



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

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado Ponente

SC442-2023

Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-01694-01

(Aprobado en sesión de diecinueve de octubre de dos mil veintitrés)

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

Esta Sala decide el recurso de casación interpuesto por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 26 de julio de 2021, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero que instauró KBJ S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y la recurrente (llamada en garantía).

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

Con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, KBJ S.A.S. pidió declarar que Acción Fiduciaria S.A. incumplió las obligaciones «*contractuales y legales*» derivadas del contrato de encargo fiduciario n.º 001100010247, del 3 de marzo de 2015, con la finalidad de adquirir el local

comercial n.º 4-003 del proyecto inmobiliario «*Centro Comercial Marcas Mall Cali*». En consecuencia, solicitó condenar a la convocada a restituirle todos los recursos que transfirió al proyecto (\$1.228.500.000), junto con los intereses correspondientes que se causen hasta que se verifique el pago.

2. Causa petendi.

2.1. La demandante narró que el 20 de enero de 2014, Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. respecto del encargo fiduciario de preventas MR-799, suscrito mediante documento privado del 17 de diciembre de 2013. Que la sociedad KBJ y la promotora Marcas Mall de Cali S.A.S. celebraron el contrato mercantil inmobiliario FA-2351. Y que el 3 de marzo de 2015, la demandante, junto con la sociedad Lay On Capital S.A.S., suscribieron con Acción Fiduciaria S.A. el convenio de encargo fiduciario individual n.º 0001100010247, por valor de \$3.150.000.000 m/cte, con el propósito que esta tuviera la «*guarda, administración, custodia y cuidado*» de los recursos. Además, una vez cumplidas las condiciones, estos debían ser transferidos a la promotora con el fin de adquirir el local comercial n.º 4-003 del proyecto referenciado, sin que a la fecha se haya suscrito la correspondiente escritura pública.

2.2. Sostuvo que KBJ S.A.S. y Lay On Capital S.A.S. atendieron a plenitud sus obligaciones. Esto es, entregar, cada una, la suma de \$1.228.500.000. Y suministrar la

información requerida por la fiduciaria y el promotor. Sin embargo, se adujo que la demandada no hizo lo suyo. Esto pues, i) se abstuvo de informarle, al momento en que acordaron el encargo fiduciario, que el 4 de noviembre de 2014 «había suscrito el acta de verificación de cumplimiento de los requisitos y había transferido los recursos a la promotora», con lo que infringió su deber legal de revelar la información sobre el manejo de recursos y el cumplimiento del punto de equilibrio o de transferencia. Y ii) que si bien el 4 de noviembre de 2014 se entregó el acta de verificación para la transferencia de los recursos a la promotora, bajo el supuesto de que se cumplieran con todas las condiciones acordadas, lo cierto es que la demandada tampoco verificó que se encontraban satisfechas las obligaciones relacionadas con: a) la transferencia al fideicomiso de la propiedad del inmueble en el que se levantaría el proyecto Marcas Mall (para el 4 de noviembre de 2014, fecha de suscripción de la supuesta “acta de verificación”, el titular del derecho de dominio aún era Laboratorios Baxter S.A.S.). b) La celebración de encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas en aras de verificar el punto de equilibrio correspondiente. Suprimir –sin informarle- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que, para la transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los inversionistas debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en la compraventa. Y c) la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor.

2.3. Añadió que, con contrato suscrito el 5 de septiembre de 2017, la sociedad Lay On Capital S.A.S. cedió

a KBJ S.A.S. sus derechos en el encargo fiduciario individual n.º 0001100010247.

2.4. En resumen, la demandante señaló que, por las infracciones referidas, su contraparte debe responder por los recursos entregados para su administración. Esto, al haber faltado a sus deberes de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y claridad sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones.

3. Trámite procesal.

3.1. Una vez admitida la demanda con auto del 31 de agosto de 2018, Acción Fiduciaria S.A. compareció oportunamente. Y formuló las defensas denominadas: «*cláusula compromisoria*». «[Ausencia de responsabilidad] *por inexistencia del daño e inexistencia del nexo causal*». «[E]rror en la identificación del contrato celebrado». «[F]alta de legitimación en la causa *por pasiva*». Y «*excepción genérica*». Sostuvo, en síntesis, que fungió como administradora y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria, mas no de un patrimonio autónomo. Que su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más. Que los recursos se transfirieron de conformidad con lo pactado contractualmente. Que siempre informó a la actora de las modificaciones a través de boletines. Que, si hubo un perjuicio para la demandante, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A. Que el contrato de encargo fiduciario

debatido, está coligado al convenio de promesa de compraventa de inmueble, firmado entre KBJ S.A.S. y el promotor. Que no se satisfacen los elementos de la responsabilidad contractual regulada en el artículo 1604 del C.C. Y que no existe daño real, directo, efectivo y determinado, máxime cuando la demandante «no ha perdido la calidad de inversionista»¹.

3.2. La demandada llamó en garantía a AIG Seguros Colombia S.A. -hoy SBS Seguros Colombia S.A-. Enterada de su vinculación, la aseguradora excepcionó: «ausencia de cobertura por inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria». «[A]usencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099..., en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro». «[I]mprocedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior a la póliza... n.º. 1000099». «[A]gotamiento del valor asegurado». «[A]plicación 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 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».

¹ Folios 11-13, derivado 14 del expediente digital.

3.3. Llamante y llamada en garantía objetaron el juramento estimatorio. Sin embargo, con auto del 18 de julio de 2019, se desestimaron esos pedimentos, por desatender las exigencias contempladas en el artículo 206 del CGP.

3.4. La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia –con sentencia del 28 de enero de 2021- desestimó las defensas formuladas por Acción Fiduciaria S.A. Y la declaró civil y contractualmente responsable por los perjuicios causados a la demandante. La condenó a pagar la suma de \$1.496.509.135. Y previno a la demandada que debía acreditar el cumplimiento de la sentencia en un lapso de 8 días, so pena de dar aplicación al numeral 11 del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

Por 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 del entonces representante legal de la fiduciaria².

3.5. Inconforme, la sociedad demandada interpuso recurso de apelación. Este fue concedido ante la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

² Folio 48, derivado 96 del expediente digital.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C. –con sentencia del 26 de julio de 2021- confirmó el fallo impugnado en lo relativo al incumplimiento de la fiduciaria y a la devolución de los dineros entregados por la demandante. Pero revocó el numeral 5º. Y, en su lugar, declaró infundadas las defensas formuladas por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la demandada y el llamamiento en garantía que le hizo Acción Sociedad Fiduciaria S.A. -salvo la de «*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*». En consecuencia, condenó a la aseguradora a pagar a la demandante –o a reembolsarle a la fiduciaria, si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$1.346.509.135, dentro del término fijado por el *a-quo*. Determinó que los restantes \$150.000.000 (deducible), serían asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen. Y condenó en costas a la demandada. Para arribar a esas consideraciones, expuso lo que viene:

1. No estaba llamado a prosperar el reparo frente a la falta de integración del litisconsorcio por pasiva, que se fincó en la ausencia de convocatoria a juicio de la promotora del proyecto Marcas Mall Cali S.A.S. y al tercero Urbanizar S.A. En efecto, conforme a la demanda, «*la cuestión a resolver se circunscribe a vicisitudes concernientes a la relación contractual individual que surgió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria*

S.A.». De suerte que, en el caso, no resultaba aplicable la figura prevista en el artículo 61 del CGP.

2. Disintió de lo afirmado por la recurrente sobre la congruencia y motivación del fallo. Esto, en tanto la resolución de primer grado estuvo enmarcada en los hechos, pretensiones y excepciones alegadas en la demanda y en las contestaciones, conforme al artículo 281 del CGP. Además, destacó que, 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-. Y descartó la incongruencia alegada, pues del texto de la demanda, ninguna oscuridad o imprecisión se extrae de que lo allí alegado fue «*el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le endilgó a su contraparte respecto de los recursos que su cedente (inversionista) le entregó para su diligente administración*».

3. En lo atinente a la existencia de la obligación contractual y la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil deprecada, según lo probado en el expediente, halló demostrada la responsabilidad de la demandada, pues esta: i) desatendió su deber contractual, al transferir los recursos de la demandante a la promotora, sin estar cumplidos los requisitos atrás estudiados. De manera que, «*la falta atribuida, como lo indica el artículo 63 del Código Civil, no*

atiende... *“el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios” (culpa leve), habrá de asumir las consecuencias adversas de su actuar despreocupado... (CSJ, STC11843-2019, se resalta)». ii) El incumplimiento produjo un daño. Esto es, «una lesión al patrimonio de la accionante, pues, como se anticipó, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que es claro que si fue ella quien dio lugar a la entrega de los dineros al promotor, sin la verificación que se esperaba contractualmente de su parte, en manera alguna puede pretender evadir su responsabilidad para hacer ahora dirigir a la demandante al proceso concursal que se le sigue a la promotora, cuando, a fin de cuentas, ninguna necesidad tendría la demandante de acudir a esa liquidación, de haber cumplido a cabalidad la recurrente con la convención». Y iii) la existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo. Al respecto, encontró que la demandante sufrió el daño, *“que se materializa en la pérdida del dinero invertido y la imposibilidad actual en que se construya el Centro Comercial Marcas Mall en Cali, Valle del Cauca en el cual se ubicarían locales comerciales que se querían adquirir, todo por culpa de la sociedad fiduciaria, quien le entregó los recursos al promotor y constructor sin cumplir los requisitos legales y quien a la postre, incumplió la ejecución de la obra y ahora está en trámite de liquidación de su patrimonio por cesación de pagos».**

4. Finalmente, con respecto 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 que se amparó la *«responsabilidad civil profesional financiera»*, resaltó que el punto medular es establecer si la primera instancia erró al acoger la alegada exclusión contemplada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, según la cual: *«cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulento, malicioso o*

intencional del asegurado o cualquier violación de una la 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”».

Sobre el particular, subrayó que, si bien Acción Sociedad Fiduciaria S.A. sostuvo *«a través de su representante legal, haber formulado la acción penal que correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido (min. 1:35:00), aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fue precisamente las conductas anómalas», lo cierto es que el a-quo pasó por alto que «esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comentario) deviene ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación»³ (se resalta).*

Y es que, a no dudarlo, *«la restricción que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (un. 3º) de la Ley 45 de 1990 y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y a la luz de las circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1999 de la Superintendencia Financiera, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se itera, no demostró la llamada en garantía».* Así las cosas, concluyó que no podía la primera instancia acoger la defensa –contra el llamamiento- que en ese sentido formuló SBS Seguros Colombia S.A.

³ Ver sentencia de 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00, M.P Margarita Cabello Blanco.

Por esta razón –ineficacia de la estipulación-, declaró impróspera la excepción de «ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las... consignadas en el» numeral “3.14 de las condiciones generales del seguro”⁴, que invocó la aseguradora frente al llamamiento. Además, determinó que no prosperan las restantes excepciones formuladas por la aseguradora frente a la demanda denominadas: «inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante» y «falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.», pues ambas ameritaron un despacho frontal y conjunto en el numeral 3.2. de las consideraciones expuestas.

En punto de la «excepción» genérica, indicó que no solo de antaño se ha dicho que no existe, sino que tampoco se encuentra acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento oficioso. Respecto de la defensa según la cual hubo «ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria», fundada en que amparó «actos profesionales incorrectos» y no podía endilgarse responsabilidad a su llamante por los hechos a que alude el libelo introductorio, «aunado a que no se causó un daño por cuenta de su amparada, como tampoco infracción de sus deberes contractuales

⁴ Según la cual «cualquier reclamo basado u originado por un hurto, un fraude, una desaparición inexplicada, así como cualquier hecho que pueda ser indemnizado bajo una póliza integral bancaria o póliza equivalente, cualquiera que sea el valor asegurado y aun cuando el asegurado mantenga o no vigente dicha póliza».

y legales, es suficiente remitirse igualmente a lo dicho en el numeral 3.2., que, en lo medular, concluyó que la apelante sí incumplió a lo que se obligó y le causó a la demandante un “perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado». Y tampoco se acogió la improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado, por cuanto la aseguradora no acreditó, como era su obligación, «en los términos del artículo 167 del CGP, la afectación (en ese apartado de responsabilidad civil profesional) de la anunciada póliza con el pago de siniestros en una cuantía superior a ese monto».

5. En una palabra, *«como la demandada no logró socavar con sus argumentos el fallo apelado, este será confirmado en lo atinente a declarar su responsabilidad con la consecuente condena que le fuere impuesta -previo descuento del deducible que pactó con SBS Seguros Colombia S.A.-, por un lado, y por el otro, se revocará en cuanto frustró el llamamiento en garantía, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandante, ante las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.»*

III. DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon cinco cargos –admitidos-, con fundamento en los motivos primero y segundo. Se emprenderá el estudio de los cargos tercero, cuarto y quinto por tener vocación de prosperidad. Y se estudiarán en conjunto por cuestionar las mismas consideraciones del Tribunal y por apoyarse en similares medios de convicción.

CARGO TERCERO

Denunció la violación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -en adelante, EOSF. Estimó que el Tribunal declaró la ineficacia de una exclusión que fue pactada de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Y que, de haberse tenido en cuenta, hubiese dado lugar a la exoneración de la condena proferida contra la aseguradora. Frente a lo afirmado por el Tribunal en el fallo recurrido⁵, 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 Co⁶».*

Sumado a ello, destacó que *«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*

⁵ «Sin embargo, por más que las cosas fueren de ese modo, el a quo pasó por alto que esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comento) deviene ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo destacado recientemente por la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación». Páginas 18 y 19 del fallo recurrido.

⁶ «Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera, parte II, título IV, capítulo II, numerales 1.2.1.1. de la Circular Básica Jurídica, así: 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.Co. 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.Co. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal».

sección III de la póliza de responsabilidad civil profesional, porque en esta se establecen amparos y exclusiones de manera continua a partir de la primera página, estando la exclusión en comento en la página seis (6) a continuación, con total transparencia y claridad, de la descripción y enunciación de todos los amparos o coberturas otorgados por el contrato». Tal argumento se respaldó con lo decidido por esta Sala en CSJ SC4126 del 30 de septiembre de 2021.

Para terminar, concluyó que si la norma en comento se hubiera interpretado adecuadamente, no se habría declarado la ineficacia de la exclusión 3.7 de la póliza de responsabilidad civil profesional. Y que 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».*

CARGO CUARTO

Censuró la violación directa por aplicación indebida del artículo referido -184 del EOSF-. Puntualmente, la sanción de ineficacia que este contempla, por cuanto sólo procede cuando las exclusiones no están establecidas conforme a la norma, *«situación que no se presenta en el proceso, pues está probado que la póliza expedida por SBS está conforme con las disposiciones legales correlativas».* Al respecto, resaltó –primero- 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. Y, segundo, no

analizó que la sanción de ineficacia aplica únicamente para aquellas exclusiones que no están en consonancia con la disposición normativa en cuestión.

Finalmente, 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».

CARGO QUINTO

Con fundamento en el motivo segundo de casación, se censuró la violación indirecta del artículo 184 del EOSF, por causa de error de hecho manifiesto y trascendente, cometido al apreciar la póliza expedida por la aseguradora. Especificó que el yerro se configuró. Aseveró que 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, estimó que 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.

Por otra parte, en cuanto a la omisión de las pruebas relacionadas con el conocimiento de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. de la póliza, su calidad de vigilada y la participación de un intermediario de seguros, indicó 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, destacó que se *«evidencia la preterición de las pruebas que hizo el juez de segunda instancia respecto de la condición de la Fiduciaria como entidad vigilada 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. En primer lugar, se resalta el carácter sustancial de la norma acusada. Ciertamente, algunos de los apartes del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tienen la potencialidad de declarar, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas concretas entre la aseguradora y la asegurada. Así lo ha entendido esta Sala en sentencia CSJ SC2879-2022, reiterada en SC276-2023.

2. La cabal comprensión de este caso supone conocer la siguiente temática. Del artículo 1036 del Código de Comercio, se puede inferir que el contrato de seguro es una relación jurídica de carácter mercantil, bilateral, onerosa, aleatoria y de ejecución continuada. En virtud de este convenio, el *asegurador*, dentro de unos límites pactados, se obliga a indemnizar los daños sufridos por el *asegurado*, a propósito del acaecimiento de un evento incierto -riesgo englobado en la cobertura-. Así mismo, el *asegurador* también se obligaría «*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’*»⁷. Como se sabe, es posible que «*las condiciones de tomador y asegurado confluyan en una misma persona, caso en el cual ésta será*

⁷ CSJ radicado 2000-00075-01, 19 dic. 2008.

quien consienta en el negocio y quien, además, sea titular del interés asegurable»⁸.

2.1. El riesgo asegurable, por su parte, *«constituye la probabilidad o posibilidad (contingencia) de realización de un evento dañoso (siniestro) previsto en el contrato, y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida»⁹*. Es decir, este riesgo asegurable - asumido por el asegurador-, es una probabilidad estrictamente matemática,¹⁰ que está edificado desde las consecuencias contractuales lesivas producidas por un acontecimiento futuro e incierto. Así y todo, *«el mecanismo de transferencia del riesgo no es irrestrictivo, 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 determinada exclusión, y que responden a justificaciones técnicas que imponen la delimitación contractual de las coberturas»* (CSJ SC2879-2022).¹¹

2.2. Así, por ejemplo, las denominadas *exclusiones contractuales* tienen como propósito limitar negativamente el “riesgo asegurado”, *«al dejar por fuera de cobertura algunas situaciones que podrían estar allí comprendidas y que, por ende, de acontecer no son indemnizables.»* (CSJ SC4574-2015). Sobre el particular, esta Sala –con CSJ SC4527-2020¹²- ha reclamado

⁸ CSJ SC 5327-2018, 13 dic.

⁹ Stiglitz, Rubén S. Derecho de Seguros. Tomo I. 6ª edición. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires, 2016, pág. 291.

¹⁰ CSJ SC002-2018, reiterada en CSJ SC276-2023.

¹¹ 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 razonamientos, válidos siempre que el acotamiento del riesgo tenga una justificación técnica y no obedezcan al capricho del asegurador».*

¹² En este primer fallo, se estableció lo que viene: *«En ese mismo cargo segundo se duele el casacionista de que las exclusiones no estaban en caracteres destacados en la primera página*

que las exclusiones contractuales sean claras: deben estipularse con caracteres destacados. En esta senda, con sentencia CSJ SC2879-2022, reiterada en SC276-2023-, se consideró que, «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...» (se resalta). En una palabra, en las pólizas de seguro los amparos básicos y las exclusiones que figuren, en caracteres destacados -como se reclamaba con el fallo SC4527-2020-, a partir de la primera página de la póliza, en forma continua e ininterrumpida, sí cumplen con lo exigido por el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por la jurisprudencia de esta Corte.

2.3. Por lo demás, téngase en cuenta que, en materia de interpretación de contratos de seguros, subyacen aspectos técnicos que, analizados y aplicados al ramo y a los riesgos potencialmente amparables por el asegurador. Esto es, *«el contrato de seguro es de interpretación restrictiva y por eso en su ámbito operativo, para determinar con exactitud los derechos y las obligaciones de los contratantes, predomina el texto de la que suele denominarse “escritura contentiva del contrato” en la medida en que, por definición, debe conceptuársela como expresión de un conjunto sistemático de condiciones generales y particulares que los jueces deben examinar con*

de la póliza. Pero, puede observarse cómo a folios 148 a 152 del cuaderno principal, la póliza integral modular para vehículos de transporte público de pasajeros objeto de esta causa litigiosa tiene caracteres destacados (en letras mayúsculas y en negritas) las coberturas y las exclusiones que ocupan cinco páginas. Así las cosas, el ataque es claramente fallido».

cuidado, especialmente en lo que tiene que ver con las cláusulas atinentes a la extensión de los riesgos cubiertos en cada caso y su delimitación» (CSJ SC002-1998, de 29 de enero de 1998, rad. n.º 4894, reiterada en CSJ SC4527-2020).

3. En el caso, la sociedad recurrente –desde tres ángulos distintos- denunció la infracción del artículo 184 del EOSF, por haber errado el Tribunal en su interpretación, aplicarlo indebidamente y apreciar mal la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional que expidió -concluyó que las exclusiones de la póliza debían consignarse en su carátula-. Conforme a ese entendimiento, declaró la ineficacia de una exclusión consagrada adecuadamente.

El texto de la exclusión alegada es del tenor siguiente:

...3. EXCLUSIONES.

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

*...3.7. CUALQUIER **RECLAMO** BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTE, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL **ASEGURADO** O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LEY POR PARTE DEL **ASEGURADO** SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL **ASEGURADO** HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS...¹³*

3.1. La Superintendencia declaró probada la defensa de la aseguradora. Determinó que operaba la exclusión

¹³ Carpeta 016 del Cuaderno Primera Instancia digital.

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 el representante legal de la fiduciaria. De manera que, se configuraba la hipótesis contenida en el literal b).

3.2. En sede de apelación, el Tribunal revocó esa decisión. Y, en su lugar, declaró la ineficacia de la cláusula. En consecuencia, condenó a la aseguradora a pagar la condena impuesta a la fiduciaria. Para ello, consideró lo siguiente. Si bien Acción Sociedad Fiduciaria S.A. sostuvo, a través de su representante legal, haber *«formulado la acción penal que correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido, aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fue precisamente las conductas anómalas»*, lo cierto es que el *a-quo* pasó por alto que esa *«limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comento) **deviene en ineficaz**, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación¹⁴»*. (se resalta). Además, puntualizó que, *«a no dudarlo, la “restricción” que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (núm. 3º) de la Ley 45 de 1990 y 184 (núm. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y a la luz de las circulares externas 007 de 1996 y 076 de 1999 de la Superintendencia Financiera, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se itera,*

¹⁴ Ver sentencia de 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00, M.P Margarita Cabello Blanco

no demostró la llamada en garantía». (destacado para hacer énfasis).

4. Con fundamento en los lineamientos expuestos, se tiene que los razonamientos del Tribunal no podrían ser compartidos por esta Sala. De allí la prosperidad de los embates estudiados. Ciertamente, el fallador atribuyó una inteligencia distinta de aquella que consagra el artículo 184 del EOSF, pues este no exige que las exclusiones del contrato sean incluidas en la carátula de la póliza, sino en forma destacada, a partir de la primera página de la póliza, en armonía con el entendimiento prolijado por esta Corte en sentencias CSJ SC4527-2020, CSJ SC2879-2022 y CSJ SC276-2023.

4.1. Sumado a lo anterior, con el cargo quinto se alegó la indebida valoración del documento contentivo del clausulado general denominado «*[P]óliza de Seguro de Responsabilidad Civil Profesional para Instituciones Financieras*», en el que constan las coberturas y exclusiones a partir de la página primera, en forma continua e ininterrumpida. Ciertamente es que el contrato de seguro celebrado entre Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A. (1000099) refleja el acuerdo para asegurar tres amparos diferentes: i) «*AMPARO DE PÉRDIDAS A TRAVÉS DE SISTEMAS COMPUTARIZADOS (LSW238)*». ii) «*PÓLIZA INTEGRAL PARA BANCOS E INSTITUCIONES FINANCIERAS*». Y iii) «*PÓLIZA DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD*».

CIVIL PROFESIONAL PARA INSTITUCIONES FINANCIERAS»¹⁵ – discutido en este escenario-¹⁶

4.2. Así las cosas, con el fin de determinar si las exclusiones se encontraban ubicadas en el lugar que exige la ley, era necesario establecer el número de amparos pactados. Y, con ello, saber si en lo que respecta a la responsabilidad civil profesional para instituciones financieras (Sección III), se cumplía la exigencia del citado artículo 184. Por el contrario, entender que se trataba de una sola póliza, implicaría dar por sentado *«...que todas las coberturas y exclusiones contractuales de la póliza de responsabilidad civil y de la póliza de pérdidas a través de sistemas computarizados (LSW238), serían ineficaces por no aparecer a partir de la primera página de la póliza contentiva del seguro global para bancos y entidades financieras, vaciando de contenido el acuerdo contractual y la facultad de delimitación del riesgo reconocida por las normas mercantiles»* (SC2879-2022).

En una palabra, cotejadas las anteriores reflexiones con la póliza de seguro global bancario -en concreto la Sección III que recoge el amparo por responsabilidad civil profesional para instituciones financieras-, salta a la vista el error de facto alegado en el cargo quinto. Ello en tanto el Tribunal, al haber considerado que la exclusión 3.7. se hallaba en las condiciones generales del contrato –que no en la carátula

¹⁵ Carpeta 016 del Cuaderno Primera Instancia (digital).

¹⁶ Por supuesto que ese esquema negocial justifica que la carátula de la póliza contenga las condiciones particulares convenidas por las partes. Además, por haberse pactado tres amparos diferentes, se explica el clausulado general de cada uno, conforme lo exige el artículo 1047 del Código de Comercio. Por esta razón es que no aparecen todas las coberturas y exclusiones en la carátula de la póliza respectiva, sino en cada sección, de forma destacada, continua e ininterrumpida.

respectiva de la póliza-, desconoció la independencia de los amparos contratados. Esto es, el error es manifiesto y trascendente, pues se determinó la declaratoria de ineficacia de la exclusión alegada y la consecuente condena de la llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A., cuando la consagración de la exclusión cumplía con los requerimientos legales¹⁷. Y, por tanto, no era dable la aplicación de la sanción de ineficacia que consagra el artículo 184 del EOSF.

5. Por consiguiente, dada la prosperidad de los cargos analizados, habrá de casarse parcialmente la sentencia impugnada. Y se procede a dictar sentencia sustitutiva que desate la apelación interpuesta por la Acción Sociedad Fiduciaria S.A., únicamente con respecto a su desacuerdo con la exoneración de la llamada en garantía. En lo demás, la sentencia impugnada quedará incólume.

SENTENCIA SUSTITUTIVA.

1. Reunidos los presupuestos procesales y al no advertirse irregularidades en lo actuado, se procederá a decidir de fondo el recurso propuesto.

2. La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia –con sentencia del 28 de enero de 2021- desató la primera instancia. En lo particular, declaró probadas las excepciones planteadas por

¹⁷ Carpeta 016 Póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras, pág. 6 de 22.

la aseguradora¹⁸, pues encontró que se había configurado la exclusión contenida en el literal b) del numeral 3.7 del clausulado del contrato de seguro. Al estudiar el contenido de la exclusión y constatarlo con lo acreditado en el proceso, consideró lo que viene. *«...[A]tendiendo 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 a la hora y 35 minutos y desde la hora segunda de la grabación con ocho minutos, en grabación contenida a derivado 062, y adicionalmente, que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro, eran las conductas anómalas, fraudulentas e ilegales del gerente de esa fiduciaria en la ciudad de Cali, Álvaro José Salazar».*

Encontró que *«dicha admisión de la conducta fraudulenta y deshonesto de los dependientes de la ciudad de Cali y su representante legal, se verifica también de lo manifestado en el interrogatorio de la pasiva en la audiencia desarrollada el 14 de febrero de 2020 dentro del proceso 2018-1216, cuya grabación se encuentra aportada como prueba trasladada en el derivado 065 del expediente. 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 establecido en la póliza bajo estudio en tanto tal actuar fraudulento ha sido admitido por el asegurado».*

¹⁸ AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL 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” y “SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, LÍMITES Y CONDICIONES PREVISTOS EN LA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA PÓLIZA No. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.”.

Además, puntualizó que en nada importa que «...de forma posterior pretendiera señalar que lo contenido en el acta eran imprecisiones (...), el vocablo imprecisión radica a 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**, que en materia de derecho puede conllevar una alteración o simulación de la verdad, con efectos relevantes, hechas en documentos públicos o privados, entre otros elementos». Con ello, destacó que para el 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».

Así las cosas, «...queda visto que, ateniéndose la Delegatura al tenor del contenido de las exclusiones señaladas respecto del contrato de seguro, y revisadas a la luz de las situaciones y elementos de prueba acá indicados, es evidente que se acredita que el hecho que resulta ser base de reclamación deviene de un evento excluido frente al amparo pedido, situación que de paso sea decirlo, exime a la Delegatura del estudio de los demás medios exceptivos propuestos por el llamado, de conformidad con la establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso...».

3. La fiduciaria demandada apeló. Los reparos planteados frente a la decisión con respecto al llamamiento en garantía, se sintetizan así: i) la conclusión a la que arribó la Delegatura «*resulta equivocada*», pues las declaraciones que

hizo el representante legal *«no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general... Simplemente señaló que, en su momento, mi representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos - sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca-, para enseguida ponerlos en conocimiento de la autoridades competentes...»*. ii) Que la exclusión referida es ineficaz, *«por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que corresponden a Acción como consumidor financiero... No debe olvidarse que, al momento de adquirir la póliza de seguros No. 1000099, Acción -como cualquier otro consumidor financiero- no contó con la posibilidad de modificar o negociar el texto que fue predispuesto por la compañía aseguradora»,* por lo que debe aplicarse el artículo 1624 del Código Civil. Y iii) que la exclusión aludida no se encuentra incluida en la primera página de la póliza, *«no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general»,* contrariando el artículo 184 del EOSF¹⁹.

3.1. De la confesión pactada en la exclusión del literal b del numeral 3.7. del clausulado general de la póliza, sin mediar decisión judicial. Al respecto, se aclara lo que viene. Las conductas deshonestas o fraudulentas del representante legal de la fiduciaria pueden acreditarse por cualquier medio de convicción legalmente autorizado por el ordenamiento procesal civil. Así lo recordó esta Corte en SC2879-2022 al definir un caso de tesitura similar, *«...cuando se trata de conducta de tal naturaleza [deshonestas o fraudulentas] 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*

¹⁹ Páginas 34-37 del archivo virtual 07MemorialSustentarecurso.pdf. del Cuaderno del Tribunal.

tiene las connotaciones propias del derecho sancionatorio²⁰ y, por ende, no es necesaria la existencia de una decisión penal o disciplinaria para acreditar su existencia, pues aquel puede derivarse de otras pruebas que lleven al juzgado a la certeza de su comisión».

Por ello, la Sala estima apropiado el análisis detallado y extenso de la Superintendencia de conocimiento, para afirmar el actuar fraudulento del representante legal de la fiduciaria. Ciertamente, encontró que *«el acta de cumplimiento de condiciones tenía información falsa e imprecisa, y que esa conducta obedeció a un actuar fraudulento como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio (desde las 2 horas y ocho minutos de la grabación de la audiencia a derivado 062)»²¹*

Si bien ese entendimiento no fue objeto de cuestionamiento en alzada, lo cierto es que esta Corte - convertida en tribunal de instancia- no lo podría desconocer. Pues, esa conclusión está soportada en las demás pruebas arrimadas al proceso. A saber:

i) Acta de verificación de cumplimiento de requisitos para la transferencia de los recursos²² firmada por Álvaro José Salazar como representante de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., el día 4 de noviembre de 2014, donde se afirmó que *«3. Mediante comunicación de fecha cuatro (4) 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*

²⁰ 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».*

²¹ Folio 23 de la sentencia de 1ª instancia

²² Folio 86 digital, derivado 000.

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... revisora fiscal». Y que el certificado de tradición y libertad n.º 370-695292 suministrado por la promotora, correspondiente al «LOTE DE TERRENO BAXTER» en el cual se desarrollaría el proyecto. «Debidamente registrado a favor FIDEICOMISO FA-2351 MARCAS MALL cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.». Así y todo, el certificado de tradición con matrícula n.º 370-695292²³ 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 1º de diciembre de 2014. Por su parte, la certificación de la revisora fiscal tiene fecha de creación -12 de noviembre de 2014-²⁴. Esto es, para el 4 de noviembre de 2014 no se había elaborado.

ii) Se encontró que la fiduciaria destinó los recursos de los inversionistas a una actividad diferente a la estipulada en los contratos. Ciertamente, el 6 de noviembre de 2014²⁵, se giró desde el Fideicomiso FA 2351 MARCAS MALL la suma de \$14.838'833.110 al propietario del lote sobre el cual habría de construirse el centro comercial, sin que ese inmueble se encontrara en cabeza del fideicomiso –requisito indispensable para la transferencia de los recursos-. Esto, por cierto, se pudo lograr con la firma del acta de verificación precitada.

²³ Folio 88-91 digital, derivado 000.

²⁴ Folio 112 digital, derivado 000.

²⁵ historial de pagos aportado en Excel columna 22 obrante a derivado 078 carpeta comprimida "2018-1694", carpeta 15 histórico de pagos y la documental obrante a página 19 del derivado 032.

iii) 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...»*²⁶

iv) La indebida administración, el incumplimiento frente a la estructuración del negocio jurídico y la verificación de las condiciones de punto de equilibrio, también tienen sustento en la información contenida en los informes de auditoría realizados por la demandada, en el testimonio del auditor y en la denuncia elevada por la fiduciaria contra Álvaro José Salazar y otros de radicado 2018-04-02²⁷, por múltiples delitos relacionados con el manejo de los negocios fiduciarios a su cargo.

v) Las conductas del representante legal relacionadas con el negocio fiduciario Marcas Mall y relevadas por el *a quo*, se sintetizan así: a) Álvaro José Salazar –tenía su firma estampada en la tarjeta de firmas del fideicomiso Marcas Mall-, por lo cual pudo disponer de los recursos de los inversionistas sin ninguna relación con el objeto contractual. En términos de la fiduciaria *«un ardid para cometer otros delitos»*. b) El representante legal, desnaturalizó los fines del contrato y permitió que el patrimonio autónomo de Marcas Mall garantizara obligaciones de terceros totalmente ajenos al negocio. Y c) los ingresos y egresos irregulares generaron

²⁶ Folio 24 digital, sentencia 1ª instancia.

²⁷ Obrante en folios 35 en adelante digital. Derivado 019.pdf

como resultado que, para la fecha en que la fiduciaria denunció a su representante (2 de abril de 2018²⁸), el fideicomiso Marcas Mall tuviera un faltante de \$16.775'662.951.

De lo expuesto y evidenciado en la valoración individual y en conjunto de las pruebas, como lo manda el artículo 176 del Código de General de Proceso, refulge –tal y como lo consideró el juez de primer grado- el actuar fraudulento del representante legal de la fiduciaria. Esto es, existiendo prueba suficiente de la conducta fraudulenta del representante legal de la fiduciaria, no prosperan los reproches de la convocada en el sentido de que los hechos no gozan aún de certeza, por no mediar una decisión judicial.

3.2. Tampoco pueden salir avante las alegaciones esgrimidas frente a la decisión del juzgador de primer grado respecto a la configuración de la exclusión contenida en el literal b de la cláusula 3.7 de la póliza, al admitirse hechos fraudulentos por parte del entonces representante legal de la fiduciaria. Esto pues, los hechos fueron aceptados por la representante legal de la fiduciaria en su interrogatorio de parte, la cual, respecto al acta de verificación de cumplimiento de requisitos del 4 de noviembre de 2014, puntualizó que el acta sí contiene información falsa en el entendido que *«hay una imprecisión en varias de las fechas ahí mencionadas. En especial dos puntos. Uno, la fecha de la carta de la revisoría fiscal de marcas mall en la que se indica que no se requiere el crédito constructor. Y dos, el registro en el folio de matrícula de la*

²⁸ Ibidem.

transferencia del inmueble al fideicomiso marcas mall...». De conformidad con esa respuesta, se le preguntó: ¿sí Acción Sociedad Fiduciaria considera la existencia de información falsa en un documento como un actuar fraudulento?, a lo que respondió: sí²⁹.

De ese interrogatorio, se prueba la aceptación de las maniobras fraudulentas desplegadas por el gerente de la oficina de Cali –en ese momento representante legal de la fiduciaria- que determinaron la administración indebida del negocio fiduciario y el incumplimiento contractual declarado en este proceso. De manera que, habiéndose rendido esa declaración de forma consciente y libre en la audiencia inicial, brota que sus afirmaciones versan sobre hechos respecto de los que -por su calidad- debía tener conocimiento y que 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 con los requisitos de la confesión -artículo 191 del CGP-.

Pero además, la consideración del *a-quo* halla sustento en las pruebas documentales que evidencian el reconocimiento que hizo la fiduciaria del actuar ilícito de su representante legal. En efecto, se observa 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, estafa y peculado por apropiación en favor de*

²⁹ A partir del minuto 2:16:46, derivado 062.

terceros³⁰. Y la reclamación que la entidad hiciera a la aseguradora, afectando el amparo de infidelidad³¹, incluido en la póliza integral para bancos y entidades financieras, también contemplada en el contrato de seguro 1000099. En armonía con lo expuesto, se exalta que las conclusiones probatorias del *a quo* y los medios de convicción reseñados son contundentes para concluir que la conducta determinada por un actuar fraudulento y deshonesto del entonces representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y su administración inadecuada en el negocio inmobiliario Centro Comercial Marcas Mall Cali S.A.S., llevó al incumplimiento contractual.

3.3. Frente al reproche de la exclusión reconocida por el *a quo* –estimó que es ineficaz «*por ser completamente abusiva y contraproducente para los derechos que corresponden a Acción como consumidor financiero*»-, se advierte que se trata de un alegato que no hizo parte de los reparos expuestos por la demandada en la oportunidad para recurrir la sentencia de primera instancia³². Esto cierra por completo el camino a esa inconformidad e impide emprender su estudio, conforme lo previsto por el artículo 327 del Código General del Proceso.

³⁰ Obrante en folios 35 en adelante digital. Derivado 019.pdf

³¹ Como se sabe, el amparo de infidelidad protege a la institución financiera de los daños causados por los actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados, con la intención de causarle a la sociedad una pérdida o de obtener ellos mismos una ganancia indebida. 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.)

³² Documento enviado a la Superintendencia el 3 de febrero de 2021. No reposa en el escrito este reparo concreto. Archivo 0036-2018-01694-01 RecursoApelación.pdf.

3.4. Para terminar, respecto al alegato de ineficacia de la exclusión 3.7 en razón a la ubicación que ocupa en la póliza, esta Sala –y con el fin de no ser reiterativa- se remite a lo ya expuesto en los cargos tercero, cuarto y quinto de la sentencia de casación. En concreto, el cumplimiento de las condiciones para abrirle paso a la exclusión alegada - contenida en el literal b numeral 3.7 de la póliza-, como en ese sentido lo determinó el *a-quo*.

4. Por las consideraciones expuestas, la Sala concluye que 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, Agraria y Rural administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CASAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 26 de julio de 2021, en el proceso verbal de protección al consumidor financiero que instauró KBJ S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A. llamada en garantía. Lo anterior únicamente en cuanto resolvió: revocar el numeral quinto de la sentencia apelada. Y, en su lugar, declarar infundadas las

excepciones formuladas por la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A. llamada en garantía. Por consiguiente, condenarla al pago –o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$1.346.509.135.

SEGUNDO. ABSTENERSE de imponer condena en costas contra SBS Seguros Colombia S.A., dada la prosperidad de su impugnación extraordinaria.

TERCERO. DEVOLVER el expediente a la autoridad judicial de origen.

Y situada la Corte en sede de instancia,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia el 28 de enero de 2021.

SEGUNDO. COSTAS de segunda instancia a cargo de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. recurrente. Líquidense en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), que el Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho.

TERCERO. REMÍTASE el expediente a la autoridad judicial competente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

(con salvamento de voto)

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente de sala

Hilda González Neira
Magistrada
Salvamento de voto

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

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

Código de verificación: AA9C3C109AF3A96EBCAB3DFC420C7AFE9C24C725D88A4F6F2E52B5D9A55ABD24

Documento generado en 2023-11-20