó ninguna motivación sobre la necesidad de hacerlo en el *sub examine*, en desmedro de la garantía del debido proceso, en sus modalidades de defensa y contradicción.

CONSIDERACIONES

1. La regla de la consonancia.

La exigencia de la congruencia en las decisiones judiciales se encuentra consagrada en el artículo 281 del

Código General del Proceso[11], y tiene por objeto resguardar los derechos de defensa y contradicción de los litigantes a través de la imposición de límites al fallador en ejercicio de su función de juzgamiento, evitando que aquellos sean sorprendidos con decisiones inesperadas que correspondan a hechos, pretensiones o excepciones personales que no fueron alegados –ni replicados– oportunamente.

El rigor limitativo del ejercicio de la función jurisdiccional exige que esta sea cumplida sin exceso, pero sin defecto, como lo ha pregonado la doctrina[12], de manera que cuando la actividad del juzgador no se ciñe a ese preciso ámbito, su decisión estará viciada de incongruencia, en alguna de estas modalidades: *ultra*, *extra* y *mínima petita*.

En tal virtud, la regla de la consonancia es una garantía del debido proceso que busca proteger las oportunidades de defensa y contradicción de los contendientes al impedir que las partes sean sorprendidas por el fallador con hechos o peticiones no alegadas, sobre las que no tuvieron posibilidad de confutación.

---

[11] «*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último*».

[12] El principio de congruencia «*tiene extraordinaria importancia,* (…) *pues se liga íntimamente con el derecho constitucional a la defensa, ya que este exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquél derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas, y las alegaciones se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso*». DEVIS, Hernando. *Teoría General del Proceso.* Ed. Temis, Bogotá. 2017, p. 50.

2. Las facultades *ultra* y *extra petita* en las acciones de protección del consumidor financiero.

De conformidad con el artículo 58, inciso 9, de la Ley 1480 de 2011 –aplicable al *sub-lite*[13]–, en las acciones de protección al consumidor financiero, la autoridad tiene la facultad de resolver el caso *«de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir»*.

Al respecto, esta Sala de Casación ha explicado que

> «*no se trata de una facultad irrestricta, de la que dicha autoridad pueda hacer uso sin ningún tipo de limitaciones, pues es claro que en virtud del deber que les asiste a quienes ejercen jurisdicción, tiene la carga de argumentar adecuada y suficientemente las razones por las cuales es necesario decidir la controversia de un modo distinto a lo exigido por el demandante, explicando a la luz de las evidencias recaudadas y las reglas previstas en el estatuto del consumidor por qué la medida adoptada en reemplazo del querer del demandante es la "más justa para las partes"*» (STC 5704-2021, 21 may.).

En ese sentido, las facultades otorgadas al juzgador en las acciones de defensa de los derechos de los consumidores deben armonizar pautas como la del primer canon *ejusdem*, que refiere como uno de los principios «*proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus*

[13] Lo anterior en virtud de la previsión del inciso 2 del artículo 2 *ejusdem*, que establece: «*Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley*».

intereses económicos», junto con la garantía del debido proceso de quienes acuden a la administración de justicia, lo cual hace imperativo que el juzgador motive su decisión frente a los hechos acreditados y a las normas aplicables al caso, para que el consumidor pueda conocer las razones por las cuales se atienden o se desestiman sus solicitudes.

De esta manera, en la referida sentencia STC 5704-2021 la Corte coligió que cuando en un juicio de protección al consumidor se acuda a la facultad de «*adoptar la decisión que se "considere más justa para las partes del proceso"*», el juzgador está en la obligación de motivar adecuadamente las razones que lo llevan a definir el litigio de un modo distinto a lo pretendido por el demandante, con base en los hechos alegados y probados y en las normas específicas que rigen la controversia.

3. Análisis del cargo.

Para la prosperidad del cargo por incongruencia, es necesario que en la acusación se confronte efectivamente el *petitum* y el contenido de la providencia definitiva, para evidenciar el desafuero de la jurisdicción, requerimiento técnico que no fue atendido por la casacionista, quien limitó su embate a anunciar que el fallo tuvo en cuenta hechos no discutidos en el proceso, pero sin señalar en modo alguno cuáles fueron ni cómo fundaron la decisión, tampoco indicó de qué modo se falló por fuera o más allá de lo pedido, o de una manera distinta a la planteada en la demanda.

La recurrente no emprendió la labor de cotejo[14] que le es exigida para poner de presente en donde está la evidente y objetiva desviación de la litis que configura la causal tercera de casación, pues el ataque se limitó a señalar que la facultad de fallar *ultra* y *extra petita* expresamente otorgada al juzgador en las acciones de protección al consumidor financiero no permite acceder a las pretensiones con base en hechos no discutidos en el proceso, sin contrastar la decisión atacada con los hechos y pretensiones iniciales, para evidenciar su falta de correspondencia.

Esta ausencia de confrontación impide evidenciar la inconsonancia alegada, labor que no puede acometer la Sala debido al carácter dispositivo del recurso extraordinario, razón suficiente para desestimar el cargo.

Pero incluso dejando de lado la deficiencia técnica de la acusación, se encuentra que la sentencia atacada estuvo enmarcada en los hechos y pretensiones de la demanda, en las excepciones de la recurrente, en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial y en las pruebas debidamente incorporadas al proceso, cumpliendo de esa manera el mandato del canon 281 del estatuto procesal.

Los hechos y pretensiones de la demanda estaban encaminados a evidenciar el incumplimiento de la fiduciaria

---

[14] Sobre esta vital labor de confrontación a cargo del casacionista, ha dicho la Corte que «*para establecer la presencia de esta irregularidad se hace necesario* ***el cotejo objetivo*** *entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra,* ***en orden a determinar si evidentemente se ha materializado alguna distorsión, defecto o exceso que habilite al interesado para aducir esta causal en el recurso extraordinario***.» (SC, 16 dic 2005, exp 1993-0232. Resaltado propio).

de las obligaciones derivadas de los contratos de encargo fiduciario debido a una inadecuada administración, lo cual exigía al juzgador analizar específicamente la conducta de la fiduciaria y cuáles eran esas obligaciones legales y contractuales que debía haber observado en el caso concreto, análisis que abordó efectivamente en su sentencia.

Tampoco existe desarmonía entre las pretensiones y lo concedido, que no está por fuera ni más allá de lo pedido, pues la sentencia se limitó a ordenar el reembolso de los recursos entregados por la actora a la fiduciaria, debidamente indexados, lo cual corresponde estrictamente con la pretensión esgrimida en la demanda, lo que descarta que la controversia se haya dilucidado de modo distinto a lo pretendido por el demandante.

Por lo anterior, la acusación no prospera.

CARGO TERCERO

Apoyándose en la primera causal del artículo 336 *ejusdem*, denunció la infracción directa de los artículos «*1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 1616, 2341 y 2343 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio*», por aplicación indebida, porque la declaratoria de responsabilidad civil se dictó «*desatendiendo y dejando de aplicar al caso concreto las normas colombianas que regulan la responsabilidad civil contractual, prescindiendo así de uno los requisitos establecidos en la ley sustancial para la procedencia de la responsabilidad contractual, como lo es el nexo causal, conforme al desarrollo jurisprudencial de dichas normas*».

Por ese sendero, estableció que, de haberse aplicado adecuadamente los citados preceptos, se habría arribado a la conclusión de que no se acreditó la configuración de los elementos de la responsabilidad civil contractual, pues el *ad quem* omitió el análisis del daño de cara a la normativa y jurisprudencia aplicables y guardó silencio respecto del nexo causal que vinculara el presunto daño con un hipotético comportamiento culposo que se le pudiese atribuir a la fiduciaria, dejando de lado uno de los presupuestos para la atribución de la mentada responsabilidad y pretermitiendo la verificación de la causalidad.

CARGO CUARTO

Soportándose en el segundo motivo de impugnación extraordinaria, señaló la violación indirecta de los cánones «*1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615, 1616, 2341 y 2343 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio*», por aplicación indebida, por errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de la demanda.

Sostiene el recurrente que la demanda no explica por qué los daños alegados se generaron como consecuencia de la conducta de la fiduciaria, ni refiere la existencia de un nexo causal que permita la declaratoria de responsabilidad, por ende, una adecuada apreciación del libelo introductor habría llevado al Tribunal a concluir que, en este caso, no concurren dos de los elementos fundantes de la responsabilidad civil.

Para desarrollar el embate, insiste en que los daños que eventualmente se hubiesen podido generar son atribuibles al promotor, que el daño sería incierto puesto que «*aún falta que se liquide el proyecto y fruto de esa liquidación se entregue a la demandante lo que le corresponda*», y que no existe nexo causal porque una cosa es que la conducta de la fiduciaria merezca reproche y otra que esa conducta haya generado un daño, lo cual no fue probado en el proceso.

En ese contexto, reiteró que la actuación que se le reprocha a la fiduciaria no constituye una causa adecuada que lleve a la materialización del daño, pues se trata de un hecho causal irrelevante que no constituye un suceso imprescindible en su configuración, toda vez que la lesión fue causada por el manejo del proyecto a cargo de la promotora.

CARGO QUINTO

En atención a la misma causal, acusó al fallo del *ad quem* de infringir por la vía indirecta las normas «*1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio*», tanto por aplicación indebida como por errores de hecho manifiestos y trascendentes en la apreciación de las probanzas adosadas a esa causa.

En idéntico sentido, insistió en que el Tribunal omitió verificar la existencia del nexo causal que logre concatenar el daño alegado y «*algún hipotético comportamiento culposo que se le pudiese llegar a endilgar a mi representada durante la relación contractual*», por lo que, «*aún si fuera cierto que la fiduciaria tenía*

dicha obligación en su cabeza y que la incumplió, de ello no se desprende necesariamente un nexo causal entre dicha conducta y el supuesto daño sufrido por la demandada».

Al respecto, estimó que el colegiado dejó de apreciar los contratos de encargo fiduciario individual celebrados con la demandante, específicamente, el contenido de la cláusula séptima, enfatizando en que allí se consignó que: «*ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad*».

Por ende, de haberse interpretado adecuadamente esa estipulación, «*el Tribunal hubiera concluido precisamente la ausencia de responsabilidad de mi representada por lo ocurrido en la etapa de desarrollo del proyecto, todo lo cual es responsabilidad del promotor*».

CONSIDERACIONES

1. La violación de ley sustancial.

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

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

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

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

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente

a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del desacierto «*en el sentido del fallo*» y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada.

2. La fiducia mercantil. Obligaciones y responsabilidad del fiduciario.

Tomada de su versión anglosajona[15], incorporada por primera vez al ordenamiento patrio a través de la Ley 51 de 1918 y regulada posteriormente en el artículo 7º de la Ley 45 de 1923[16], en la actualidad la fiducia mercantil encuentra su fundamento próximo en el artículo 1226 del Código de Comercio, que la define como «*un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario*».

Aunque algunas particularidades la asemejan a la propiedad fiduciaria que regulan los artículos 794 y siguientes del Código Civil (siendo quizá la más importante, la necesaria traslación patrimonial que se verifica al inicio y

[15] Así se reconoce en la exposición de motivos del Código de Comercio, donde sus impulsores resaltaron que «*Entre nosotros cuando se habla de fideicomiso, es frecuente y lógico entender por tal aquella limitación al derecho de propiedad de que habla en el libro 2º, título 8º de nuestro Código Civil, de clara inspiración latina". "No obstante, la Ley 45 de 1923, orgánica de los establecimientos bancarios en Colombia, de inspiración angloamericana, nos habla de un fideicomiso bien diferente y dice en su artículo 7º ser tal todo encargo de confianza de los expresados en dicha ley*».

[16] «*(…) las palabras sección fiduciaria significan una sección de un establecimiento bancario que hace el negocio de tomar, aceptar y desempeñar encargos de confianza que le sean legalmente encomendados*»

fin de ambas tipologías negociales), una de las notas características del fideicomiso mercantil está dada por la naturaleza instrumental de esas enajenaciones[17]. La tradición, en esta segunda especie, no constituye el objeto principal ni tampoco el fin económico del negocio jurídico, sino una garantía transitoria del buen manejo de unos recursos que el fiduciante (y eventualmente el fideicomisario) tienen destinados a un propósito o empresa ulterior y subyacente, en la que el fiduciario no tiene interés, pero a cuya consecución sí contribuye en razón del encargo que le fue confiado por su imparcialidad, profesionalismo y reputación.

El carácter accesorio de la actividad fiduciaria explica en buena medida que los bienes transferidos en virtud del contrato no «*forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario*»; «*sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida*»; «*deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios*» y «*forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo*» (arts. 1227 y 1233, Código de Comercio).

La indeterminación legal y consecuente flexibilidad de su objeto, explica la creciente popularidad de la fiducia mercantil como vehículo de inversión[18]. La *finalidad* del

[17] CSJ SC 14 feb. 2006, exp. 1999-01000-01.

[18] "*La fiducia mercantil [es] un negocio jurídico dinámico, amén que 'elástico', en la medida en que puede servir para múltiples propósitos, como se evidencia en algunas de sus modalidades: fiducias de inversión, inmobiliaria, de administración, en garantía, etc., todas ellas manifestaciones de un negocio jurídico dueño de una propia y singular fisonomía, a la vez que arquitectura, que no puede ser confundido con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario, como recientemente lo señaló esta Sala*". CSJ SC 21 nov. 2005, exp. 03132-01.

negocio no es un aspecto en el que se inmiscuya mayormente el ordenamiento jurídico, respecto del cual solamente espera, como siempre, su completa licitud[19]. La calidad del fiduciario, por el contrario, sí es una cuestión que interesa al legislador, no solo por las labores de intermediación financiera que el encargo usualmente supone a cargo suyo, sino también por la asimetría de poderes que la dinámica del negocio genera en su favor, al conferirle de antemano la administración y titularidad de un activo que, en realidad, no le pertenece, a cambio de la sola promesa de buen gobierno y oportuna restitución[20].

El *nomen iuris* del fideicomiso (proveniente etimológicamente del vocablo *fides*[21]) se debe precisamente a la noción de *confianza* que presupone la existencia del negocio y de la que también pende su adecuado funcionamiento. Su alcance, sin embargo, va más allá de la esfera netamente contractual, puesto que el buen suceso de la gestión encomendada interesa no solo a las partes sino al ordenamiento jurídico en general, entre otras cosas, por estar en juego la credibilidad y estabilidad del sistema financiero.

---

[19] *"La ley precisó el contenido de la obligación del fiduciario: administrar o enajenar los bienes fideicomitidos (art. 1234 ib.), pero no impuso limitación alguna en lo tocante con el propósito de la fiducia, de suerte que este puede ser delineado con libertad por el fideicomitente, desde luego que no en términos absolutos, como quiera que siempre deberán respetarse los límites impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C.)".* CSJ SC 14 feb. 2006, exp. 1000.

[20] Sobre el particular, anota la doctrina que del «*negocio fiduciario nace el efecto jurídico correspondiente a su tipo, sin disminución: el fiduciario se hace propietario, acreedor crediticio o cambiario, como si la transmisión lo fuera para otro fin material, pues no existe un derecho de crédito, de propiedad o cambiario limitado a un solo fin. El fiduciario recibe un poder jurídico del que no ha de abusar para fines distintos del presupuesto. Quien transmite le hace confianza de que no lo hará. El aseguramiento jurídico contra el abuso no va más allá de una obligación exigible*». Friedrich Regelsberger, en «Obligatorische Verpflichtung», editorial «Pandekten, Duncker & Humblot», traducido por Federico de Castro y Bravo, El Negocio Jurídico, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1985, págs. 405 ss.

[21] *Cfr*, entre otras, CSJ SC 30 jul. 2008, exp. 01458 y SC 24 jun. 1953, M.P. Gerardo Arias Mejía, G.J.T. LXXV, No. 2130, págs. 366-368.

Ello explica el marcado énfasis que pone el legislador en la calidad e idoneidad del fiduciario (quien necesariamente debe estar constituido como sociedad de servicios financieros), así como en la indelegabilidad de sus deberes (art. 1234 del estatuto mercantil); la restringida posibilidad que le asiste de renunciar al encargo solo en los eventos taxativamente contemplados y previa autorización de la Superintendencia Financiera (art. 1232); la separación de su patrimonio de los activos fideicomitidos (art. 1233); los límites impuestos a su remuneración (art. 1237); la potestad de ser removido de sus funciones ante la verificación de causa legal que así lo amerite (art. 1239); la responsabilidad hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión (art. 1243) y la absoluta imposibilidad de apropiarse definitivamente de los bienes objeto del fideicomiso (art. 1244).

La *buena fe*, que como presupuesto trasversal del tráfico jurídico comporta un deber inherente a todo vínculo obligacional, rige la fiducia con especial carácter, dado el patente empeño que ha puesto la legislatura en definir sus etéreos contornos. La trascendencia social y económica de este tipo negocial es motor permanente de su concreción, y aunque el carácter dúctil de la *bona fides* hace ciertamente inútil todo intento por cristalizar su alcance en un concepto pétreo[22], el ordenamiento ha procurado bosquejar su figura,

[22] Anota la doctrina que *«la riqueza de la 'fides bona', ese manare latissime al que hacía referencia Quinto Mucio Escévola, se hace realidad en función de problemas jurídicos concretos, mediante su traducción en reglas específicas, las cuales se erigen en verdaderos instrumentos de concreción del principio que explican, su significado sin agotarlo. La 'fides bona' contiene, en sí misma, una idea ético-jurídica que no puede ser plasmada en una definición conceptual, pues "cualquier tentativa por racionalizar a priori esos conceptos-valores haría vana la esencia de los mismos", en cuanto por su carácter dúctil se reconstruye permanentemente, como lo demuestra el hecho de que ni siquiera las*

a través de reglas específicas que gradualmente develan su identidad.

Además de las estipulaciones especiales que los contratantes a bien tengan incluir en ejercicio de su autonomía dispositiva y las *indelegables* obligaciones que la ley le impone a manera de reglas mínimas de contratación (art. 1234 CCO), el fiduciario debe honrar rigurosamente un deber –calificado- de información:

> *«con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato*»[23].

Y aunque no es usual que una ecuación sinalagmática imponga a uno de los contratantes una obligación de orientación o pedagogía en favor del otro con cuyo consentimiento acuerda, el estrecho entroncamiento de la actividad financiera con la dinámica social y el desbalance de poderes e información que normalmente tienen lugar en esta

---

propias reglas que de ella emanan puedan ser consideradas como inmutables, pues su aplicación deberá evaluarse a la luz de las particulares circunstancias del caso y de la naturaleza del negocio». NEME VILLARREAL, Martha Lucía: La Buena Fe en el Derecho Romano, Extensión del Deber de Actuar Conforme a Buena Fe en Materia Comercial. Universidad Externado de Colombia, 2020, pág. 155.

[23] CE.029/14: Parte II, Título II, Capítulo I, art. 2.2.1.2.1. En el mismo sentido, la Ley 1328 de 2009 establece que las entidades financieras están en la obligación de procurar *«una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos*» (lit. f, art. 3º, y con similar orientación, lit. c *ib.*, y art. 9).

clase de interacciones mercantiles ha impulsado una regulación tuitiva que se orienta a mermar esa asimetría[24].

De ella no escapa la fiducia, menos aún, cuando su naturaleza cooperativa o colaborativa[25] implica que los intereses económicos de sus contratantes no se contraponen, sino que, por el contrario, se nutren recíprocamente. Al fiduciario, tanto como al fideicomitente, interesa -o debe interesar- que la *finalidad* económica subyacente al negocio jurídico salga avante, puesto que de ello no solo pende su buen nombre, sino la solvencia de las obligaciones contractuales a su cargo.

Del fiduciario, como profesional en la materia, se espera el estricto cumplimiento de los deberes generales y particulares propios de su ramo de negocios y, por ello, su comportamiento durante todo el *iter* contractual se mide por un especial rasero que se superpone al tradicional *buen padre de familia* (artículo 63 del Código de Comercio). En virtud de su profesionalismo, se le exige una especial diligencia, que *estricto sensu*, debe ser la de un *buen hombre de negocios* (SC 5430-2021, 7 oct.), bajo el entendido de que su actividad supone obligaciones de administración y prestación de servicios financieros, en los que, por lo demás, va inmerso un profundo interés público (artículo 335 de la Constitución) y la confianza del ciudadano que entrega sus recursos gracias al respaldo con que cuenta la entidad fiduciaria, dada su idoneidad, su profesionalismo, su

[24] CSJ SC 30 jun. 2001, rad. 1999-00019-01.
[25] CSJ SC 30 jul. 2008, exp. 01458.

especial habilitación para captar esos recursos y la vigilancia especial a la que se encuentra sometida.

En tal virtud, del artículo 1234 del estatuto mercantil y la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera[26] se desprenden las que, sin lugar a duda, son obligaciones exigibles a las sociedades fiduciarias en el desarrollo de su actividad: lealtad y buena fe, información, protección y defensa de los bienes fideicomitidos, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y asesoría[27].

Ahora bien, sin desconocer que, en línea de principio, las prestaciones a cargo del fiduciario son de medio y no de

---

[26] CE.029/14: PARTE II, Título II, Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios.

[27] CE.029/14: «*2.2.1.2. En la celebración de todo negocio fiduciario, la sociedad fiduciaria deberá tener en cuenta y observar los deberes que le asisten de acuerdo con lo señalado en el artículo 1234 del Código de Comercio, en el art. 2.5.2.1.1.del Decreto 2555 de 2010, los principios generales del negocio fiduciario y la jurisprudencia, entre otros, los siguientes: 2.2.1.2.1.* ***Deber de información****. Con base en el carácter profesional de las sociedades fiduciarias, les asiste el deber de informar los riesgos, limitaciones técnicas y aspectos negativos inherentes a los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato y de las prestaciones que se les encomienden, de manera tal que el cliente debe ser advertido de las implicaciones del contrato, desde la etapa precontractual, durante la ejecución e incluso hasta la liquidación del mismo. El alcance de esta obligación debe consultar el carácter y conocimiento de las partes intervinientes. Este deber implica la obligación de poner en conocimiento del cliente las dificultades o imprevistos que ocurran en la ejecución del contrato. (…) 2.2.1.2.3.* ***Deber de protección de los bienes fideicomitidos****. El fiduciario debe proteger y defender los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente para conseguir la finalidad prevista en el contrato. En tal sentido, cuando dichos bienes sean sustraídos o distraídos con o sin intervención de la sociedad fiduciaria, ésta debe, como vocera del fideicomiso, interponer las acciones legales que correspondan para su recuperación de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del art. 1234 del C.Cio. 2.2.1.2.4.* ***Deber de lealtad y buena fe****. La realización de los negocios fiduciarios y la ejecución de los contratos a que estos den lugar, suponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad del fideicomitente y/o beneficiario, absteniéndose de desarrollar actos que le ocasionen daño o lesionen sus intereses, por incurrir en situaciones de conflicto de interés. 2.2.1.2.5.* ***Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad****. En su actuar, las sociedades fiduciarias deben tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido, deben abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo. 2.2.1.2.6.* ***Deber de previsión****. La sociedad fiduciaria debe precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo. Igualmente, deben prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual*».

resultado[28], su crédito contractual (conformado por las previsiones legales, estipulaciones negociales y deberes secundarios de conducta), debe ser atendido de manera tal que satisfaga el alto estándar de diligencia y previsión que le es propio.

Ese calificado baremo se especifica, entre otras obligaciones, en «*tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión*», «*emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución*», «*abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para su desarrollo*», «*precisar claramente cuáles son sus obligaciones en los contratos para evitar situaciones de conflicto en su desarrollo*» y «*prever los diferentes riesgos que puedan afectar al negocio y a los bienes fideicomitidos y advertirlos a sus clientes desde la etapa precontractual*» (CE 029/14, v) y vi), b, 2.2.1,).

Ya se ha recabado jurisprudencialmente, a la luz de la individualización de patrimonios prevista en el artículo 1227 del Código de Comercio, en la necesidad de diferenciar los efectos que se derivan cuando el fiduciario actúa en su órbita propia, como persona jurídica, a cuando lo hace en virtud del encargo que surge de la constitución de la fiducia mercantil[29].

---

[28] Conforme al numeral 3º del artículo 29 del EOSF (Decreto 663 de 1993), «*Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley*».
[29] CSJ SC 3 ago. 2005, exp. 1909.

El principal llamado a responder civilmente por las repercusiones económicas de la gestión encomendada es el mismo patrimonio autónomo, así como también es quien se beneficia de sus utilidades. Sin embargo, aun cuando excepcional, la responsabilidad del fiduciario normalmente se configura ante una extralimitación de sus funciones o una omisión de sus deberes[30], eventos frente a los cuales, ha dicho la Corte, «*el fiduciario compromet[e] su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario*»[31].

Frente a tales eventualidades cobra especial relevancia la profesionalidad del fiduciante; no porque de ella se origine un régimen de responsabilidad civil particular, sino porque la especial diligencia y los precisos conocimientos que ese agente tenía -o debía tener- sobre el contexto en el que se habría ocasionado el daño, especifican los matices del factor de imputación (subjetivo) que regirá el estudio –retrospectivo- de su comportamiento y, por contera, caracterizan los linderos del patrón de conducta que deberá probar haber cumplido, para liberarse del reproche de culpabilidad.

Al respecto, esta Corporación ha anotado que,

[30] CSJ SC 1 jul. 2009, exp. 2000-00310-01.
[31] CSJ SC 31 may. 2006, exp. 0293.

> «*el fiduciario es un verdadero profesional autorizado para operar y supervisado por el Estado, cuyos conocimientos, experiencia e idoneidad, infunden confianza a quienes acuden a sus servicios por su actividad técnica y práctica, la reputación y el prestigio consolidado con sus actuaciones previsivas y diligentes que propician el logro de específicos designios y permiten precaver o solucionar de manera expedita eventuales vicisitudes e inconvenientes.*
>
> *Conforme a una difundida opinión jurisprudencial, la responsabilidad profesional "es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro", impregnándose no solo de la "aplicación de los principios técnicos y científicos" exigibles, sino de "normas protectoras del individuo y de la sociedad", que a más de conocimientos y experiencia, presuponen especial cuidado y previsión (cas civ. sentencia del 5 de marzo de 1940, XLIX, 177); por regla general, la responsabilidad contractual del profesional, está referida a las obligaciones de medios, resultado, garantía y seguridad (…) y al conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones, incluidos los deberes o compromisos derivados de la lex artis, los de las cláusulas generales o estándares de comportamiento, en especial, los de corrección, probidad, lealtad, fides, sagacidad, previsión, advertencia con especificidad, concreción e individuación a los servicios técnicos, financieros o prácticos y a la concreta relación o posición de las partes (…)*» (SC-2009, 1º jul., exp. 2000-00310-01).

3. Particularidades del encargo fiduciario.

La fiducia mercantil ha permitido el desarrollo de una variada gama de negocios que responden a las necesidades de inversión y respaldo en el tráfico jurídico, a través de figuras como la fiducia de inversión, la fiducia inmobiliaria, la fiducia de garantía, la fiducia de administración, entre otros.

Dentro de estos negocios fiduciarios, que se caracterizan por ser *actos de confianza,* se encuentran los encargos fiduciarios, en los que no existe traspaso de la

propiedad y en los que la labor del fiduciario es la de administrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y la máxima buena fe, los recursos entregados, administración que deberá observar las específicas instrucciones impartidas por el fideicomitente.

La Circular Jurídica Básica de la Superintendencia Financiera los define así:

> «*Los negocios fiduciarios son actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias.*
>
> *Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.*»

La misma Circular define la fiducia inmobiliaria como el negocio que tiene como finalidad la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o la administración de los recursos asociados a su desarrollo y ejecución, que presenta, entre otras, la modalidad de preventas, la cual «*conlleva para la sociedad fiduciaria como obligación principal, efectuar el recaudo de los dineros provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario. En este caso, la fiduciaria recibe los recursos*

como mecanismo de vinculación a un determinado proyecto inmobiliario y los administra e invierte mientras se cumplen las condiciones establecidas para ser destinados al desarrollo del proyecto inmobiliario».

La confianza del inversionista recae sobre la fiduciaria en virtud de su idoneidad, profesionalismo y especial habilitación estatal, que le permiten creer, legítimamente, que sus recursos estarán protegidos y bien administrados mientras se cumplan las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que autorizarán el inicio del proyecto inmobiliario, con la tranquilidad de que, en atención de la obligación de protección y defensa de los recursos entregados, la entidad realizará los controles y verificaciones necesarios para comprobar el cumplimiento de tales requisitos antes de proceder con la transferencia final de sus dineros al constructor.

Sobre la especial confianza depositada en estas sociedades, en sentencia SC5430-2021, la Corte destacó que, para los inversionistas que consideran vincularse a un proyecto inmobiliario, la presencia de la fiduciaria es de suma importancia, pues los lleva al convencimiento de que el proyecto será adecuadamente administrado por una entidad profesional y altamente especializada, que además cuenta con vigilancia estatal, lo cual brinda la tranquilidad de que aquella «*vigilará con seriedad, diligencia y probidad su viabilidad jurídica, técnica, financiera y comercial, desde la fase precontractual, durante su ejecución y hasta la consolidación de sus expectativas frente a las unidades inmobiliarias».* En tal virtud, la fiduciaria funge como una verdadera depositaria de la

confianza de los demás intervinientes en el proyecto, y, por ende, cuando defrauda esa confianza no solo incumple su mandato, sino también el principio de buena fe contractual por alejarse del marco de conducta que de ella se esperaba.

Respecto a su regulación jurídica, el artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) dispone que al encargo fiduciario le son aplicables las disposiciones que regulan la fiducia mercantil y, subsidiariamente, las que regulan el contrato de mandato, contenidas en el Código de Comercio. En tal virtud, el artículo 1234 *ibídem* establece los llamados deberes indelegables del fiduciario, que, junto con los previstos en el acto constitutivo, rigen la relación negocial[32], y entre los que vale la pena resaltar el deber de realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia y el de transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario.

[32] *Art. 1234: Deberes indelegables del fiduciario. Son deberes indelegables del fiduciario, además de los contenidos en el acto constitutivo, los siguientes: 1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia; 2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios; 3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca; 4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente; 5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario; 6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo; 7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y 8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses.*

Finalmente, es oportuno recordar que la Circular Jurídica Básica exige que los contratos fiduciarios a través de los cuales se desarrollen o ejecuten proyectos inmobiliarios, deben contener, como mínimo, *«las condiciones que se deben verificar para el cumplimiento del punto de equilibrio»*, ***«la obligación de la sociedad fiduciaria de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas contractualmente establecidas para la transferencia o desembolso de los recursos»***, y *«el término dentro del cual el fideicomitente debe acreditar el cumplimiento de las condiciones para la transferencia o desembolso de los recursos»*[33].

4. La protección del consumidor financiero frente a la actividad fiduciaria.

La actividad fiduciaria hace parte de aquellas fundadas en la autonomía privada que otrora se entendían reservadas para el ámbito exclusivo de interacción negocial entre los particulares, y que hoy en día cuentan con una especial regulación e incluso vigilancia, en aras del interés público que recae sobre ellas y de las especiales garantías y derechos constitucionalmente reconocidos a los consumidores[34].

El derecho del consumidor incorpora prerrogativas sustanciales, como la calidad de los servicios o la correcta y

[33] CE.029/14: PARTE II, Título II, Capítulo I: Disposiciones especiales aplicables a los negocios fiduciarios., 5.2.3.1 y siguientes.

[34] La protección al consumidor es una prerrogativa esencial, consagrada en el artículo 78 constitucional: «*La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos*».

suficiente información; procesales, como las acciones consagradas para lograr la exigibilidad judicial de sus garantías o la indemnización de perjuicios; así mismo, incluye facetas de participación[35]. La protección del consumidor, constitucionalmente ordenada, reconoce la asimetría en las relaciones de consumo y delega su protección integral a la ley y al contrato.

Esa regulación, que se encuentra contenida en normas tales como la Ley 1328 de 2009 –Estatuto de Protección al Consumidor Financiero– o la Ley 1480 de 2011 –Estatuto de Protección al Consumidor–, han permitido desarrollar principios y preceptos constitucionales sobre la materia, con vista en los postulados renovados a partir del texto de 1991 en relación con los deberes estatales de promoción de la economía, la inversión privada, la responsabilidad social, la intervención en la actividad financiera, la garantía de libertad económica, entre otros.

En sentencia C-909 de 2012 la Corte Constitucional dilucidó el concepto de *consumidor* para efectos de su protección constitucional y legal, entendiéndolo como «*(i) el destinatario final, que mediante (ii) un acto de consumo, busca (iii) la satisfacción de una necesidad intrínseca, (iv) no en el ámbito de una actividad económica propia, reubicándose el desequilibrio en la relación productor y/o expendedor, de una parte, y consumidor, de la otra*». Esta concepción fue adoptada por el Estatuto del Consumidor, que reconoce además la existencia de una pluralidad de actores en los distintos sectores de la economía, que al

[35] *Cfr* C-1141/00.

vincularse en la búsqueda del producto o servicio específico serán «*un consumidor determinado y calificado*», como sería el consumidor financiero[36].

Con el ánimo de garantizar la adecuada intelección de esos conceptos, la Ley 1328 de 2009, que consagra el régimen de protección al consumidor financiero, incluyó en su catálogo de principios el de *debida diligencia*, que exige a las entidades vigiladas emplearla en el ofrecimiento de productos o prestación de servicios a los consumidores, quienes tienen el derecho de recibir información adecuada y suficiente a lo largo de la relación con la entidad (canon 3, lit. a); el de *transparencia e información cierta, suficiente y oportuna*, que exige a las entidades suministrar al consumidor información que responda a tales características, pues solo ella le permitirá conocer adecuadamente sus derechos (canon 3, lit. c); garantizándose la prerrogativa del consumidor de exigir a la entidad vigilada la rigurosa observancia de tales principios.

Como colofón, los artículos 57 y 58 del Estatuto del Consumidor establecen la acción de protección del consumidor como garantía de justiciabilidad de sus derechos, cuando aquellos han sido vulnerados o

[36] En la misma sentencia C-909 de 2012, señaló la Corte Constitucional que la Ley 1328 de 2009, al consagrar la definición de ese consumidor financiero, «*no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución*», consumidor financiero que puede ser nato o calificado, pues «*lo que importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario*».

desconocidos en el marco de una relación de consumo. El canon 57 dispone:

> «*En aplicación del artículo 166 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.*
>
> *En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.*»

En estos casos, como ya se había señalado, el juzgador debe cumplir con el mandato del artículo 58, numeral 9, que establece:

> «*Al adoptar la decisión definitiva, el Juez de conocimiento o la Superintendencia de Industria y Comercio resolverá sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir.*»

5. Análisis de los cargos.

5.1. En los tres últimos cargos, Acción Sociedad Fiduciaria plantea que en el caso no se configuraron los elementos de la responsabilidad civil contractual, puesto que no existe nexo causal entre su conducta y el daño alegado

por la demandante, y tampoco se está ante un daño cierto, real y directo que deba ser indemnizado. Para llegar a esas conclusiones, ataca la sentencia de segundo grado por tres vías diferentes: *(i)* la violación directa de la ley sustancial, *(ii)* el error de hecho por la indebida interpretación de la demanda, y *(iii)* el error de hecho en la apreciación de la prueba.

Para demostrar que no existe nexo causal, la censora afirma insistentemente que su conducta, incluso si fuese reprochable, no tenía la virtualidad de causar el daño alegado, pues aquel fue resultado del manejo del proyecto a cargo del promotor, y no de las funciones que cumplía la fiduciaria. Para demostrar que no existe daño cierto, sostiene que la inversión no se ha perdido, pues aún falta liquidar el proyecto y será en un eventual proceso concursal donde la demandante podrá recibir lo que le corresponda.

5.2. Respecto al ataque por la vía directa, baste con decir que la recurrente no explicitó cómo se produjo la alegada trasgresión de las normas alegadas -a cuyo contenido no se refirió en modo alguno- ni la relevancia que esa vulneración tuvo en la parte resolutiva del fallo atacado. Por el contrario, sostuvo genéricamente que el *ad quem* aplicó indebidamente las normas sobre responsabilidad civil contractual al dejar de lado el elemento del nexo causal, sin explicar de qué manera o por qué razón el juzgador dejó de lado la relación de causalidad, lo que evidencia la insuficiencia del embate, que se reduce a las meras afirmaciones de la inconforme.

Aun obviando esa deficiencia, lo cierto es que el Tribunal no dejó de lado el nexo causal en su razonamiento, pues señaló con claridad que el detrimento patrimonial sufrido por Inversiones Uropán tuvo su causa directa en el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, específicamente en la disposición irregular de los dineros depositados, de modo que atribuyó el daño a la circunstancia específica de la transferencia de recursos sin el cumplimiento de los requisitos, conducta que para el juzgador resultaba idónea y suficiente para materializar el menoscabo, refulgiendo así la referencia al nexo causal en su análisis y decisión.

Distinto es que la fiduciaria esté en desacuerdo con las conclusiones probatorias del Tribunal respecto a la existencia de esos elementos, pues ello supone una inconformidad con la valoración probatoria del juzgador, como se evidencia en los cargos planteados por la vía indirecta.

5.3. Respecto a los yerros fácticos alegados por la censora, debe recordarse que el argumento central del Tribunal es que en este caso se probó el incumplimiento de las obligaciones por parte de la fiduciaria, quien estaba compelida a trasladar los dineros entregados por la demandante sólo cuando se cumplieran los requisitos de transferencia pactados para tal fin. Sin embargo, se demostró que para la fecha en que se firmó el acta de verificación con base en la cual se dieron por acreditadas las condiciones exigidas (4 de noviembre de 2014), varios de los requisitos

aún no se habían satisfecho, pues no se contaba con carta de aprobación o preaprobación del crédito, no se había llegado al 52% de las ventas ni el inmueble donde habría de construirse el centro comercial había sido transferido al fideicomiso creado para tal fin.

Fue argumento medular del *ad quem* el hecho de que la fiduciaria, a lo largo de las instancias ordinarias, sostuvo que el cumplimiento y acreditación de los requisitos de transferencia eran responsabilidad exclusiva del promotor, tesis que fue desestimada debido a que las obligaciones de diligencia y las estrictas instrucciones del fideicomitente, obligaban a la entidad vigilada a verificar el cumplimiento de tales requisitos, constatación que era de su exclusivo resorte y de su directa incumbencia, no del promotor.

Para el juzgador, ese incumplimiento de deberes legales («*art. 1234 del Código de Comercio*») y contractuales («*cláusulas primera, quinta y novena del encargo fiduciario*») causó a la demandante un daño debido a que en la actualidad la fiduciaria no tiene en su haber los recursos de la actora -sin que exista razón que lo justifique-, quien no ha podido recuperarlos ni ha sido resarcida por el detrimento patrimonial que ello involucra, daño que tuvo su causa directa en la disposición irregular de los recursos por parte de la sociedad fiduciaria.

5.4. Si bien los argumentos basilares de la sentencia impugnada debían ser plenamente atacados por la casacionista para desvirtuar la presunción de legalidad y

acierto con que la providencia arriba a la Corte, los reproches de la fiduciaria se limitaron a defender su visión particular respecto a cómo debió entenderse el devenir de la relación negocial, sin combatir la totalidad de los raciocinios que fundamentan la decisión cuestionada y, por ende, sin lograr derruirlos. Tampoco demostró por qué la hermenéutica acogida por la colegiatura era manifiestamente absurda, caprichosa o contraevidente, por lo que se trata de alegaciones propias de las instancias ordinarias, inadmisibles en casación.

5.5. Si bien en el cuarto cargo se acusa al juzgador de interpretar inadecuadamente la demanda, la censora no explicó en qué consiste el dislate, pues se limitó a señalar que como la demanda no explica la existencia del daño ni hace referencia a la relación causal, su mal entendimiento llevó a tener por configurados los elementos de la responsabilidad contractual, cuando no lo estaban. Debe recordarse que el error de hecho por indebida interpretación de la demanda se origina *«a consecuencia de una evidente desfiguración del debate, porque el fallador se ocupó de analizar aspectos ajenos a los que se sometieron a su escrutinio, a partir de una grave equivocación en la comprensión del querer del promotor de la acción, en quien recae el deber de exponer diáfanamente la causa petendi, que involucra tanto el sustrato fáctico como sus aspiraciones concretas en el juicio»* (SC 5430-2021, 7 dic.).

Vista la demanda, se encuentra que es prolija y detallada en lo que atañe a la relación negocial que unía a las partes y al incumplimiento de la fiduciaria, del cual

desprende el detrimento patrimonial padecido. Asimismo, se encuentra que el único momento en el que el *a quo* hizo referencia a su deber de interpretarla (art. 42.5 C.G.P) fue cuando entró a analizar la pretensión de reembolso de la suma entregada a la fiduciaria, la cual, consideró, no podía verse como una *restitución* -propia de los procesos que tienen como consecuencia la invalidación del acto jurídico-, sino que debía entenderse como una forma de *indemnización*, en virtud del principio de reparación integral consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del objeto de la litis, que centrado en el incumplimiento contractual, exigía el resarcimiento del daño.

En ese sentido, la pretensión[37] se dejó incólume y simplemente se aclaró que ella se entendía formulada a título de indemnización, que no de restituciones mutuas, lo que no supone ninguna modificación, tergiversación o cercenamiento del texto de la demanda, ni un alejamiento o sustitución de la voluntad del demandante por parte del juzgador.

5.6. El ataque fundado en el yerro fáctico causado por la indebida apreciación de los contratos de encargo fiduciario y especialmente de su cláusula séptima, conforme a la cual «*ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actúa única y exclusivamente como administradora del encargo que mediante el presente contrato se*

[37] La pretensión de la demandante fue redactada en los siguientes términos: *"Que se OBLIGUE a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. a la devolución TOTAL de los recursos depositados por la sociedad INVERSIONES UROPÁN Y CÍA S. EN C., esto es la sima de NOVECIENTOS DIECIOCHO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL OCHENTA Y DOS PESOS M/L ($918.699.082,oo), por INCUMPLIMIENTO en su obligación legal y contractual derivada de los siguientes contratos de Encargos Fiduciarios Individuales…".*

constituye y como tal no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto que adelantará el PROMOTOR por su propia cuenta, riesgo y responsabilidad»; es un embate a todas luces desenfocado, pues la sentencia impugnada no se fundó de ninguna manera en el incumplimiento de alguna obligación relacionada con el desarrollo o la ejecución del proyecto, sino en el incumplimiento de las obligaciones de administración, sobre las que la fiduciaria tenía pleno control y responsabilidad exclusiva, al ser, según la misma cláusula, la administradora del encargo constituido.

En ese sentido, los contratos de encargo fiduciario que se dicen preteridos no sólo fueron extensamente analizados por el juzgador, sino que su valoración es plausible y correspondiente con las demás pruebas recaudadas en el proceso, por lo que ningún reproche cabe ante el ejercicio valorativo de la colegiatura.

5.7. Visto lo anterior, encuentra la Sala que los reproches elevados en contra de la sentencia son infundados, pues no se dejaron de lado los elementos de la responsabilidad, no se interpretó inadecuadamente la demanda ni se apreció indebidamente la prueba.

El Tribunal encontró que la fiduciaria incumplió sus obligaciones de diligencia y de verificación del cumplimiento de las condiciones de transferencia de recursos, y que esa desatención causó un detrimento patrimonial a la demandante. Descartó el argumento de la fiduciaria conforme al cual no existía daño porque Inversiones Uropán

podía acudir a un eventual proceso concursal para obtener lo que le correspondiera en la liquidación del proyecto, señalando con contundencia que no podía la entidad someter a la actora a un *concurso de pérdidas* al que llegaba por su actuar negligente, pues no existía razón legal ni contractual para que la fiduciaria no tuviera en su poder los recursos entregados, esto debido a que no se cumplieron las condiciones de transferencia pactadas en los encargos fiduciarios.

A lo largo de las instancias, la fiduciaria defendió la postura según la cual la verificación de las condiciones de transferencia de los recursos era obligación de la promotora, desconociendo que en el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 se consignó expresamente que «*Dando cumplimiento a lo estipulado en la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL, la FIDUCIARIA procedió a verificar la documentación aportada por el PROMOTOR (…)*»[38].

Posteriormente varió esa postura al afirmar que incluso si su actuación mereciera algún *hipotético* reproche, se trataba de algo menor que no tenía la virtualidad de causar el daño. Fue insistente en endilgarlo a la promotora pese a que la demanda se centró en su actividad de administración de recursos y no en las vicisitudes de la construcción, por lo que, como bien sostuvo el Tribunal, Acción Sociedad Fiduciaria no demostró que hubiese transferido los recursos

[38] Folio 109 digital del derivado 000.

conforme lo exigían los contratos, situación que habría podido exonerarla de responsabilidad.

La demandada tampoco reprochó en sede de alzada la consideración del *a quo* conforme a la cual el acta de cumplimiento de requisitos para la transferencia de recursos suscrita el 4 de noviembre de 2014 por su representante legal **contenía información falsa**; ni atacó la conclusión sobre la falta de información suministrada a Inversiones Uropán, quien firmó los encargos fiduciarios el 15 de mayo de 2015 sin ser enterada de que la fiduciaria ya había dado por cumplidas las condiciones de transferencia y había puesto los dineros a disposición del promotor, pues los contratos fueron redactados en términos que daban a entender que esas situaciones aún no se habían dado y que la verificación del cumplimiento de los requisitos podría llevarse a cabo a futuro.

Es así como la constatación por parte de los juzgadores *(i)* del grave incumplimiento de los deberes de la fiduciaria derivados tanto de la normativa que rige su actividad como del clausulado de los contratos de encargo fiduciario, *(ii)* del detrimento patrimonial sufrido por la demandante y *(iii)* de la relación causa-efecto entre esos dos sucesos, los llevó a la declaratoria de la responsabilidad civil en contra de la fiduciaria en el marco de la acción de protección de consumidor financiero; en virtud de la cual se resolvió una controversia suscitada entre Inversiones Uropán como consumidor y la fiduciaria vigilada por el Estado, relacionada exclusivamente «*con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones*

contractuales [asumidas] *con ocasión de la actividad financiera (…) relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.*»

5.8. Finalmente, no puede la Corte pasar por alto que incluso en sede de casación, la convocada ha querido eludir su responsabilidad resaltando la inocuidad de la entrega de recursos a la promotora, pretextando que:

> «(…) *efectivamente* [la fiduciaria] *entregó la totalidad de los recursos al promotor, conforme a lo que fue indicado en el contrato; cosa distinta es que, en gracia de discusión, los hubiese entregado unos días antes de la fecha en que debió haberlos entregado. Al final de cuentas, entregándolos en la fecha en que se entregaron o sea que lo hubiese hecho quince días después, lo cierto es que el proyecto habría corrido la misma suerte, todo lo cual es atribuible al promotor y no a la fiduciaria, quien no tenía ninguna responsabilidad en la ejecución del proyecto.*»

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

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

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

Por todo lo anterior, los cargos no prosperan.

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

La aseguradora llamada en garantía también concurrió a esta sede extraordinaria, aduciendo cinco censuras, con fundamento en los motivos primero y segundo de casación.

Teniendo en cuenta que los cargos tercero, cuarto y quinto tienen vocación de prosperidad, la Corte emprenderá su estudio, con prescindencia de los demás. Así mismo, como los ataques se encuentran íntimamente ligados, pues cuestionan la misma consideración del *ad quem,* comparten el mismo fundamento, se sirven de los mismos argumentos y se apoyan en los mismos medios de convicción, se procederá a su resolución conjunta.

TERCER CARGO

Aduciendo la causal primera de casación, se denunció la trasgresión, por la senda directa, del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 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, sin que signifique ello 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, «*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 trasparencia y claridad, de la descripción y enunciación de todos los amparos o coberturas otorgados por el contrato*», argumento que respaldó con lo decidido por la Corte en sentencia SC 4527-2020, 23 nov.

Finalmente, 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, «*pues está plenamente probado en el proceso que se verificaron los presupuestos para la aplicación de dicha exclusión en especial, está absolutamente acreditado el supuesto del literal b) de la exclusión 3.7, al haber sido confesado y/o admitido y/o reconocido la comisión de conductos dolosas, deshonestas o fraudulentas por parte del propio Asegurado*».

CUARTO CARGO

Se recriminó al veredicto de segundo grado por incurrir en violación directa, por indebida aplicación, del mismo

artículo 184 del EOSF, puntualmente la sanción de ineficacia que ella establece, que sólo procede cuando las exclusiones no están establecidas conforme a la norma, lo que no ocurre en este caso pues la póliza expedida está acorde a las disposiciones «*y el clausulado está debidamente depositado ante la SFC sin que esta entidad haya realizado observación alguna*».

Esto, puesto que el Tribunal indica que la sanción de ineficacia procede cuando las exclusiones no se encuentran en la carátula de la póliza, cuestión que ni siquiera exige la norma. Al efecto, recalcó que la sanción de ineficacia «*recae únicamente sobre las exclusiones que no se presenten 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*».

QUINTO CARGO

Con base en la causal segunda de casación, denunció, por la senda indirecta, el menoscabo de la plurimencionada norma del EOSF, por error de hecho manifiesto y trascendente, de cara a 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*».

Por lo anterior, la declaratoria de ineficacia vulnera el artículo 184 del EOSF al desconocer el alcance dado por la Superintendencia Financiera y la jurisprudencia de esta Corporación respecto a las disposiciones normativas que rigen la incorporación de cláusulas de exclusión al contrato de seguro.

De otra parte, en cuanto a la omisión de las pruebas relacionadas con el conocimiento de Acción Sociedad Fiduciaria de la póliza, su calidad de vigilada y la participación de un intermediario de seguros, adujo que «*al analizar la póliza en el presente caso inobserva que en la misma se pactaron, con una persona jurídica, profesional de su actividad y vigilada por la* [Superintendencia]*, unas condiciones particulares establecidas desde la página 3, las cuales demuestran que el contrato de seguro reseñado fue objeto de negociación específica por parte de* [la fiduciaria]*, de forma que claramente no estamos ante un contrato de adhesión, ni entre partes contratantes que se encuentren en una relación de asimetría o de desequilibrio*».

Por lo tanto, recalcó que se «*evidencia la preterición de las pruebas que hizo el juez de segunda instancia respecto de la condición de la Fiduciaria como entidad profesional y vigilada por la*

[Superintendencia] *que conocía el contenido integral de la Póliza y de sus exclusiones, y la existencia de un intermediario de seguros que asesoró a* [la fiduciaria]*, pues si hubiera reconocido la calidad de la Fiduciaria como un profesional de su actividad, conocedor del texto de la póliza a la que, adicionalmente, de común acuerdo con la aseguradora, introdujo varias modificaciones al contenido de los amparos y exclusiones pactadas para las diferentes secciones y no considerándolo como un mero consumidor financiero en posición de indefensión que no tuvo la oportunidad de conocer el texto en comento cuando, habría establecido la validez integral del contrato de seguro y no hubiese incurrido en la violación indirecta del artículo 184 del EOSF por aplicación indebida que conllevó a la condena contra SBS*».

CONSIDERACIONES

1. Aclaración preliminar.

Si bien el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (DL 663 de 1993) es una norma que regula el régimen de pólizas y tarifas en la actividad aseguradora y por esa razón podría considerarse, *prima facie*, como un precepto que simplemente enumera o enuncia los requisitos de aquellas; lo cierto es que el literal a) de su numeral segundo 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.

Así mismo, su literal c) 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.

Sobre la norma sustancial, esta Corporación ha considerado de tiempo atrás que es el contenido del precepto y no su ubicación en una u otra ley o código, el que permite su calificación como tal, de modo que ha considerado como sustanciales disposiciones que se encuentran en estatutos adjetivos, o ha negado tal calidad a otras contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, entre otros.

Al respecto ha sostenido la Sala:

> *«Por sabido se tiene que las normas sustanciales, a cuyo quebranto se refiere precisa e invariablemente la causal primera de casación, son aquellas que, en razón de una situación fáctica concreta, declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas también concretas entre las personas implicadas en tal situación. Por consiguiente, no tienen categoría sustancial, y, por ende, no pueden fundar por sí solas un cargo en casación con apoyo en la causal dicha, los preceptos legales que, sin embargo de encontrarse en los Códigos sustantivos, se limitan a definir fenómenos jurídicos, o a describir los elementos de éstos, o a hacer enumeraciones o enunciaciones; como tampoco la tienen las disposiciones ordinativas o reguladoras de la actividad in procedendo*». (SC 24 oct. 1975. G.J. t. CLI, p. 254, reiterada en SC 13630-2015, 7 oct.)

En ese sentido, la disposición que se alega como vulnerada por el *ad quem* tienen la virtualidad de soportar los cargos casacionales propuestos por la llamada en garantía, al afectar situaciones jurídicas particulares y concretas entre aseguradora y asegurado.

2. El contrato de seguro. Asunción y delimitación de riesgos.

2.1. El ordenamiento no define el contrato de seguro, motivo por el cual, a partir de sus elementos característicos, esta Sala lo ha entendido como *«un contrato 'por virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro'»*[39].

Se trata de un negocio jurídico consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva en virtud del cual el asegurador asume los riesgos que, en virtud del convenio, traslada el tomador con el ánimo de amparar la ocurrencia de distintos siniestros que pueden afectar su persona o su patrimonio. Además del asegurador y el tomador, intervienen en el seguro el asegurado y el beneficiario, quienes son interesados en los efectos económicos del contrato, siendo

[39] CSJ SC 19 dic. 2008, rad. 2000-00075-01.

posible que «*las condiciones de tomador y asegurado confluyan en una misma persona, caso en el cual ésta será quien consienta en el negocio y quien, además, sea titular del interés asegurable*»[40].

Dentro de los elementos de su esencia se encuentra el riesgo asegurable, entendido como el suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador (art. 1054 CCo.). Ese riesgo es trasladado a la aseguradora en virtud del contrato de seguro, entidad que, al brindarle cobertura, queda obligada a soportarlo en caso de acaecer el siniestro.

2.2. Sin embargo, la asunción de los riesgos por parte de la aseguradora no es ilimitada, puesto que existen ciertas circunstancias que, bien sea por mandato legal o por disposición contractual, quedan por fuera del amparo que otorga el contrato. Sobre la limitación de los riesgos asegurados ha dicho la Corte que el mecanismo de transferencia del riesgo no es irrestricto, pues además de los límites impuestos por el legislador (como el dolo o los actos meramente potestativos del tomador), existen consideraciones cuantitativas y cualitativas que llevan a determinada exclusión, y que responden a justificaciones técnicas que imponen la delimitación contractual de las coberturas[41].

---

[40] CSJ SC 5327-2018, 13 dic.

[41] Al respecto ver CSJ SC4527-2021, 23 nov.: «*En efecto, esos acontecimientos que, por azar pueden acaecer y generar una necesidad económica en el titular del interés asegurable y que asume la empresa aseguradora necesitan ser precisados. Nadie imagina que no haya límites temporales, que el asegurador asuma cualquier evento azaroso o sin límites cuantitativos. Por lo general, como lo indica la jurisprudencia precedente, la delimitación del riesgo obedece a criterios causales, temporales y espaciales. No obstante, en lo que respecta a las exclusiones, ellas pueden atender a otros*

Es así como, dentro del ejercicio de delimitación de riesgos, deben tenerse en cuenta aquellas circunstancias que, por mandato legal, no pueden ser objeto de amparo, y aquellas que las partes acuerdan dejar por fuera de la protección acordada. Se trata de las llamadas **exclusiones de cobertura**, las cuales han sido definidas por la doctrina como aquellos «*hechos o circunstancias que, aun siendo origen del evento dañoso o efecto del mismo, no obligan la responsabilidad del asegurador. Afectan, en su raíz, el derecho del asegurado o beneficiario a la prestación prevista en el contrato de seguro. Tienen carácter impeditivo en la medida en que obstruyen el nacimiento de ese derecho y, por ende, el de la obligación correspondiente*»[42].

2.3. Algunas exclusiones legales admiten pacto en contrario, otras son inmodificables debido a que a través de ellas se protege el orden público. Entre las exclusiones legales que consagra el estatuto mercantil se encuentran el dolo y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario (art. 1055), los riesgos catastróficos en los seguros de daños (art. 1105), el vicio propio (art. 1104), la explosión, la combustión espontánea o la apropiación por un tercero de las cosas aseguradas, en los seguros de incendio (arts. 1114 a 1116), o el deterioro causado por el simple paso del tiempo en el seguro de transporte (art. 1120 *ibídem*).

Las exclusiones contractuales, por su parte, encuentran fundamento en el artículo 1056 del Código de

---

razonamientos, válidos siempre que el acotamiento del riesgo tenga una justificación técnica y no obedezcan al capricho del asegurador»

[42] OSSA, Efrén. *Teoría General del Seguro – El contrato*. Ed. Temis, Bogotá. 1991, p. 469.

Comercio, conforme al cual «*el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*», precepto que refleja los principios de autonomía privada, libertad contractual y de empresa[43].

2.4. El efecto limitativo de la cobertura ha sido reconocido por la Corte, al señalar que «*el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse impiden que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidas de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones*» (CSJ SC, 7 oct. 1985, reiterada en SC 3839-2020, 13 oct.)[44].

Así las cosas, es posible que ciertos hechos, conductas o condiciones queden exceptuadas del amparo brindado por el contrato de seguro, bien porque así lo dispone el ordenamiento jurídico o bien porque las partes, lícitamente, han pactado que aquellos eventos se mantengan por fuera del amparo contratado, exclusiones cuya consecuencia es la precisa delimitación de los riesgos que el asegurador se obliga a asumir.

---

[43] *Cfr*. CSJ SC 4527-2020, 23 nov.

[44] En el mismo sentido, la doctrina extranjera ha señalado: «*otro modo de individualización del riesgo se halla constituido por un elenco de indicaciones negativas denominadas exclusiones de cobertura, no seguro o no garantía, que deberán resultar de condiciones de póliza, generales o particulares, que, redactadas en términos inequívocos, expresamente enuncien de modo descriptivo los supuestos que carecen de cobertura asegurativa* (...). *Tal como el tema está siendo referido, podría extraerse un principio general consistente en que, una vez debidamente determinado el riesgo, se hallan cubiertas todas aquellas hipótesis que no hayan sido excluidas indirecta o directamente a través de un elenco o enunciado de supuestos de "no seguro"*». STIGLITZ, Ruben. *Derecho de seguros, t. I*. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2001, pp. 193–196. Citado en CSJ SC 3839-2020, 13 oct.

3. Las exclusiones pactadas en el contrato de seguro.

3.1. Elementos de hermenéutica contractual del Código Civil. Aplicabilidad en el régimen mercantil.

En ocasiones, las controversias contractuales hacen necesario determinar el sentido y alcance de las estipulaciones pactadas por las partes, labor que por lo general corresponde al juzgador mediante la aplicación de las reglas hermenéuticas pertinentes, orientadas a *«desentrañar el real significado de las declaraciones formuladas y armonizarlas en cuanto ello sea posible»*[45].

En materia interpretativa negocial, el Código Civil en sus artículos 1618 a 1624 contiene un histórico cuerpo normativo, instituido para la realización de la labor de fijar la auténtica significación de los términos contractuales, con perfecta aplicabilidad a los contratos mercantiles por expresa remisión del artículo 822 del Código de Comercio.

Por vía general, enuncia siete elementos propios de esta tarea, tales como la intención de los extremos negociales, la delimitación de los efectos del contrato al asunto que constituye su objeto, la eficacia interpretativa en el sentido de preferir un entendimiento que produzca efectos a uno que tienda al vacío, la naturaleza propia del contrato, la interpretación sistemática, la interpretación por vía

[45] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2021, pág 395.

ejemplificativa y, finalmente, la deducción de consecuencias jurídicas adversas en contra de quien redactó unilateralmente el clausulado.

Al margen de la vigente discusión sobre la pertinencia de esas guías para resolver las nuevas y contemporáneas realidades negociales y económicas, se ha sostenido, con criterio mayoritario, que tales postulados consultan tanto elementos subjetivos, esto es, la intención de las partes, como objetivos concernientes con las declaraciones regulatorias del acto jurídico, los cuales han sido traducidos en los postulados que seguidamente se expresan.

El primero de ellos, contenido en el artículo 1618 hace prevalecer la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras, cuando aquella está claramente establecida. La justificación de su preeminencia la fundan algunos en el ejercicio mismo de la autonomía de la voluntad y en la libertad, por vía general, para la configuración del contrato en los segmentos en que ello es posible, es decir, en la autorización para incluir, por vía de cláusulas esenciales y accidentales, las condiciones, modalidades, estipulaciones o pactos que resulten necesarios para el buen suceso del vínculo obligacional, siempre que no contraríen la Constitución, la ley, el orden público[46], entre otros[47].

---

[46] La doctrina extranjera ha dicho que "*el orden público podría ser definido como un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible, y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas*". RUBIO CORREA, Marcial, Título preliminar, en: *Para Leer el Código Civil III*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, pág. 105.

[47] No se olvide que conforme a la sentencia No. T-597/95: "*En las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del*

Las fórmulas posteriores, consagradas a partir del artículo 1619, advierten los límites jurídicos del contrato en el sentido de que por generales que sean sus términos, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado, con lo que resalta la relatividad de su objeto.

Adicionalmente, en claro reconocimiento de que las relaciones jurídicas contractuales suelen tener significación patrimonial, es decir, se orientan a modificar realidades económicas, el artículo 1620 advierte al interprete que debe preferir el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, sobre aquel que no apareja esa consecuencia.

Esta última pauta hermenéutica implica que *«si la interpretación de una cláusula puede aparejar dos sentidos diversos, uno de los cuales le restaría –o cercenaría– efectos, o desnaturalizaría el negocio jurídico, dicha interpretación debe desestimarse, por no consultar los cánones que, de antiguo, estereotipan esta disciplina»* (CSJ SC 3047-2018, 31 jul.).

Por su parte, el artículo 1621 adopta el criterio del objeto negocial para señalar que en los eventos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato, previsión que guarda perfecta concordancia con la estructura general y especial que el propio Código Civil y la normativa concordante han adoptado en los artículos 1496 a

---

querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas".

1500 para cada tipo negocial, resaltando sus elementos esenciales y naturales, características, restricciones, etc. entre otros muchos aspectos, con hondas implicaciones en diversas instituciones jurídicas[48].

Adicionalmente, su artículo 1622 demanda una visión periférica o sistemática del clausulado, en claro entendimiento de que cada una de las estipulaciones están interrelacionadas e integran un todo que reclama un sentido unívoco orientado a la cabal, idónea y oportuna ejecución de las prestaciones acordadas.

En este específico evento, faculta para apoyarse en la interpretación que las mismas partes hayan hecho en otro contrato sobre la misma materia, o por la aplicación práctica que hayan efectuado de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte, en acogimiento quizá de la teoría de los actos negociales propios y antecedentes.

El artículo 1623 reconoce el valor pedagógico de los ejemplos, los cuales además son abundantes en el propio Código Civil. Sobre esa base, autoriza su inclusión en el contrato con fines meramente ilustrativos, y sin que, por lo mismo, ello signifique limitar el marco obligacional a ese caso, en perjuicio de los deberes contractuales, -expresos o tácitos-, consustanciales al contrato mismo.

[48] En efecto, el carácter gratuito u oneroso, conmutativo, sinalagmático, principal o accesorio, etc. exige un tratamiento diferenciado en atención a esa especial naturaleza en figuras tales como la lesión enorme, vicios redhibitorios, viabilidad de acciones para su defensa, etc.

Finalmente, su artículo 1624, en una regla residual (en cuanto advierte que *«[n]o pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación»*), manda interpretar las cláusulas ambiguas a favor del deudor, deduciendo de ello un criterio en pro del sujeto pasivo del débito conyugal.

De otro lado, para contrarrestar cualquier conducta que pudiera animar la mala fe negocial o el propósito de derivar ventajas unilaterales inconsultas, su inciso final consagra una auténtica sanción cuando median cláusulas ambiguas extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, al ordenar interpretarlas contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Como está dicho, en esta materia, el canon 1618 civil consagra el principio general que irradia toda la labor de interpretación de los contratos, al afirmar la prevalencia de la voluntad real de los contratantes, bajo la fórmula: *«conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras».*

Este elemento subjetivo resalta con carácter prevalente la trascendencia que en la fijación del auténtico sentido negocial tiene la voluntad de los intervinientes[49] respecto de la mera literalidad de las expresiones allí consignadas.

[49] En términos de Recasens Siches, Luis "*el Derecho pertenece a la zona del Universo (…) caracterizado como vida humana objetivada; y que, a fuer de tal, está constituido por un complejo de significaciones de estructura finalista, con un sentido e intencionalmente dirigidas a unos valores*". Vida Humana, sociedad y derecho, fundamentación de la filosofía del derecho, 2 ed. Imp / Ed.: México, México: Fondo de Cultura Económica, 1945, Pág. 42.

3.2. Eficacia de las exclusiones contractuales.

Como se señaló en precedencia, la facultad que tiene el asegurador de asumir, a su arbitrio, *todos* o *algunos* de los riesgos relacionados con el amparo contratado, es una manifestación de la libertad contractual y la autonomía privada expresamente reconocida por el artículo 1056 del estatuto mercantil.

Sin embargo, como la actividad aseguradora se ejerce a gran escala y existen condiciones contractuales predeterminadas por la compañía de seguros conforme a los análisis técnicos y financieros del correspondiente ramo[50], por regla general el clausulado no surge de la libre discusión de los contratantes, sino que es preestablecido por la aseguradora, limitándose el tomador a aceptarlas o rechazarlas en su integridad, como señala el artículo 2° de la Ley 1328 de 2009.

Por ese motivo, nuestra normativa ha establecido mecanismos de protección para la parte que acepta sin discusión el clausulado general del seguro requerido, propendiendo por una adecuada, pertinente, razonable y oportuna información que le permita una cabal comprensión y conocimiento de los alcances del amparo contratado[51].

Con el propósito señalado, obra, entre otras disposiciones, el artículo 37 del Estatuto del Consumidor

[50] *Cfr* CSJ SC 4527-2020, 23 nov.
[51] *Cfr* CSJ SC 1301-2022, 12 may.

(Ley 1480 de 2011), conforme al cual en los contratos de adhesión se debe informar previamente al contratante -con suficiencia y claridad- la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales, que deben ser redactadas en forma clara, completa y concreta. Respecto al contrato de seguro exige expresamente que *«el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías».*

Acorde con ello, el referido precepto establece una sanción de ineficacia para las condiciones negociales generales que no reúnan tales requerimientos, al disponer que se tendrán como no escritas[52].

En lo que respecta a los contratos de adhesión, el mismo Estatuto del Consumidor proscribe la inclusión de cláusulas que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones contractuales o sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones (art. 38). Regula igualmente las cláusulas abusivas, definiéndolas, prohibiéndolas y sancionándolas con ineficacia de pleno derecho (art. 42 y ss).

Así mismo, la Ley 45 de 1990 (art. 44) y posteriormente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 184) establecieron disposiciones tendientes a garantizar el pleno conocimiento de los límites del amparo por parte del asegurado, condicionando la eficacia de las exclusiones

[52] Sobre la ineficacia derivada de esta disposición, *cfr* CSJ SC 1301-2022, 12 may.

pactadas al cumplimiento de determinados requisitos al momento de ser consagradas en el contrato.

Como quiera que en el presente asunto la controversia se presenta debido a la ubicación espacial de la exclusión alegada en la póliza contentiva del contrato de seguro, el análisis de la Corte girará en torno a ese requisito y no a los requerimientos del Estatuto del Consumidor, mismos que no fueron objeto de debate al interior del proceso.

3.3. Exigencias normativas respecto a la consagración de las exclusiones contractuales.

El artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -que recoge lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990-, establece los requisitos de las pólizas de seguro, en los siguientes términos:

> *«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».*

Teniendo en cuenta que la norma establece la necesidad de que las coberturas y exclusiones figuren en la primera

página de la póliza, los instrumentos normativos derivados del EOSF, a saber, las Circulares Externas expedidas por la Superintendencia Financiera en su función de inspección, vigilancia y control de la actividad aseguradora, han puntualizado que aquellas deben figurar a partir de la primera página, de manera continua y destacada, privilegiando la interpretación que mejor se ajusta a la voluntad de las partes y a las necesidades de conocimiento e información del consumidor, con lo cual se cumple la finalidad de estas disposiciones, que no es otra que propender porque los eventos amparados y los que se encuentran excluidos sean conocidos, fácilmente identificables y comprensibles por el asegurado, impidiendo que se aleguen después limitaciones consignadas de manera aislada, sorpresiva, inconexa o en la llamada letra menuda.

En esa vía, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (CE 029 de 2014), vinculante para las entidades aseguradoras, dispone en su parte II, título IV, capítulo II:

> «*1.2.1.* ***Requisitos generales de las pólizas de seguros***
>
> *Para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el numeral 2 del art. 184 del EOSF las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:*
>
> *1.2.1.1.* ***En la carátula***
>
> *1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Cio.*

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

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

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

Como puede observarse, estas disposiciones diferencian claramente la ***carátula*** del cuerpo de la ***póliza***, al describir el contenido que debe tener cada una de ellas, de modo tal que, es claro, se trata de dos piezas contractuales diferentes.

En la ***carátula*** de la póliza se debe incluir la información establecida en el artículo 1047 del estatuto mercantil, esto es, los nombres de la aseguradora, tomador, asegurado y beneficiarios, la calidad en la que actúa el tomador, la identificación precisa de la persona o cosa con respecto a la cual se contrata el seguro, la vigencia del contrato, la suma asegurada, la prima y su forma de pago, los riesgos asegurados, la fecha en que se extiende, la firma del asegurador y las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes. La carátula debe incluir, además, la advertencia de la terminación automática del contrato en caso de mora en el pago de la prima o de impago dentro del

mes siguiente al vencimiento, cuando se trata de seguros de vida.

A partir de la ***primera página de la póliza***, en cambio, se consignan los amparos y exclusiones, en forma continua y destacada.

Esta comprensión de la normativa ha sido acogida por esta Sala de Casación en varios pronunciamientos en los que, dada la particular discusión en ellos planteada, no ha ameritado profundizar en la distinción de estas dos piezas contractuales, labor que acomete la Corte en esta oportunidad por ser la ubicación espacial de la exclusión el punto central de la controversia.

3.4. La posición de la Corte respecto a la ubicación espacial de las exclusiones.

En diversos pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que, conforme a las normas en comento, las coberturas y exclusiones deben consagrarse en la primera página de la póliza o a partir de aquella, aunque sin decantarse expresamente por ninguna de las dos posturas. Así mismo, ha respaldado por vía de tutela la ineficacia de exclusiones ubicadas en anexos de la póliza[53].

Entre las sentencias en las que esta Sala ha reconocido que las exclusiones deben estar ubicadas en la primera

[53] *Cfr* sentencia STC 9895-2020, 11 nov., exp. 11001-02-03-000-2020-03003-00 y STC 12213-2021, 16 sep.

página de la póliza, se encuentran la STC de 25 de julio de 2013, exp. 2013-01591, STC 514-2015, 29 ene., STC 17390-2017, 25 oct., STC 9895-2020 y STC 12213-2021, 16 sep., entre otras.

Otras decisiones han reconocido que las exclusiones son válidas si se consagran a partir de la primera página de la póliza, entre ellas las sentencias STC 4841-2014, SC 4527-2020 y SC 4126-2021.

Ahora bien, no pierde de vista la Sala que el *ad quem* declaró la ineficacia de la exclusión pactada apoyándose en la sentencia STC 514-2015, y que en pronunciamientos posteriores -en los que aquella ha sido reiterada- no se ha profundizado en el análisis de las distintas piezas contractuales que hacen parte de la póliza de seguro y la correcta interpretación de las disposiciones que regulan la consagración de las exclusiones, como se explicó en precedencia.

Tampoco se desconoce la dificultad surgida debido a que en la referida STC 514-2015, la Corte volvió sobre lo decidido en sentencia de tutela de 25 de julio de 2013, exp. 2013-01591, en la que se encontró respetable la hermenéutica del juzgador que declaró ineficaz una exclusión por no estar ubicada en la primera página de la póliza, en tanto consideró que ella no podía estar *«en las* [páginas] *internas o en la carátula* [de la póliza] *o en las condiciones generales, pues éstas últimas no se pueden identificar con la primera página de la póliza»;* referencia que ha podido generar alguna

indeterminación o confusión sobre el contenido y finalidad respecto de dichas piezas contractuales.

En tal virtud, siendo una de las finalidades del recurso de casación la **unificación de la jurisprudencia** y por ende de la interpretación del ordenamiento jurídico, es procedente adentrarse en el análisis de la significación de la ubicación espacial de las coberturas y exclusiones dentro del contrato de seguro, con el fin de que la Sala **adopte una posición uniforme sobre el particular.**

3.5. La adecuada interpretación de las disposiciones que regulan la consagración de las exclusiones contractuales.

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

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

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

Considera la Sala que la intención del legislador de garantizar la correcta y suficiente información del asegurado y su conocimiento de las coberturas y exclusiones del amparo contratado se cumple a cabalidad cuando éstas se consagran de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir de la primera página de la póliza, lo que permite una redacción clara y detallada que, a su vez, redunda en la adecuada comprensión que busca el artículo 184 del EOSF[54].

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

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

Esta interpretación armónica del EOSF ha sido reconocida por esta Corporación en diversos pronunciamientos. En la sentencia STC 4841-2014[55], la Corte denegó el amparo elevado contra una sentencia en la cual se determinó que había operado una exclusión contenida en la página cuatro de la póliza, encontrando que, como aquellas se consignaban en caracteres resaltados a partir de la primera página y en forma consecutiva, la interpretación del juzgador era válida y respetable.

En sentencia SC 4527-2020[56] se declaró infundado un cargo en el que el censor reprochaba que las exclusiones acogidas por los jueces de instancia no se encontraban incluidas en la primera página de la póliza. En esa oportunidad consideró la Sala que la póliza bajo examen contaba con una descripción destacada de las coberturas y exclusiones, que ocupaban cinco páginas, por lo que tuvo por fallido el ataque que se hizo consistir en que las exclusiones no se encontraban en la primera página de la póliza.

[55] Sentencia STC 4841-2014, 24 abr., exp. 11001-02-03-000-2014-00726-00
[56] Sentencia SC 4527-2020, 23 nov., exp. 11001-31-03-019-2011-00361-01

Y en el mismo sentido, la más reciente SC4126-2021[57] descartó un embate contra la sentencia que daba por eficaces ciertas exclusiones comprendidas en el cuerpo de la póliza, cuyo contenido fue desarrollado en hojas anexas. En ese específico caso, en el que se discutía una póliza sumamente particular, en razón de su complejidad, costo y especialidad, se consideró que tales estipulaciones no contenían vicios que las hicieran inaplicables o ineficaces, con apoyo en el principio según el cual el asegurador tiene la facultad de estipular el riesgo que está dispuesto a asumir.

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

Ahora bien, con el propósito de aquilatar la hermenéutica de la norma en cuestión, debe recordarse que, conforme lo establece el artículo 1046 del Código de Comercio, se denomina *póliza* al documento que recoge el contrato de seguro. Esta póliza en sentido amplio contiene, como se ha visto, *(i)* la carátula, en la que se consignan las

[57] Sentencia SC 4126-2021, 30 sep., exp. 11001-31-03-040-2014-00072-01

condiciones particulares del artículo 1047 *ibídem* y las advertencias de mora establecidas en los cánones 1068 y 1152 del mismo Código; *(ii)* el clausulado del contrato, que corresponde a las condiciones negociales generales o clausulado general; y *(iii)* los anexos, en los términos del artículo 1048 *ejusdem*.

En ese sentido, se insiste en que el ordenamiento mercantil diferencia con claridad la carátula de la póliza de la póliza misma, y que, dada esa distinción, no cabe sostener que la regla del precepto 184 del ESOF debe cumplirse incluyendo los amparos básicos y las exclusiones, «*en caracteres destacados*» en la referida carátula.

Cuando la norma en cita alude a «*la primera página de la póliza*» debe entenderse que se refiere a lo que esa expresión significa textualmente, es decir, al folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado, pues es **a partir de allí** donde debe quedar registrado, con la claridad, transparencia y visibilidad del caso, uno de los insumos más relevantes para que el tomador se adhiera, de manera informada y reflexiva, a las condiciones negociales predispuestas por su contraparte: la delimitación del riesgo asegurado.

En ese entendido, procede la Corte a analizar los cargos formulados por la aseguradora llamada en garantía en contra de la sentencia de segundo grado.

4. Análisis de los Cargos.

4.1. Sostiene el censor que si bien el *ad quem* seleccionó adecuadamente la norma que regula el asunto, esto es, el artículo 184 del EOSF, le dio una interpretación inadecuada, puesto que concluyó que las exclusiones de la póliza de seguro debían consignarse en su carátula y conforme a ese entendimiento declaró la ineficacia de una exclusión adecuadamente consagrada (cargos tercero y cuarto).

El texto de la exclusión alegada es del siguiente tenor:

> «*3. EXCLUSIONES.*
> *EL* ***ASEGURADOR*** *NO ASUME RESPONSABILIDAD ALGUNA Y POR TANTO, NO ESTARÁ OBLIGADO A EFECTUAR PAGO ALGUNO, EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMO DERIVADO DE, BASADO EN, O ATRIBUIBLE A:*
>
> 3.7. *CUALQUIER* ***RECLAMO*** *BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA,* ***CRIMINAL****, DESHONESTA, FRAUDULENTA, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL* ***ASEGURADO*** *O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LEY POR PARTE DEL* ***ASEGURADO*** *SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL* ***ASEGURADO*** *HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS*».

El *a quo* declaró probada la defensa de la aseguradora considerando que operaba la exclusión consagrada en el numeral 3.7 de la póliza de responsabilidad profesional, puesto que los hechos que dieron origen a la reclamación fueron reconocidos por la representante legal de la fiduciaria, motivo por el cual se configuraba la hipótesis contenida en el literal b).

En sede de apelación, el Tribunal revocó esa decisión y en su lugar, declaró la ineficacia de la cláusula y condenó a

la aseguradora a pagar la condena impuesta a la fiduciaria. Para llegar a esa determinación, consideró el colegiado:

> «*Ese argumento no lo refrenda el Tribunal, por cuanto la exclusión no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute sino, solamente, en el clausulado adicional denominado "seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras", por manera que no resulta oponible al demandado principal.*
>
> *No se olvide que, de conformidad con los artículos 44 (num 3°) de la Ley 45 de 1990 y 184 (num 2, lit. C) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y las circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1999 de la Superintendencia Financiera, una restricción de cobertura como la que en su favor invocó la aseguradora (que concierne directamente al amparo objeto del contrato), debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar ineficaz. Así lo precisó, en sede de tutela, la Honorable Corte Suprema de Justicia.*»

Ciertamente, el juzgador interpretó erradamente el texto del artículo 184 del EOSF, puesto que de su simple lectura se evidencia que el precepto no exige que las exclusiones del contrato sean incluidas en la carátula de la póliza, sino en forma continua e ininterrumpida a partir de su primera página, como se ha explicado en esta providencia. Lo anterior conlleva la prosperidad del ataque, debido a la violación del referido canon por interpretación errónea.

4.2. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el *ad quem* no sólo señaló que la limitante alegada debía constar en la carátula de la póliza, sino que, además, sostuvo que la exclusión se encontraba «*solamente, en el clausulado adicional denominado "seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras", por manera que no resulta oponible al demandado principal*».

Esta apreciación es motivo de ataque por parte del casacionista (cargo quinto), al considerar que se omitió la adecuada valoración del documento contentivo del clausulado general denominado «*Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras*», en el que constan las coberturas y exclusiones a partir de la primera página, en forma continua e ininterrumpida.

Para resolver el cargo, debe señalarse que 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 relievar 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.

Más adelante, la póliza consagra las definiciones, los reclamos, las disposiciones sobre defensa y liquidación, el límite de responsabilidad y deducibles y las disposiciones generales, todo ello en caracteres normales.

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.

Al haber considerado el *ad quem* que la exclusión 3.7 se hallaba en un documento adicional, ciertamente desconoció la independencia de los amparos contratados y el clausulado general del seguro de responsabilidad civil profesional, yerro que lo llevó a entender este documento como un clausulado adicional y, por ende, a desconocer el contenido mismo de la póliza de responsabilidad. Este error es trascendente debido a que conllevó la declaratoria de ineficacia de la exclusión alegada y la condena de la llamada en garantía, cuando la consagración de la exclusión correspondía con los requerimientos legales y, por lo tanto, no era aplicable la sanción de ineficacia consagrada en el artículo 184 del EOSF[58].

Por lo anterior, los cargos relacionados con la violación del artículo 184 del EOSF prosperan y se impone el quiebre parcial de la sentencia impugnada, siendo procedente emitir sentencia sustitutiva que desate la apelación promovida por la fiduciaria demandada, solo en cuanto a su desacuerdo con la exoneración de la llamada en garantía, pues en todo lo demás la sentencia impugnada queda incólume.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

[58] En este punto es importante mencionar que en sentencia STC 4851 – 2021, 5 may., la Sala denegó el amparo solicitado por SBS Seguros en un caso similar, por no advertir un actuar caprichoso o desprovisto de fundamento del Tribunal que consideró ineficaz la exclusión por considerar que no se encontraba en la primera página de la póliza, entendimiento que, como se explicó en esta providencia, tuvo la Sala en diferentes pronunciamientos y que precisamente en esta providencia se analiza y se unifica.

1. Control de legalidad.

Se encuentran reunidos los supuestos de orden procesal y no existen irregularidades que comprometan lo actuado, por lo que se decidirá de fondo el presente 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 quinto de la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenó a SBS Seguros S.A. pagar a la demandante la suma de $961´730.122.

Por contraposición, las declaraciones relativas a la confirmación de los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del fallo apelado se tornaron inmodificables, pues no prosperaron las alegaciones de la demandada dirigidas a la casación total de la sentencia impugnada.

3. La sentencia del juez *a quo*.

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia declaró probada la excepción 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 constatarlo con lo acreditado en el proceso, sostuvo el *a quo:*

> *«atendiendo que los hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada-asegurada, por conducto de su representante legal, **como fraudulento**, como se desprende del interrogatorio de parte rendido ante esta Superintendencia, al punto señaló en la audiencia adelantada en varias oportunidades que la gestión desarrollada por el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en la Ciudad de Cali y también representante legal, así como de sus dependientes en dicha sucursal, había sido inusual, indebida, como informó desde la segunda hora con 24 minutos (…) y adicionalmente, que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro eran las conductas anómalas y fraudulentas del gerente de esa fiduciaria en la ciudad de Cali, Álvaro José Salazar, donde se habían sustraído recursos de los negocios administrados en la oficina de la ciudad de Cali de esa fiduciaria.*
>
> *(…)*
>
> *Situaciones por las cuales se configura así la hipótesis contenida en el literal (b) del numeral 3.7 precedente, es decir que para el caso en concreto dicho evento se encuentra expresamente excluido de cobertura conforme lo establece la póliza bajo estudio en tanto tal actuar fraudulento ha sido admitido por el asegurado.*
>
> *Y 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 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».

4. El recurso de apelación.

Acción Sociedad Fiduciaria apeló la sentencia de primer grado, y al formular sus reparos concretos frente a la decisión tomada respecto al llamamiento en garantía, precisó: «*considero respetuosamente que el análisis de la delegatura resulta superfluo y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado. Sin perjuicio del débil análisis del llamamiento, la delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que aún no gozan de certeza*», esto porque a su juicio, no podía tomarse la declaración de la representante como una confesión cuando lo único que se dijo es que se tuvo conocimiento de unos hechos que serían *presuntamente* fraudulentos y en tal virtud se elevó la denuncia, sin que para este momento exista certeza de que los hechos tuvieran tal connotación al no existir una decisión judicial que así lo estableciera.

En tal virtud, sostuvo que la Delegatura «*no elaboró un estudio integrado de todos los elementos fácticos y probatorios para juzgar las conductas procesales de mi representada, sino que, incluso, entrando en el terreno de la contradicción, juzga de manera distinta las*

mismas actuaciones de la demanda dependiendo de las consecuencias jurídicas que intenta aplicar».

Sólo al sustentar el recurso de apelación ante el Tribunal Superior, la demandada alegó 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, argumentos que 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 que en sede de casación se estudió profusamente la ineficacia de la exclusión, los reparos que deben analizarse al desatar la apelación son los siguientes:

(i) La declaratoria del *a quo* conforme a la cual acogió la exclusión 3.7 de la póliza de responsabilidad civil está basada en hechos que aún no gozan de certeza en la medida en que no existe fallo judicial que los califique como fraudulentos.

(ii) No pueden tenerse como admitidos unos hechos presuntamente dolosos por parte de la representante legal de la entidad, quien

simplemente informó que había tenido conocimiento de tales circunstancias y había cumplido su deber de dar aviso a las autoridades, sin que ello constituya una confesión.

5. Análisis de los reparos.

5.1. La prueba de los hechos deshonestos, fraudulentos o dolosos que configuran la exclusión.

Respecto al argumento de la demandada según el cual las conductas fraudulentas del representante legal no gozan de certeza porque aún no existe una decisión judicial que así lo declare, baste decir que ésta sería exigible en caso de que se alegara la configuración de la exclusión 3.7 en su literal A, no así cuando se discute la configuración del literal B, que simplemente exige la admisión por parte de la asegurada de esas conductas.

En tal virtud, la existencia de las conductas deshonestas o fraudulentas del representante legal de la fiduciaria pueden acreditarse en el proceso por otros medios de convicción. Debe recordarse que cuando se trata de una conducta de tal naturaleza en la ejecución del contrato, el llamado dolo contractual (entendido como la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno), no tiene las connotaciones propias del derecho sancionatorio[59] y, por ende, no es necesaria la existencia de

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

una decisión penal o disciplinaria para acreditar su existencia, pues aquel puede derivarse de otras pruebas que lleven al juzgador a la certeza de su comisión.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

> *«Si bien al tenor del artículo 1516 ejusdem el dolo debe ser demostrado, salvo en los casos en que lo presume la ley, ello no quiere decir que exista una tarifa legal o prueba determinada para llevar al fallador al convencimiento de su ocurrencia, razón por la cual, en aplicación del principio de la sana critica, se puede llegar a su establecimiento como consecuencia de deducciones lógicas fruto del mérito dado a los medios de convicción debidamente aportados al proceso.»* (CSJ SC, 5 jul. 2012, radicado 2005-00425-01).

Respecto a la existencia de las conductas fraudulentas, malintencionadas o deshonestas del representante legal de la fiduciaria Álvaro José Salazar, debe tenerse en cuenta que el *a quo* realizó un extenso y detallado análisis que permite afirmar que aquellas se encuentran probadas. El juez de primer grado concluyó que *«el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa, y que esa conducta obedeció a un actuar* ***fraudulento*** *como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio. Quien manifestó no solo que el acta presentaba imprecisiones, sino que las fechas no corresponden con lo que está indicado en ella»*.

Ese entendimiento no fue objeto de reproche en apelación por parte de la fiduciaria, de modo que se trata de una admisión que no puede ser desconocida por esta Corporación convertida en tribunal de instancia. Pero

además, esta conclusión está soportada en las pruebas documentales que muestran que el señor Álvaro José Salazar firmó como representante legal de la demandada el *«ACTA DE VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS ENCARGO FIDUCIARIO DE PREVENTAS PROMOTOR MR-799 MARCAS MALL»*[60], el día 4 de noviembre de 2014, donde se afirmó que, para esa fecha, se contaba con certificación suscrita por la revisora fiscal de la promotora donde constaba que para el desarrollo del proyecto no era necesario el crédito constructor; y que el certificado de tradición y libertad No. 370-695292, correspondiente al lote de terreno en el cual se desarrollaría el proyecto, mostraba que el predio se encontraba *«debidamente registrado a favor del FIDEICOMISO FA-2351 MARCAS MALL cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.»*.

Existe prueba de que tales afirmaciones eran contrarias a la realidad. El certificado de tradición No. 370-695292[61] muestra que para esa fecha -4 de noviembre de 2014-, el propietario del predio era Laboratorios Baxter S.A., y que la transferencia al fideicomiso sólo se realizó el día 1° de diciembre de 2014. Así mismo, la referida certificación de la revisora fiscal tiene fecha de creación el 12 de noviembre de 2014[62], por lo que para el día 4 anterior no existía.

Además, encuentra la Sala que el *a quo* realizó un análisis integral del desarrollo del negocio fiduciario Marcas

[60] Folio 109 digital, derivado 000.
[61] Folio 114 digital, derivado 000.
[62] Folio 135 digital, derivado 000.

Mall, en virtud del cual llegó a las siguientes conclusiones, que tampoco fueron reprochadas en sede de alzada:

(i) La fiduciaria destinó los recursos de los inversionistas para una actividad contraria a la estipulada en los contratos, pues giró la suma de $14.838´833.110 al propietario del lote sobre el cual habría de construirse el centro comercial, predio que fue pagado con dineros de los inversionistas pese a que era requisito *sine qua non* para la transferencia de tales recursos que ese lote se encontrara previamente en cabeza del fideicomiso. Esto pudo lograrse precisamente porque se firmó el acta de verificación de cumplimiento de recursos, que permitió disponer de los dineros de los inversionistas desde ese mismo 4 de noviembre de 2014, pese a no haberse cumplido los requisitos de transferencia.

(ii) El incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria está relacionado con la forma cómo su representante legal Álvaro José Salazar administró indebidamente el negocio fiduciario, de modo que su conducta tuvo incidencia causal en el resto de la relación negocial y creó una tendencia en la conducta de la fiduciaria y una cadena de incumplimientos.

(iii) Esa indebida administración, ligada al incumplimiento contractual, se desprende de la información contenida en los informes de auditoría realizados por la demandada, del testimonio del auditor y de la denuncia elevada por la fiduciaria contra Álvaro José Salazar por

múltiples delitos relacionados con el manejo de los negocios fiduciarios a su cargo.

(iv) Las conductas del representante legal relacionadas con el negocio fiduciario Marcas Mall y relievadas por el *a quo*, admiten el siguiente compendio:

- Álvaro José Salazar tenía su firma estampada en la *tarjeta de firmas* del fideicomiso Marcas Mall, cuando el único que podía tenerla y por ende ordenar el gasto de los recursos era su titular. Por lo anterior, pudo disponer y en efecto dispuso 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*.

- 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 la madre de Álvaro José Salazar.

- Álvaro José Salazar, como representante legal de la fiduciaria, convino la modificación del contrato de fiducia para incluir la posibilidad de expedir certificados de garantía con cargo a bienes fideicomitidos, con lo cual desnaturalizó los fines del contrato y permitió que el patrimonio autónomo de

Marcas Mall garantizara obligaciones de terceros totalmente ajenos al negocio.

- Los ingresos y egresos irregulares generaron como resultado que, para la fecha en que la fiduciaria denunció a su representante (2 de abril de 2018[63]), el fideicomiso Marcas Mall tuviera un faltante de $16.775´662.951.

- En la denuncia elevada por la fiduciaria se describe cómo su representante legal actuó en contra de las instrucciones del fideicomitente en el 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».*

[63] Folio 35 digital, derivado 018.

El actuar fraudulento del representante legal de la fiduciaria emerge diáfano de la valoración conjunta de las pruebas, como lo declaró el *a quo*. Así las cosas, existiendo prueba suficiente de la conducta dolosa del representante legal de la fiduciaria, no son atendibles los reproches de la convocada en el sentido de que los hechos no gozan aún de certeza, dado que simplemente se había puesto en conocimiento de las autoridades su presunta comisión.

5.2. La admisión de la fiduciaria de los hechos deshonestos, fraudulentos o dolosos que configuran la exclusión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la exclusión 3.7 admitida por el *a quo* requiere que tales conductas hayan sido **admitidas** por el asegurado (literal B), encuentra la Sala que tampoco erró el juzgador de primer grado al encontrar configurada la exclusión.

Sea lo primero resaltar que admitir no significa tolerar, prohijar, favorecer o avalar tales conductas incorrectas, simboliza simplemente reconocer su existencia. En ese sentido, encuentra la Sala que la admisión de tales conductas se desprende de varios medios de prueba, como se verá a continuación.

En primer lugar, el interrogatorio de parte de la representante legal de la fiduciaria rendido en audiencia del 7 de febrero de 2020 muestra cómo aceptó, refiriéndose al

acta de verificación de requisitos del 4 de noviembre de 2014[64], lo siguiente:

> *«P: ¿Conoce usted este documento y el contenido del mismo?*
> *R: Si.*
>
> *P: En ese sentido, ¿puede indicarle usted al despacho como es cierto sí o no que esta acta que se le pone de presente tiene información falsa, inexacta o alejada de la realidad?*
> *R: Si. El acta tiene unas imprecisiones.*
>
> *P: ¿Podría por favor especificar qué información que está en esta acta es falsa, inexacta o alejada de la realidad?*
> *R: Algunas fechas de acuerdo a los soportes o anexos que tiene el acta no corresponden con lo que está indicado en ella.*
>
> *P: ¿Podría especificar al despacho respecto a qué puntos los anexos no corresponden con el contenido del acta?*
> *R: La fecha de la carta de la revisoría fiscal de marcas mall donde se señala que no se requiere el crédito constructor, así como la existencia de un certificado de tradición del inmueble denominado Lote Baxter en el que se da cuenta que fue transferido al fideicomiso marcas mall.*
>
> *P: De conformidad con la denuncia penal a la que usted ha hecho alusión en respuestas anteriores, ¿puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que Acción Sociedad Fiduciaria considera que el señor Álvaro José Salazar Romero realizó maniobras fraudulentas, anómalas y/o contrarias a la ley?*
> *R: Si. Esa es la razón de ser por la cual se radicó la denuncia penal y estamos atentos a las determinaciones que tome la fiscalía.*
>
> *(…)*
>
> *P: ¿Puede usted indicarle al despacho como es cierto sí o no que el señor Álvaro José Salazar era la persona encargada en nombre de Acción Fiduciaria de verificar el cumplimiento de los requisitos de punto de equilibrio para el proyecto marcas mall?*
> *R: Si.».*

[64] Minuto 2:49:34, derivado 060.

Según el certificado de existencia y representación de la compañía[65], 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 las maniobras fraudulentas del gerente de la oficina de Cali que determinaron la administración indebida del negocio fiduciario y el incumplimiento contractual declarado en este proceso. Habiendo rendido su declaración de forma consciente y libre en la audiencia inicial, 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.

Pero además del interrogatorio, las pruebas documentales evidencian el reconocimiento que hizo la fiduciaria del actuar ilícito de su representante legal Álvaro José Salazar, a través de la denuncia elevada 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; así como de la reclamación que la misma entidad hiciera a la aseguradora,

[65] Folio 33 digital, derivado 013.

afectando el amparo de infidelidad, incluido en la póliza integral para bancos y entidades financieras, también contratada bajo el contrato de seguro 1000099.

Del interrogatorio de parte de la representante legal de la fiduciaria se desprende que la entidad no sólo elevó la reclamación por infidelidad a causa de la conducta de Álvaro José Salazar relacionada con varios fideicomisos a cargo de la oficina de Cali, entre ellos el de Marcas Mall, sino que en virtud de dicha reclamación recibió más de catorce mil millones de pesos como pago por parte de la aseguradora[66]:

> *«P: ¿Puede indicarle al despacho como es cierto sí o no que Acción Sociedad Fiduciaria presentó frente a SBS una reclamación por $14.820´197.850 bajo el amparo de infidelidad que es la sección uno de la póliza 1000099?*
> *R: Si.*
>
> *P: ¿Puede indicar al despacho si su representada tuvo algún pago por esa reclamación?*
> *R: Si.*
>
> *P: ¿Puede indicarnos la suma del pago?*
> *R: Catorce mil millones aproximadamente.*
>
> *P: ¿Puede indicar al despacho como es cierto si o no que el fundamento de la reclamación a la que usted hace referencia tiene fundamento en el actuar fraudulento del señor Álvaro José Salazar como representante legal de la oficina de Cali de Acción Fiduciaria?*
> *R: Si, con ocasión de la sustracción de recursos de fideicomisos administrados en dicha oficina.».*

Como es sabido, el amparo de infidelidad protege a la institución financiera de los daños causados por los actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados, con la

[66] Minuto 2:55:14, derivado 060.

intención de causarle a la sociedad una pérdida o de obtener ellos mismos una ganancia indebida. Sobre ese amparo ha dicho la Sala: *«la cobertura se otorga a pérdidas causadas y descubiertas por la entidad asegurada, ocasionadas por conductas de sus empleados, las cuales no son de mera negligencia, sino actos voluntarios encaminados específicamente a causar un menoscabo patrimonial a la primera, de modo que en ellos es posible detectar el evidente o notorio propósito de producir ese daño».* (CSJ, SC 18594-2016, 19 dic.)

Acorde con ello, las conclusiones probatorias del *a quo* que llegaron indiscutidas a segunda instancia y los medios de convicción aquí reseñados son contundentes y permiten concluir que la conducta que llevó al incumplimiento contractual estuvo determinada por un actuar por lo menos deshonesto del representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria.

Así mismo, 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 inmobiliario 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.

Así las cosas, la decisión de la Superintendencia Financiera se encuentra ajustada a derecho y, por ende, será íntegramente confirmada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida de 3 de agosto de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero promovido por Inversiones Uropán y Cía. S. en C. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en el que fue llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A. Lo anterior únicamente en cuanto dispuso: *(i)* revocar el ordinal quinto de la sentencia apelada; *(ii)* desestimar las excepciones de la aseguradora llamada en garantía, y *(iii)* condenarla al pago de $961.730.122.

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., dada la prosperidad de su impugnación extraordinaria (artículo 365, numeral 1, Código General del Proceso).

CUARTO. 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 28 de enero de 2021, 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. Liquídense 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

(Salva parcialmente voto)
HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Presidente de Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira
Firma Salvamento parcial de voto

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

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

Código de verificación: 41EC1FD4152ED2C10F7389B17D5CB91C2A5BEABD826B9D4BC0168F8150921353
Documento generado en 2022-09-27

MAGISTRADA
HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Radicación n° 11001-31-99-003-2018-72845-01

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 «*Si bien el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (DL 663 de 1993) es una norma que regula el régimen de pólizas y tarifas en la actividad aseguradora y por esa razón podría considerarse, prima facie, como un precepto que simplemente enumera o enuncia los requisitos de aquellas; lo cierto es que el literal a) de su numeral segundo 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.
Así mismo, su literal c) 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».

Me aparto respetuosamente de tal argumento, por cuanto 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.

En el *sub examine* Acción Sociedad Fiduciaria S.A. llamó en garantía a AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. (ahora SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.), con el propósito de que se declarara su derecho a obtener de esta última «*el reembolso del pago que tuviere que hacer por indemnización de perjuicios con fundamento en la póliza de seguro 1000099, si resultare condenada en el proceso promovido en su contra por UROPAN Y CIA*».

Frente a dicha reclamación la aseguradora se opuso formulando la exceptiva que tituló «*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 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*». Defensa que no halló eco en el sentenciador de segunda instancia, quien al amparo de lo indicado en la sentencia STC514-2015 de 29 de enero de esta Colegiatura arguyó, que «*la exclusión no hizo parte de la carátula de la póliza sobre la que aquí se discute sino, solamente, en el clausulado adicional denominado "seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras", por manera que no resulta oponible al demandado principal. No se olvide que, de conformidad con los artículos 44 (núm. 3°) de la Ley 45 de 19906 y 184 (núm. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero", y las circulares externas 007 de 1996ª y 076 de 19999 de la Superintendencia Financiera, una restricción de cobertura como la que en su favor invocó la aseguradora (que concierne directamente al amparo objeto del contrato), debe ser consignada en la reseñada pieza contractual, so pena de resultar ineficaz.*

Acorde con esto le impuso «*pagar a Inversiones Uropan y Cía. S. en C. (o el reembolso a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si ya efectuó el pago*

total de la condena) la suma capital de $961'730.122, dentro del término fijado en el numeral 3º de la sentencia de primera instancia. Si no se cumple oportunamente lo anterior, se causarán intereses moratorios comerciales sobre ese monto».

De esta forma expuso el sentenciador el alcance de dicho precepto y conforme a ese entendimiento halló ineficaz la exclusión blandida por la Aseguradora y, consecuentemente, accedió al decreto de la obligación de garantía que instó la fiduciaria.

Deviene de lo indicado, que sería esta particular circunstancia la que justificaría, en últimas, que en el caso *sub lite* se admita en gracia de discusión la sustancialidad del precepto examinado, habida cuenta de ser el que blandió el tribunal para acoger las pretensiones del llamamiento en garantía.

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, la asunción y delimitación de los riesgos, dando cuenta del reconocimiento que legal[1] 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 079 de 2014 de la Superintendencia Financiera, para hacer precisión en los componentes de las pólizas distinguiendo entre la carátula y el cuerpo de ésta.

[1] *Art. 1056 Código de Comercio.*

A partir de esta distinción, y haciendo remembranza de las contrapuestas posturas que frente al tema se han alzado al interior de esta Corte[2], colige que es a partir de la primera página del "*cuerpo de la póliza*" en donde se deben registrar las exclusiones, puesto que con ello «*no sólo permite cumplir con las exigencias de información y conocimiento del tomador sino también atender el principio general de prevalencia de la voluntad de las partes contratantes*».

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

---

[2] *STC de 25 de julio de 2013, exp. 2013-01591, STC 514-2015, 29 ene., STC 17390-2017, 25 oct., STC 9895-2020 y STC 12213-2021, 16 sep.; STC 4841-2014, SC 4527-2020 y SC 4126-2021*

anexos vinculados a unas especialísimas circunstancias[3], 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 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.

[3] *Artículo 1048 Código de Comercio.*

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 Ossa[4] 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 las exclusiones referidas en los apartes 3.7. y 3.14, reconociéndoles eficacia, pese a no estar contenidas en la primera página.

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

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

«*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 relacionar 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*».

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

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

exclusiones, definiciones, garantías y otros aspectos connaturales.

Adicionalmente está documental que refiere al «*AMPARO DE PÉRDIDAS A TRAVÉS DE SISTEMAS COMPUTARIZADOS (LSW238)*», junto a otro adicional titulado «***PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS***» con similar estructura, siendo en este último en donde aparecen registradas las exclusiones que fueron aducidas por la aseguradora para soportar sus excepciones.

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

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

Siendo ello así, deviene cuestionable que amparados en la postura que admite como interpretación satisfactoria del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las exclusiones no necesariamente tienen que constar en la primera página, se está reconociendo eficacia a exclusiones que la aseguradora, a su criterio, plasma de manera indiscriminada y dispersa en póliza, con lo cual se afecta el derecho del consumidor a una información clara y contundente del alcance de los siniestros inequívocamente amparados, pero sobre todo los que se deben tener por excluidos de la cobertura.

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

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

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

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira
Firma Salvamento parcial de voto

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

Código de verificación: 24371B1631B7B89D98DBB7898AEEF92F2405B419AEAD21010F07F6918A31EF38
Documento generado en 2022-09-27