



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC107-2023

Radicación n.º 11001-31-99-003-2018-01590-01

(Aprobado en sesión de dieciséis de marzo de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.), frente a la sentencia del 3 de agosto de 2021 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que aquella promovió contra Femme International S.A.S., y al cual se llamó en garantía a la referida aseguradora.

ANTECEDENTES

1. La actora deprecó que se condenara a la demandada -en adelante Acción Fiduciaria- a «*la devolución total de los recursos depositados..., esto es, la suma de dos mil quinientos sesenta y cuatro millones seiscientos setenta y tres mil pesos... por incumplimiento en las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de encargos fiduciarios*

individuales Nro. 0001100011130», junto a la indexación e intereses legales desde «*la fecha de entrega de los mismos hasta que se verifique el pago total de dichas sumas*» (archivo digital 000.pdf).

2. Como sustento fáctico la reclamante indicó, en lo esencial:

2.1. El 12 de noviembre de 2015 suscribió contrato de encargo fiduciario para adquirir el local 1-056B del proyecto inmobiliario Marcas Mall, con una inversión total de \$4.274.455.000, de los cuales pagó \$2.574.673.000.

2.2. La fiduciaria se obligó a transferir los recursos captados de los adquirentes de los locales al promotor del proyecto inmobiliario, una vez se cumplieran los siguientes requisitos «*1. Constancia de radicación del permiso de ventas... 2. Licencia de urbanismo y construcción... 3. Carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera... 4. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al... 52%... de las ventas estimadas del proyecto... 5. Haber suministrado el presupuesto de construcción y flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el interventor... 6. Certificado de tradición actualizado del lote... en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso*».

2.3. La fiduciaria entregó los dineros antes referidos en desatención grave de sus obligaciones, por cuanto no se

cumplían los requisitos contractuales: (I) el lote de terreno, para la fecha del acta, no era de propiedad del fideicomiso; (II) no se habían celebrado encargos fiduciarios por el 52% de las unidades, como se infiere del hecho de que los compromisos apenas alcanzaban \$92.827.383.075, mientras que el total del proyecto asciende a \$253.031.332.726; y (III) el revisor fiscal no había certificado que el crédito constructor era innecesario, pues el escrito en que lo refrendó es posterior al acta.

2.4. A pesar de que ya se habían transferido los valores recaudados, como consta en el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014, fue inducida por maniobras engañosas a suscribir el encargo, en transgresión del deber de información a que se refiere el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2.5. Calificó como dolosa la actuación de la fiduciaria, motivo por el cual *«está llamada a responder por los aportes e inversiones de los recursos que le fueron entregados para su administración»*.

2.6. Estimó que *«la indebida administración de la fiduciaria de los recursos depositados en el encargo individual»* es la causa para que *«a la fecha mi cliente no cuent[e] con su inversión toda vez que no se le ha reintegrado, no cuenta con el bien inmueble... y el proyecto se encuentra paralizado hace más de 3 años»*.

2.7. Achacó a la demandada la vulneración de sus deberes contractuales, de lealtad y buena fe, información, diligencia, profesionalidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, asesoría y claridad.

3. Una vez adelantado el proceso de enteramiento, la convocada precisó la plataforma fáctica, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones intituladas «*cláusula compromisoria*», «*Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable*», «*inexistencia de daño*», «*inexistencia del nexo causal*», «*error en la identificación del contrato celebrado*», «*falta de legitimación en la causa por pasiva*» y la genérica (archivo digital 2018093288-014-000.pdf).

Asimismo, llamó en garantía a AIG Seguros Colombia S.A. (hoy SBS Seguros Colombia S.A.), con el fin de que se declare que «*Acción Sociedad Fiduciaria S.A. tiene el derecho a reclamar de la [llamada] 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 Femme International S.A.S.*» (archivo digital 2018093288-016-000.pdf). En soporte arguyó que el 30 de septiembre de 2018 celebró contrato de seguros con el amparo de «*responsabilidad civil profesional*», de allí que la aseguradora sea la llamada a responder por las condenas.

4. SBS Seguros Colombia S.A. -en adelante SBS Seguros- arrió escrito en el que manifestó no constarle los

hechos de la demanda, disintió sobre los pedimentos de la demandante y propuso las defensas que denominó: «*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*», «*falta de legitimación en la causa por pasiva - Acción Fiduciaria no está llamado (sic) a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.*», «*procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración*», «*ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad civil de Acción Sociedad Fiduciaria*», «*ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099... en cuanto sea aplicable cualquier (sic) de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en el (sic) los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro*», «*improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099*», «*agotamiento del valor asegurado*», «*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*», «*sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099*» y la común (archivo digital 030.pdf).

5. La Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, el 22 de enero de 2021 emitió sentencia escrita en la que resolvió «*declarar civil y contractualmente responsable a Acción Sociedad Fiduciaria*

S.A.», condenándola al pago de \$2.966.897.434. Rehusó el llamamiento en garantía por ausencia de cobertura (archivo digital 129.pdf).

6. El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 3 de agosto de 2021, desató el remedio vertical promovido contra el fallo de primer grado, confirmando la resolución contra Acción Fiduciaria y revocando lo tocante a la aseguradora.

En consecuencia, condenó a SBS Seguros a pagar a la convocada la suma de \$2.816.897.434 (archivo digital 48.Sentencia Femme International vs Acción Sociedad Fiduciaria [31217].pdf).

7. La llamada en garantía acudió al remedio extraordinario (archivo digital 57.Recurso Extraordinario de casación FEMME vs Acción Fiduciaria VU.pdf), al cual se adhirió la demandada principal (archivo digital 58.CASACIÓN ADHESIVA ACCIÓN FIDUCIARIA.pdf).

8. Surtido el trámite de concesión y admisión, las impugnantes sustentaron oportunamente el recurso casacional (archivos digitales 0014Demanda.pdf y 0020Demanda.pdf), escritos aceptados a estudio por auto del 17 de marzo del año anterior (archivo digital 0024Documento_actuacion.pdf).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Delanteramente recordó que esa corporación falló un caso equivalente al actual, por lo que su decisión guardará armonía en respeto de su propio precedente.

2. Después abordó el tema de la integración del contradictorio -vinculación de Marcas Mall Cali S.A.S. al trámite judicial-, con la advertencia de que el mismo se resolvió con los autos del 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, que, en su orden, desataron el recurso de reposición contra la admisión de la demanda y la excepción previa.

Con todo, relievó que no es necesario convocar al proceso a una parte para discutir materias que conciernen a otro negocio jurídico, por más que exista coligación negocial. Y, como en el caso, las partes del encargo fiduciario son la demandante y la convocada, no es pertinente vincular a otros sujetos.

3. Sucesivamente se centró en la congruencia de la sentencia apelada, con la manifestación de que en derecho de consumo existen facultades *infra*, *extra* y *ultra petita*, correspondiendo al juez resolver de la forma más justa para las partes.

En cualquier caso, aseguró, *«no hay desarmonía entre los hechos alegados en la demanda y los que el juzgador trajo a colación en su sentencia, pues en aquella -y en ésta- se perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de la institución financiera respecto de*

los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración», como se extrae de los hechos 7, 7.1. y 8 del libelo genitor.

4. Desde el punto de vista sustancial, rememoró los requisitos que deben observarse para condenar por responsabilidad civil, encontrándolos satisfechos en el *sub examine*.

4.1. Entre las partes se suscribió el encargo fiduciario n.º 01100011130, para la administración de los recursos entregados a la fiduciaria y luego ser transferidos al promotor.

4.2. El traslado de los recursos por Acción Fiduciaria al promotor era una obligación de resultado, sometida al cumplimiento de estrictos requisitos, los cuales fueron inobservados, por cuanto *«no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario, particularmente los establecidos en los numerales 3º y 6º, puesto que en el proceso obra certificación de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. de fecha 12 de noviembre de 2014, en la cual informó que “no requiere crédito constructor” (fecha posterior al acta de verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos) y, cual si fuera poco, no verificó que los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto habían sido adquiridos o aportados de manera definitiva al fideicomiso, con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones... y de la otra, que tampoco se constató lo*

relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, como lo reconoció la representante legal de la demandada».

También estimó incumplidos los deberes legales contenidos en la ley 1328 de 2009, en particular: (I) el suministro de información cierta, suficiente, clara y oportuna, por no avisar que los recursos suministrados por los anteriores inversores fueron girados sin cumplir las condiciones contractuales; (II) no realizar el análisis de riesgos del proyecto, de cara a la entrega prematura de los dineros captados; y (III) no implementar mecanismos de control interno para verificar: la transferencia del dominio de los inmuebles, la viabilidad del proyecto según el punto de equilibrio, la capacidad del constructor de acuerdo a la magnitud de la construcción y el otorgamiento de los créditos indispensables para adelantar el proyecto.

4.3. Desdeñó que pudiera excusarse la responsabilidad de la fiduciaria por la culpa de un tercero, pues la conducta reprochada le es atribuible, esto es, entregar los recursos de los inversionistas sin verificar: (I) la transferencia del bien inmueble al patrimonio autónomo, (II) la necesidad del crédito constructor y (III) la liquidez del proyecto inmobiliario.

4.4. Aseveró que el detrimento de la demandante se presentó por la simple disposición de recursos, por cuanto de no haberlos entregado estarían a disposición del inversionista. *«Por lo demás, si en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el*

inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo en el que resultó involucrado, precisamente por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria».

5. Con relación al llamamiento en garantía encontró probado el contrato de seguro, contenido en la póliza n.º 1000099, con los amparos por «*actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores*» y la «*responsabilidad civil profesional financiera*», vigente para el período 2017-2018.

Después se limitó a analizar la exclusión establecida en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, relativa a la responsabilidad civil profesional, estimando que no se configuró su ocurrencia, por cuanto exige que el asegurado haya «*admitido*» las conductas delictivas, deshonestas o fraudulentas, lo que equivale a tolerar, aprobar o permitir. Remarcó que «*no es posible sostener que por el sólo hecho de manifestar la parte asegurada que hubo un actuar fraudulento del trabajador, se consolida la exclusión, pues esa aseveración no entraña reconocimiento o confesión de tolerancia consciente o aprobación de una conducta que, sin duda, sí fue incorrecta*».

Valoró las respuestas del representante legal de la demandada, encontrando en ellas una calificación personal sobre el actuar fraudulento, sin evidenciar «*que la fiduciaria, adrede, toleró, permitió o admitió las conductas -calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que conocía de la ilicitud del comportamiento que ellos*

desplegaron, que son, como se sabe, presupuestos del dolo. Al fin y al cabo, “dolo es la intención de violar el derecho, y no se puede violar intencionalmente lo que no se conoce”. Lo que se demostró fue una conducta anómala, irregular y culposa de la fiduciaria, pero nada más. Es por eso, y no por dolo, que se afirma su responsabilidad».

Clarificó que la prohibición para el aseguramiento de actos dolosos se refiere a los emanados del tomador, asegurado o beneficiario, no así frente a dependientes o trabajadores. *«Que las personas jurídicas incurran en responsabilidad directa por los actos de sus trabajadores no significa que de ellas se afirme el dolo»*, para lo cual invocó a un autor nacional.

Rechazó el agotamiento del monto cubierto, según la certificación allegada al proceso en segunda instancia; aceptó la excepción de aplicación del deducible, por \$150.000.000, los cuales ordenó sean pagados por Acción Fiduciaria, mientras que el valor a indemnizar por \$2.816.897.434 deberá ser solucionado por la aseguradora a la demandante.

6. Se abstuvo de referirse a las decisiones desfavorables a la convocante, por no haber sido materia de reparo al sustentar la apelación.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La convocada y la llamada en garantía acudieron al remedio excepcional en escritos independientes. Para su

resolución, primero se analizarán las acusaciones de aquella, por estar dirigidas a derruir la totalidad del veredicto, y con posterioridad las de la última, centradas en el alcance del débito aseguraticio.

DEMANDA DE ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA

CARGO PRIMERO

Con fundamento en la causal quinta se acusó la nulidad del trámite, como consecuencia de la indebida integración del contradictorio, por la no vinculación al proceso de la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.

Después de transcribir un pequeño acápite del fallo censurado, arguyó que para establecer la persona que está llamada a resistir la pretensión no basta con verificar el sujeto contra quién se dirige la reclamación, sino que deben evaluarse las pruebas para establecer los llamados al juicio.

Como en el presente *«los daños que sufrió la demandante fueron ocasionados por el manejo del proyecto que hizo el promotor y no por las funciones que cumplía la sociedad fiduciaria»*, era indispensable la vinculación de aquél, máxime porque existió una coligación contractual entre el encargo fiduciario y la fiducia de administración.

Arguyó que la fiduciaria trasladó la totalidad de los recursos al promotor, de acuerdo con lo señalado en el

contrato, aunque *«unos días antes de la fecha en que debió haberlos entregado»*.

Recordó que en otra decisión del Tribunal se arribó a esta conclusión, la cual transcribió. *«Sin embargo, en el presente caso tanto la Delegatura como el Tribunal decidieron rechazar la excepción planteada, ya que, de admitirla, esto necesariamente implicaría la pérdida de competencia»*.

Criticó la vulneración de su derecho de defensa, por ser obligada a responder por unas pretensiones que le eran ajenas.

CONSIDERACIONES

1. Integración del contradictorio.

1.1. Siendo el proceso un mecanismo de pacificación social por medio de la resolución de los conflictos surgidos entre los asociados (CSJ, SC3377, 1º sep. 2021, rad. n.º 2014-00082-01), se espera que a éste concurren todos los interesados y posibles afectados, con el fin de garantizar una decisión integral y que desate la disputa.

Total, sólo con la intervención de los concernidos en el litigio se logrará que la verdad se acerque al trámite judicial, que se conozcan las diferentes hipótesis del caso, que se garantice la completitud de la decisión, y que se logre su oponibilidad generalizada, *«pues quien no ha sido vinculado*

legalmente al proceso no puede ser condenado» (SC3978, 14 dic. 2022, rad. n.º 2012-00104-01).

1.2. No obstante la importancia de este objetivo, el mismo debe ser compatibilizado con el principio dispositivo que campea en las relaciones civiles y comerciales, según el cual corresponde a los concernidos definir las materias sometidas a composición judicial.

Recuérdese el brocardo «*nemo iudex sine actore*», según el cual «*sin iniciativa de la parte interesada, no hay demanda, y, en consecuencia, proceso*», en cuyo desarrollo «*[e]l juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes ni puede omitir pronunciamiento respecto de lo pedido por las partes*»¹.

La Corte tiene dicho:

Desde tiempos inmemoriales, el juez halla sometida su actividad a variados límites de diferente entidad y naturaleza. En primer término, por vía de ejemplo, no puede proferir sentencia –por regla general– sin que exista una demanda de parte, de conformidad con lo señalado en el artículo segundo del Código de Procedimiento Civil, fiel reflejo de la milenaria máxima del derecho romano, recordada por el maestro Chiovenda, según la cual “no se puede juzgar de oficio; no se puede juzgar sin actor” (ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore). En segundo término, y en línea de principio, el fallador no puede decidir nada distinto de lo que las partes le han sometido, es decir no puede exceder ni las pretensiones formuladas, ni los medios de defensa propuestos, ni la causa petendi que soporta a éstas y aquellas. En otras palabras, no puede desconocer el principio de la congruencia, claro está que teniendo en cuenta las facultades de pronunciamiento oficioso reconocidas por la ley. En tercer lugar, entre otras

¹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, p. 187 y 188.

exigencias, está obligado a respetar el contenido y las formas previstas para el fallo de fondo (SC, 4 sep. 2000, exp. n.º 5602).

1.3. De allí que el artículo 88 del Código General del Proceso deje en manos del demandante formular «*en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros... cuando provenga de la misma causa... versen sobre el mismo objeto... se hallen entre sí en relación de dependencia... [o] deban servirse de unas mismas pruebas*».

Sin embargo, si el proceso discurre «*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*» (artículo 61 *ídem*), es menester que la demanda se dirija contra todas ellas.

Significa que el número de llamados al proceso, en primer lugar, emana del contenido y alcance de la reclamación formulada ante la jurisdicción, en aplicación del principio dispositivo; pero, cuando la relación sustancial sea inescindible, deben citarse a todas las personas que pueden verse afectadas con el fallo, aunque el promotor no pida su vinculación, en garantía de sus derechos y de la eficacia de las determinaciones jurisdiccionales.

Por esta razón las normas procesales reconocen dos (2) formas de litisconsorcio: (I) el voluntario, caracterizado

porque el actor acumula en un mismo litigio su reclamación contra múltiples demandados, a pesar de que podía promover causas diferentes respecto a cada uno; y (II) el obligatorio, que impone que la demanda se promueva contra todos los afectados, en razón de la univocidad de la relación material juzgada.

De esto dan cuenta los artículos 60 y 61 del Código General del Proceso, que gobiernan en su orden los litisconsorcios facultativos y necesarios, con la precisión de que en aquéllos los sujetos se consideran «*como litigantes separados*», mientras que en los últimos «*las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás*».

En resumen, la participación de múltiples interesados en el proceso emana de la voluntad del actor contenida en el escrito inaugural, sin perjuicio de que sea imperativo convocar a otros interesados cuando la sentencia tenga un impacto uniforme sobre todos los partícipes en el acto, negocio o relación jurídica.

1.4. Es una carga del promotor hacer la convocatoria integral de los accionados, según el tipo de litisconsorcio, designándolos por su nombre, identificación, lugar, dirección física y electrónica (artículo 82 del C.G.P.).

Sin embargo, en orden a evitar fallos inhibitorios, al admitirse la demanda el juez debe verificar si se cometieron yerros, ya que, de existir, «*deberá integrar*» el contradictorio de forma oficiosa (artículo 90 *ejusdem*). En «*caso de no*

*haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, **el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan***» (negrilla fuera de texto, artículo 61).

De haber proferido fallo de primer grado, «*ésta se anulará y se integrará el contradictorio*» (inciso final del artículo 134); y es que, el proceso es nulo, en todo o en parte, «*cuando... no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado*» (numeral 8º del artículo 133).

En suma, la correcta integración del extremo demandado resulta un imperativo del proceso, al punto que es un deber del juez propender por su realización al momento de la admisión y, en todo caso, antes de proferirse sentencia de primer grado; de emitirse veredicto, procede la anulación de éste, con la correspondiente restitución de términos en favor de la parte afectada. Así se pronunció la Sala recientemente:

[L]a Corte establece que el remedio a dicha anomalía [falta de integración del contradictorio] consiste en declarar la nulidad prevista en el artículo 140-9 del Código de Procedimiento Civil, con alcance al “trámite adelantado en la segunda instancia y la sentencia apelada u objeto de consulta, puesto que abolida ésta se restituye la posibilidad de disponer la citación oportuna de las personas que debieron formular la demanda o contra quienes se debió dirigir ésta, para los fines que atañen con la defensa de sus intereses; se dan así unas ventajas prácticas de valor apreciable, con relación al fallo inhibitorio, consistentes en que subsiste el

mismo proceso, se evita que se pierda tiempo y la actividad procesal producida hasta ese momento, se mantienen los efectos consumados de las normas sobre interrupción de la caducidad y prescripción; y, por sobre todo, se propende porque de todos modos se llegue al final a la composición del litigio” [SC 068, 6 oct. 1999, exp. n.º 5224, reiterada SC, 23 mar. 2000, exp. n.º 5259].

Postura que fue recogida, aunque no con la suficiente claridad, en el Código General del Proceso ya que de conformidad con el inciso final del artículo 134 “[c]uando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”, lo que quiere decir que es un defecto insubsanable, así no lo diga expresamente el párrafo del artículo 136 ibidem, pero que de todas maneras encaja dentro del supuesto de pretermisión íntegra de la respectiva instancia por cuanto implica el desconocimiento del debido proceso a un interesado cuya comparecencia se obvia a pesar de resultar obligatoria su vinculación, de ahí que se le conculca la posibilidad de pronunciarse, solicitar pruebas, intervenir en su recaudo y poder controvertir las allegadas por los restantes participantes en la litis (SC2496, 10 ag. 2022, rad. n.º 2018-00119-01).

2. Integración del contradictorio en litigios por proyectos inmobiliarios.

2.1. Tratándose de proyectos inmobiliarios es usual la intervención de múltiples actores, quienes tienen roles interconectados para lograr una finalidad común: la construcción de las unidades inmobiliarias y su colocación entre los futuros adquirentes.

Situación explicable porque, la presencia de un constructor con el músculo financiero y operativo que le permita acometer la construcción, promoción y venta, resulta infrecuente, no sólo por las ineficiencias que esto puede

provocar, sino por los costos asociados a tamaño número de actividades.

Esto justifica que, modernamente, se acuda a un modelo en el que cooperan variados actores y actividades, según el estado de desarrollo de la obra, con lo cual se garantiza su especialidad y se favorece la confianza de los inversionistas.

2.2. Dentro de estos actores se relieván:

(I) Diseñador: es el profesional encargado de realizar los diseños y planos de la edificación, en los elementos estructurales, arquitectónicos y no estructurales (numerales 11, 12 y 13 del artículo 4º de la ley 400 de 1997).

(II) Constructor: es el encargado de adelantar la obra material (numeral 9º *ibidem*).

(III) Promotor inmobiliario: es la persona responsable de dar a conocer el proyecto constructivo e impulsar las ventas entre los interesados.

(IV) Sociedad fiduciaria de preventas: es una entidad especializada que, en desarrollo de un contrato de fiducia o encargo fiduciario de preventas, se compromete a vincular a los inversores por medio del «*aporte de dinero... [para] adquirir uno o más inmuebles a construirse dentro de un proyecto inmobiliario*», para que «*asuma la administración de los mismos para la ejecución del proyecto inmobiliario*» y,

cumplidos los requisitos contractuales, los entregue a la persona indicada en el acto constitutivo (numeral 5.2.2. del capítulo I del Título II de la Parte II de la Circular Externa 034 de 2018 de la Superintendencia Financiera de Colombia).

(V) Sociedad fiduciaria de inversión: es el profesional fiduciario encargado de invertir los recursos entregados por los inversionistas, esto es, buscar utilidades por medio de réditos o de un mayor valor por reventa, en el interín comprendido entre su entrega a la sociedad fiduciaria por fuerza del negocio de preventas y su disposición en favor del responsable de la construcción.

(VI) Sociedad fiduciaria de administración y pagos: es el agente a quien se le transfiere el inmueble en que se desarrollará la edificación, *«para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato»* (numeral 8.2.1. *ídem*).

(VII) Inversionista: es el interesado en adquirir una unidad inmobiliaria, quien se obliga a realizar pagos anticipados del precio de venta, los cuales serán entregados en desarrollo del contrato de preventas, para ser administrados por la fiduciaria encargada de la inversión y, finalmente, transferidos al constructor una vez se cumplan las condiciones señaladas en aquella.

2.3. Cada actor interviene con base en un contrato específico, de los cuales emanan obligaciones y derechos para sus suscriptores según su naturaleza. Sin embargo, ante la existencia de una finalidad común, surge una coligación negocial, de la cual emanan cargas y deberes adicionales que son transversales a la red de contratos, siendo exigibles de manera general.

Según la doctrina jurisprudencial:

[L]a característica esencial de la coligación contractual es... “la pluralidad negocial, la relación o coligación teleológica, la unitariedad y unicidad funcional proyectada en una finalidad común, única, convergente u homogénea orientada a un propósito práctico único no susceptible de realización singular por cada uno de los contratos sino en virtud del conjunto y de todos, sin originar un negocio nuevo, autónomo o único (...) permaneciendo en todo instante la unión de todos” (CSJ SC 1º jun. 2009, rad. 2002-00099-01), los cuales, como lo precisó la Sala en tiempos más recientes, “están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente” (CSJ SC18476-2017, 15 nov., rad. 1998-00181-02; en el mismo sentido CSJ SC5690-2018, 19 dic., rad. 2008-00635-01).

En cuanto respecta a la causa, la de cada convenio no puede confundirse con la de la operación jurídica, la cual “opera como el faro que, a la distancia, guía la ejecución de todos los actos necesarios para la obtención de la meta, de suerte tal que la finalidad o propósito general podrá ser otro al de los acuerdos o tipos negociales, en concreto, vale decir a los que se agrupan, articulan o se comunican, sin perder por ello su autonomía tipológica o sustantiva” (CSJ SC SC116-2007, rad. 2000-00528-01), de ahí que concurren dos causas, la propia de cada contrato y la comprensiva de toda la operación...

Por eso, a los intervinientes en la red contractual se les impone obrar armónicamente y en dirección al logro del propósito común; no les basta, entonces, con cumplir las obligaciones del pacto individual, sino que tienen deberes y obligaciones por satisfacer

frente a la integración de que son parte los contratos coligados, pues de su cabal satisfacción depende “tanto el surgimiento como la existencia del entramado contractual y, por sobre todo, la consecución del fin último querido por los interesados” (ibidem). Por tal razón, es menester que la ejecución de esa cadena de convenios se realice por cada uno de los partícipes de la manera que mejor contribuya al logro del objetivo sistémico que se trazó (negrilla fuera de texto, SC1416, 23 jun. 2022, rad. n.º 2019-00014-00).

Se tiene, como consecuencia de lo dicho, que en la coligación contractual emergen obligaciones propias de las convenciones celebradas entre los interesados, cuya desatención podrá ser reclamada por éstos; y, adicionalmente, hay débitos que brotan de la red de contratos, frente a los cuales existe una legitimación en la causa ampliada para pretender su satisfacción. Es aceptado en la jurisprudencia que, fruto de la red formada entre los negocios jurídicos, emanan «*deberes de conducta para todos los intervinientes, que responden al imperativo de que ese novo objeto se constituya debidamente, se mantenga y cumpla sus fines*» (CSJ, SC18476, 15 nov. 2017, rad. n.º 1998-00181-02).

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

Así, cuando la discusión gravite sobre obligaciones propias de uno de los agentes y sus efectos concretos, los cuales pueden escindirse de los que son transversales a toda

la red contractual, sólo habrá que convocar al juicio a los directamente concernidos. En las hipótesis contrarias, esto es, cuando se encuentre *sub judice* el proyecto inmobiliario en su conjunto o se discutan aspectos propios de la coligación contractual, habrá que llamar a juicio a todos los partícipes que puedan resultar afectados con la decisión.

3. Análisis del caso concreto.

3.1. Intervenientes en el proyecto Marcas Mall Cali

Según las pruebas del expediente, para el desarrollo del centro comercial intervinieron las siguientes personas:

3.1.1. Proyectos y Construcciones San José Ltda., Héctor Fabio Villegas Solis, Guillermo Jurado Llanos, David Estaban Buitrago Caicedo, Grupo Civiscorp S.A.S., Prointer Grupo S.A.S., SCSM Colombia S.A.S., Urbo Colombia S.A.S., y Dussan Giraldo Inmobiliaria S.A.S., fungieron como promotores, obligándose a la construcción de un aproximado de 340 unidades comerciales, 139 oficinas y 1800 parqueaderos.

En ejecución de esta actividad, el 17 de diciembre de 2013 Urbo Colombia S.A.S. celebró el «*Contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*» con Acción Sociedad Fiduciaria S.A., para que ésta recibiera «*los recursos... aportados por los inversionistas... durante el tiempo que dure la etapa de preventas y hasta que el promotor*

cumpla con las condiciones para la transferencia de los recursos».

Los dineros, una vez captados, se invirtieron por la fiduciaria en los fondos de inversión colectiva -FIC- de naturaleza abierta por ella administrados, hasta tanto se trasladaron al constructor.

3.1.2. Para la construcción se constituyó la sociedad Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., el 10 de enero de 2014, quien contrató a la sociedad Urbanizar S.A. para prestar los servicios de *«gerencia de proyecto, gerencia de ventas y administración delegada de las obras de construcción».*

Con la creación de esta persona jurídica, la posición de fideicomitente en el negocio MR-799 fue cedida de Urbo Colombia S.A.S. a Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., por documento del 20 de enero de 2014.

Asimismo, la nueva sociedad firmó con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el *«contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali»*, con el propósito de que ésta *«mantenga la titularidad jurídica de los bienes que se llegaren a transferir para la conformación del fideicomiso»*, permita el desarrollo del proyecto *«de urbanización y construcción, denominado Marcas Mall»*, suscriba *«la escritura pública de transferencia del inmueble sobre el cual se levantará el proyecto»*, y *«reciba, administre y mantenga invertidos para el fideicomiso los recursos provenientes de los adquirentes de bienes».*

Este negocio se modificó en varias ocasiones, en las datas 24 de diciembre de 2014, 23 de abril, 18 de junio y 18 de septiembre de 2015, para precisar múltiples aspectos de la actividad fiduciaria.

3.1.3. El inmueble donde se realizaría la obra fue enajenado por Laboratorios Dexter S.A. al fideicomiso denominado FA-2351 Marcas Mall, cuya vocera es Acción Fiduciaria S.A., según consta en la escritura pública n.º 2845 del 19 de noviembre de 2014 de la Notaría 11 de Cali.

3.1.4. Femme International S.A. celebró el encargo fiduciario n.º 01100011130 el 12 de noviembre de 2015, por el cual se comprometió a entregar \$4.274.455.000 a Acción Fiduciaria S.A., para que ésta los administrara y transfiriera al promotor una vez se cumplieran las condiciones del negocio.

Con el fin de alcanzar la financiación requerida para la compra del local comercial, la demandante suscribió un leasing financiero con Bancolombia S.A., entidad que se vinculó al proyecto Marcas Mall Cali. Sin embargo, ante la terminación de la operación de financiamiento, la entidad bancaria cedió su posición negocial a aquella.

3.1.5. De lo anterior descuellan que los siguientes fueron los intervinientes en la actividad constructiva bajo escrutinio: (I) Promotor: Urbo Colombia S.A.S., en conjunto con Urbanizar S.A. y otras sociedades; (II) Fiduciaria de preventa: Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; (III) Fiduciaria de inversión:

Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por conducto de los fondos de inversión colectiva abiertos por ella administrados; (IV) Constructor: Promotora Marcas Mall Cali S.A.S.; (V) Gerente del proyecto: Urbanizar S.A.; (VI) Fiduciaria de administración inmobiliaria: Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; y (VII) Inversionista: Femme International S.A.

3.2. De la pretensión enarbolada.

A pesar del número de intervinientes en la promoción y construcción del centro comercial conocido como Marcas Mall Cali, lo cierto es que en *sub examine* el expediente deja al descubierto que:

(I) Según el libelo genitor, la demandante dirigió su exacción en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con la expresa advertencia de que era la única demandada por ser «*quien suscribió el contrato de Encargos Fiduciarios Individuales y es ella quien incumplió las obligaciones legales y contractuales pactadas en el contrato de encargo de Preventas Promotor MR-799 y en el contrato individual Nro. 0001100011130 de noviembre 12 de 2015*» (archivo digital 000.pdf).

En armonía, en las pretensiones se solicitó que se condenara a la referida sociedad al pago de una suma dinero, «*por incumplimiento en las obligaciones legales y contractuales **derivadas del contrato de Encargos Fiduciarios Individuales Nro. 0001100011130***» (negrilla fuera de texto).

Además, al plantear los hechos de la reclamación, insistió en la celebración del negocio fiduciario, las obligaciones que de éste emanan para el profesional especializado y su incumplimiento por la entidad financiera porque *«no informó... que para la fecha de suscripción... ya había suscrito el acta de verificación»* y *«transfirió los recursos sin el lleno de los requisitos formales»*. Al concretar los fundamentos de derecho fue enfática en señalar que *«es absolutamente clara la violación a los deberes contractuales por parte de la sociedad fiduciaria, especialmente respecto de la ‘supuesta’ verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos... Faltó la sociedad fiduciaria al deber de lealtad y buena fe... incumplió... su deber de información... desconoció su deber de diligencia, profesionalidad y especialidad... faltó a su deber de previsión... incumplió... su deber de protección de los bienes fideicomitidos»*.

(II) En la audiencia inicial, que se adelantó el 11 de marzo de 2020, el sentenciador señaló como objeto del litigio *«establecer si se predica un incumplimiento contractual en Acción Sociedad Fiduciaria... circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario, desde el inicio y hasta el final... en lo que respecta a la parte demandante, teniendo en cuenta la vinculación que existe entre ellos, de cara a las pretensiones»* (hora 2 minuto 23, archivo digital 2018-1590.mp3), sin que la demandante o la demandada hicieran reparos a este colofón.

(III) La demandante, al alegar de conclusión en la primera instancia, insistió en que el fundamento de la demanda es *«el contrato de encargo fiduciario individual 11130 del 12 de noviembre de 2015»* (minuto 5 de la audiencia del 19 de enero de 2021, archivo digital Exp. 2018-1590 Audiencia 19-01-2020 mp3.mp3), pues *«Acción Fiduciaria tenía pleno conocimiento que el proyecto no contaba con los recursos suficientes para continuar..., que no le fue informada a mi representada, por el contrario se lo ocultaron, violó en ese acto el deber de información sobre los riesgos y demás aspectos del negocio fiduciario, el de asesoría, el de protección de los bienes fideicomitidos, el de lealtad y buena fe, el de diligencia, profesionalidad y especialidad, y de previsión»* (minuto 10 ejusdem).

Remarcando que *«la conducta de Acción Fiduciaria fue la causa directa y determinante del daño, en el presente caso, el daño es el efecto del obrar antijurídico del representante legal de la sucursal de Cali y sus dependientes, y de la falta de previsión, vigilancia y control de la oficina principal»* (minuto 19).

3.3. Corolarios.

3.3.1. Del recuento efectuado en precedencia queda fuera de duda que en la promoción, administración y construcción de Marcas Mall Cali intervinieron múltiples sujetos, cada uno con funciones determinadas, aunque vinculadas por una causa común.

No obstante, en el presente caso, la demandante decidió libremente acotar el litigio al análisis de la responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en ejecución del negocio de preventas, por el incumplimiento de sus deberes contractuales y legales.

Significa que, fruto del principio dispositivo, Femme International S.A.S. determinó que la cuestión litigiosa únicamente compromete a la sociedad fiduciaria, en su fase de preventas, como parte del contrato de encargo fiduciario n.º 01100011130, entidad llamada a resistir la pretensión de forma exclusiva.

3.3.2. Así las cosas, la intervención del constructor en el actual trámite judicial resulta abiertamente improcedente, no sólo por no haberse elevado reclamos en su contra, sino porque analizar sus obligaciones ningún aporte trae respecto al alcance de los deberes de información, protección de bienes fideicomitidos, lealtad, buena fe, diligencia, profesionalidad y previsión a cargo de la fiduciaria, cuya desatención constituye la *causa petendi*.

Se descarta, por la misma senda, la existencia de un litisconsorcio obligatorio que impusiera la necesidad de vincular a sujetos diferentes a la que efectivamente fue convocada, en descrédito de la nulidad procesal izada como fundamento de la acusación.

A igual conclusión arribó este órgano de cierre en un caso equivalente al *sub examine*:

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 (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

3.3.3. La reflexión pretérita tampoco se modifica de considerarse la existencia de una coligación contractual entre las convenciones empleadas para el desarrollo del proyecto Marcas Mall Cali, esto es, negocio fiduciario de preventas, fiducia de inversión, fiducia de administración inmobiliaria, encargo de obra material, administración delegada, adhesión al encargo de preventas, etc., pues en el juicio no están en discusión los derechos y deberes que

emanan de cada una de ellas, o las cargas transversales a toda la operación.

Itérese, únicamente se sometió a componenda judicial los deberes fiduciarios fruto del negocio de preventas, en concreto, el correcto traslado de los recursos captados por los inversionistas hacia al constructor.

Así lo juzgó la Sala, en palabras aplicables al presente litigio:

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 (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

3.3.4. Las razones expuestas permiten desvirtuar el motivo de nulidad invocado y, por contera, rehusar la acusación inicial.

CARGO SEGUNDO

Se alegó nulidad del proceso por falta de competencia, en tanto *«[l]a Superintendencia Financiera excedió los límites de su propia competencia en sede jurisdiccional, por tomar una decisión propia de un proceso administrativo sancionatorio en contra de una entidad vigilada, y no una decisión de responsabilidad civil contractual. No siendo competente el delegado de la Superintendencia para conocer del asunto, mal podría el Tribunal Superior de Bogotá, en la sentencia que se acusa en casación, proceder como competente de segunda instancia»*.

En soporte reprodujo el artículo 57 de la ley 1480 de 2011, así como el inciso segundo del artículo 24 del Código General del Proceso, con el fin de remarcar que la autoridad administrativa únicamente podía conocer de la ejecución y cumplimiento de obligaciones contractuales; sin embargo, estudió y estableció las falencias de la fiduciaria, sin *«explicación o decisión sobre cómo las mencionadas falencias... tuvieron vínculo causal con los presuntos daños ocasionados a la demandante»*.

Echó de menos que el Tribunal analizara lo tocante al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, de allí que confirmara una sentencia espuria.

Remarcó que *«una actuación en contravía del debido proceso, realizada por el Tribunal de segunda instancia al momento de desatar la alzada no puede quedar por fuera de los fines que se pretenden con la casación y del control que esta le hace a la sentencia del Tribunal»*.

Acudió a la nulidad constitucional del artículo 29 de la Constitución Política para justificar la casación pretendida, so pena de que la acción de tutela tenga que desplazar los mecanismos de control a la actividad judicial, para lo cual invocó a un doctrinante nacional.

CONSIDERACIONES

1. La nulidad por falta de competencia.

1.1. Según esta Corporación, *«la jurisdicción es esencialmente la facultad del Estado para administrar justicia especialmente a través de sus jueces y magistrados, en tanto que la distribución entre éstos de determinados asuntos en ciertas circunscripciones territoriales origina la facultad de cada juzgador para conocerlos en gracia de su particular competencia. La jurisdicción es, pues, el género y la competencia es la especie dentro del marco potestativo del Estado para administrar justicia»* (SC, 1º feb. 1979).

La competencia, conocida como la medida concreta de la jurisdicción, *«es la potestad... para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de*

*determinado órgano jurisdiccional*², razón por la que su presencia es una condición necesaria para que un juzgador pueda asumir el conocimiento de una causa precisa.

Su determinación depende de los factores señalados en la ley, esto es: *«a) objetivo; b) subjetivo; c) territorial; d) de conexión; y e) funcional. El primero, tiene que ver con la naturaleza del asunto; el segundo, con la calidad de las partes que intervienen en el proceso; el tercero, con el lugar donde debe ventilarse el litigio; el cuarto, con la acumulación de pretensiones; y el quinto, con la clase especial de funciones que ejerce el juzgador en los procesos»* (SC3678, 25 ag. 2021, rad. n.º 2016-00215-01).

1.2. La importancia de la jurisdicción y de la competencia se manifiesta, de forma específica, en el numeral 1º del artículo 133 del Código General del Proceso, el cual prescribe que *«[e]l proceso es nulo en todo o en parte... [c]uando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia»*.

Significa que las actuaciones realizadas por un funcionario judicial en ausencia de competencia, materia que interesa al *sub lite*, pueden ser privadas de efectos jurídicos; sin embargo, esta consecuencia únicamente brotará si la competencia espuria no se ha prorrogado, según el canon 136 del estatuto procesal civil, lo que sucederá cuando la

² Ibidem, p. 25

parte afectada actúa en el proceso sin proponer la invalidez o cuando convalida expresamente lo actuado.

La Sala tiene dicho que *«[l]a falta de competencia... es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente»* (SC3678, 25 ag. 2021, rad. n.º 2016-00215-01).

Con todo, *«[c]uando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia **por el factor funcional o subjetivo**, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, ésta se invalidará»* (negrita fuera de texto, artículo 138 del Código General del Proceso).

1.3. Ahora bien, para que pueda accederse a la nulidad a instancia de parte, conforme al artículo 135 de la codificación procesal civil, el interesado *«deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta»*; huelga explicarlo, el solicitante debe ser el afectado y en el pedimento debe especificarse el motivo de invalidez y los supuestos fácticos que explican su configuración.

Además, según la redacción del numeral 1º del artículo 133 *ibidem*, *«la ‘falta de competencia’ en términos generales no es razón suficiente por sí sola para dejar sin efecto lo actuado, puesto que lo que constituye actualmente irregularidad es que el fallador, a pesar de estar definida su*

imposibilidad de adelantar el trámite por providencia en firme, haga caso omiso de ello» (SC2216, 9 jun. 2021, rad. n.º 2018-02889-00).

Estos requisitos son verdaderos presupuestos para la prosperidad de la nulidad, por lo que su observancia constituye una carga para el promotor, so pena que deba rehusarse el estudio de aquella.

Exigencias que no pueden ser escamoteados con la invocación del artículo 29 de la Constitución Política, pues el debido proceso no es una patente de corso para que los sujetos procesales puedan obviar los requisitos señalados en las normas adjetivas para obtener determinado efecto jurídico; por el contrario, su materialización exige que los derechos se ejerzan dentro del contexto de las disposiciones procedimentales.

2. El caso concreto.

Delanteramente conviene señalar que, en razón de la falta de claridad, el cargo propuesto tiene cerrado su estudio, en aplicación del precepto 346 del Código General del Proceso.

2.1. Defectos técnicos de la acusación.

2.1.1. En primer lugar, salta a la vista que en el embate no se indicó una causal de nulidad, de las contenidas en el canon 133 *ibidem* o en cualquier otra norma equivalente, en

transgresión del artículo 135 *ibidem*, lo que constituye una pifia técnica insalvable.

2.1.1.1. Y es que, como ya se indicó, tratándose de una alegación de nulidad, por fuerza del numeral final del precepto 336 *ibidem*, en concordancia con el tercero del 347 *ejusdem*, es menester que se invoque alguno de los motivos de anulación reconocidos expresamente por el legislador.

No es dable, entonces, acudir a este instituto de manera abstracta, frente a la supuesta configuración de un error procesal, sino que debe darse cuenta del principio de especificidad al momento de su proposición, «*conforme al cual solo serán anulables los eventos expresamente señalados por el legislador, lo que, aplicado a la técnica de casación, exige en la formulación del cargo la demostración de una verdadera correspondencia entre los motivos alegados por el censor y la causal de nulidad invocada*» (SC3463, 15 nov. 2022, rad. n.º 2015-00292-01).

Es pacífico en la jurisprudencia:

*Cuando se alega la quinta causal del artículo 336, tal sendero queda circunscrito a las reglas de **taxatividad**, falta de convalidación, interés y trascendencia que rigen las nulidades procesales, puesto que solo lograrían socavar la decisión las inconsistencias determinadas e insuperables que por su relevancia ameritan ser regularizadas, siempre y cuando las reporte el afectado.*

En tal sentido, en CSJ AC4243-2021 se retomó lo dicho en AC3531-2020, así como en AC 18 dic. 2009, rad. 2002-00007, aplicable al caso dada la similitud en la regulación de la causal en

*cuestión, consistente en que: (...) respecto de las reglas relativas al numeral 5º del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (nulidad), es menester destacar que la solicitud de invalidación **debe fundarse en una de las causas de nulidad establecidas en la ley** (...) Adicionalmente, es menester que se evidencie interés en el recurrente para obtener la invalidación que solicita, pues, es bien sabido, otro de los principios básicos que gobiernan la temática de las nulidades procesales es el de protección, relacionado con el interés que debe existir en quien reclame la anulación, emergente del perjuicio que el defecto le ocasiona (...) Finalmente, el vicio denunciado no puede haberse saneado (negrilla fuera de texto, AC5548, 15 dic. 2022, rad. n.º 2018-00335-01).*

Por ende, la falta de indicación del motivo de invalidez hace que el embiste devenga anodino, por faltar a la claridad requerida para adentrarse en su estudio de fondo, como precisamente sucede en el *sub examine*.

2.1.1.2. Deficiencia que no solventa por la mera invocación del artículo 29 de la Constitución Política, pues, esta norma no establece una causal genérica de nulidad procesal, diferente a la invalidez de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales, como lo tiene doctrinado esta Corporación:

[S]egún la jurisprudencia vigente, la nulidad derivada de una prueba ilícita no tiene el alcance de invalidar la actuación, pues sus efectos se acotan al medio suasorio en concreto y la correcta aplicación del derecho que gobierna la controversia, lo que deberá invocarse con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil.

De forma literal se ha dicho: '[L]a sanción que en principio se deriva de la 'nulidad' de la prueba, no es otra que la de su ineficacia, asunto que, por regla general, no se expande al proceso el cual, en cuanto tal, no sufre mengua ni, por supuesto, da lugar a su

renovación total o parcial, a menos obviamente que en casos excepcionales haya lugar a la repetición de la prueba.

Dicho esto, la diferencia entre la nulidad del proceso y la de la prueba, aflora diáfananamente, pues mientras la primera comporta un yerro de actividad del juez, la segunda puede despuntar en un error de juicio del fallador derivado de haberla estimado, no obstante su irregularidad (SC, 13 dic. 2002, exp. n.º 6426)'.

*Esta conclusión no podría ser diferente, pues el artículo 29 de la Constitución Política, sin ambigüedad alguna, prescribió que «[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso»; esto es, **circunscribe los efectos invalidantes al instrumento suasorio que se obtuvo en desatención de las garantías fundamentales, sin extenderlo a la totalidad del trámite. Se trata, entonces, de una regla de exclusión probatoria**, «vale decir, [impone] la separación de ese material suasorio del elenco probatorio. Así las cosas, es infortunado y estéril el esfuerzo del recurrente enderezado a enmarcar en el contexto... [de] la nulidad del proceso» (SC, 28 ab. 2008, rad. n.º 2003-00097-01)... (negrilla fuera de texto, SC4257, 9 nov. 2020, rad. n.º 2010-00514-01).*

Significa que, al abrigo de este mandato fundamental, no es posible obtener la invalidez de un trámite judicial ante la ocurrencia de cualquier pifia o error procesal, salvo que se origine en una prueba ilícita.

Rememórese:

Ahora, si bien en este caso se alega la incursión de nulidad contemplada en el inciso final del artículo 29 Constitucional, resulta que no es suficiente la mera enunciación de la razón propuesta para tener por cumplido el presupuesto de especificidad, pues se requiere señalar la exposición razonada de los hechos en que se fundamenta, de tal manera que encajen dentro del motivo enunciado, sin que exista la posibilidad de que se invoquen por esta vía irregularidades procesales que no alcanzan a calificar como causal de nulidad, bajo una apariencia

que no le corresponde (AC2134, 29 may. 2018, rad. n.º 2014-00403-02).

Como en la demanda casacional no se pretendió una exclusión probatoria, ni la consecuente nulidad originada en ésta, la acusación se queda sin su soporte neurálgico, nublando su perspicuidad.

2.1.2. Se agrega a lo dicho que, aunque se completara oficiosamente la acusación para entender invocado el numeral 1º del artículo 133 del C.G.P., el cual consagra la nulidad cuando el juez actúa sin jurisdicción o competencia, lo cierto es que los hechos esgrimidos en el embiste no dan cuenta de la misma.

2.1.2.1. Rememórese que la impugnante pretendió la ineficacia basado en que el *a quo* profirió una sentencia cuyo contenido corresponde más a una sanción administrativa, sin *«analizar y definir si en el presente caso, con base en los hechos y pretensiones que formuló la demandante, se configuraban los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual y, en caso afirmativo, si era procedente una condena por perjuicios»*, y con base en unos pagos realizados antes de que surgiera la relación contractual entre las partes.

Estas alegaciones, en verdad, descubren una crítica por el desconocimiento de la plataforma fáctica del litigio y por deficiencias en la motivación, materias que son extrañas a la ausencia de competencia, y cuentan con causales específicas

para ser alegadas en casación, en su orden, incongruencia fáctica y violación de normas de derecho sustancial, en una mixtura que deviene insalvable.

2.1.2.2. Insístase, las nulidades están limitadas a los precisos casos señalados por el legislador que, amén de su gravedad, ameritan rehacer la actuación procesal en garantía de los derechos de las partes, lo que es extraño a la consonancia o a los aspectos sustanciales del derecho o relación jurídica en litigio, los cuales cuentan con remedios específicos.

Así lo tiene dicho este Colegiado: «[e]l régimen de las nulidades procesales obedece a principios de taxatividad y convalidación, relacionados con serias irregularidades que entorpecen la función judicial por constituir un **evidente quebrantamiento de las normas básicas de procedimiento o desconocer el derecho de las partes a ejercer su defensa**» (negrilla fuera de texto, SC16280, 18 nov. 2016, rad. n.º 2001-00233-01).

De acuerdo con lo expuesto, como la casacionista no invocó hechos que se subsuman dentro la causal de invalidez procesal a que se hace referencia, o cualquier otra que de alguna manera puede entenderse referida, que sirva de asidero a la casación, deviene impróspera la acusación.

En palabras que son aplicables *mutatis mutandis*, la jurisprudencia instruyó:

El precedente invariable de esta Corporación ha sostenido que la causal quinta de casación solo se abre paso cuando se ha configurado una irregularidad procesal cierta y comprobable, que esté taxativamente consagrada como supuesto de anulabilidad y, en caso de ser saneable, que no haya sido convalidada por la parte legitimada para proponerla (SC3463, 15 nov. 2022, rad. n.º 2015-00292-01).

2.2. Análisis de fondo.

Aunque, en gracia de discusión, se dejaran de lado los yerros advertidos, lo cierto es que la eventual nulidad quedó saneada, razón para denegar el pedimento de fondo.

2.2.1. Para sustentar conviene traer a la memoria que, la falta de competencia achacada por la impugnante, no invocó un factor específico, de allí que sea susceptible de saneamiento en aplicación del artículo 138 del C.G.P., ya explicado.

Y es que, si a pesar de existir la invalidez, la parte actúa en el proceso sin invocarla, la competencia del sentenciador se entiende prorrogada, salvo que corresponda a críticas relativas a la posición de los jueces dentro de la estructura jerárquica de la jurisdicción -competencia funcional- o al fuero diplomático -competencia subjetiva-.

Aquello fue lo que sucedió en el *sub lite*, en tanto la sociedad fiduciaria, una vez notificada del litigio, intervino para reponer el auto admisorio de la demanda (archivo digital FEMME_INTERNATIONAL.pdf), momento en el que pidió ordenar la integración del contradictorio, sin cuestionar que

la Superintendencia no pudiera fungir como juez de primera instancia, en atención a su posición dentro de la rama judicial cuando ejerce funciones judiciales, y menos aún invocar un fuero en su favor.

Comporta que la demandada, a pesar de estar advertida de que el juez de primera instancia estudiaría todos los aspectos tocantes a la relación contractual, ninguna manifestación hizo sobre la incompetencia que en su criterio se alzaba sobre el sentenciador, por lo que con su silencio prorrogó la competencia de aquél.

Interpretación ratificada por el hecho de que al proponer las excepciones previas (archivo digital 015.pdf), momento oportuno para invocar «*falta de jurisdicción o competencia*» conforme al numeral 1º del artículo 100 del C.G.P., se limitó a insistir en la falta de llamamiento de los litisconsortes necesarios, sin mencionar lo tocante a las atribuciones de la Superintendencia Financiera de Colombia cuando funge en reemplazo de los jueces civiles.

Una vez prorrogada la competencia se excluye la invalidez procesal, por haberse asentido tácitamente en que el sentenciador de primer grado estuviera facultado para emitir una sentencia de fondo, en descrédito del argumento de la casacionista en el embiste segundo.

2.3. La sumatoria de las razones expuestas, lleva al fracaso de la acusación.

CARGO TERCERO

Se achacó incongruencia en el fallo confutado, por cuanto la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera accedió a los pedimentos de la demanda con base en hechos que no fueron discutidos y distantes del centro de la actividad probatoria.

Previa invocación de varios pronunciamientos de las salas de casación Laboral y Civil, aseveró que *«aun cuando el juez pretenda fallar por fuera o por más de lo pedido, tiene que circunscribirse estrictamente a los hechos alegados y probados dentro del proceso, que hayan dado lugar a las pretensiones de la demanda, otorgando a la otra parte la posibilidad de controvertirlos y, en todo caso, motivando razonadamente dicha decisión»*.

Censuró, en consecuencia, que se confirmara el veredicto de primer grado, pues éste accedió a las pretensiones con soporte en hechos distantes a los del escrito inicial, sin actividad probatoria y lejanos a los alegatos de conclusión presentados.

Afirmó que *«el fallo proferido por el Tribunal es contrario a derecho, contradictorio e incongruente en su mismo contenido»*.

CONSIDERACIONES

1. Congruencia de los fallos judiciales.

1.1. En respeto de los derechos fundamentales de defensa y contradicción, así como en aplicación del principio

dispositivo, antes dilucidado, la sentencia judicial debe limitarse a resolver las estrictas materias sometidas a conocimiento del funcionario judicial, sin dejar de lado ninguna de ellas, ni exceder de su contenido, salvo los casos de excepción señalados por el legislador como sucede en materias de familia, agrarias o de consumo.

Esta regla es conocida como la congruencia o consonancia, *«por cuya fuerza el sentenciador tiene el deber de que su veredicto guarde coherencia con las pretensiones aducidas en el trámite judicial, los hechos que sirven de sustento a la causa petendi, y las excepciones invocadas por los demandados o que aparezcan acreditadas en el trámite»* (SC2850, 25 oct. 2022, rad. n.º 2017-33358-01).

Directriz reconocida en el artículo 281 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: *«[l]a 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»* (negrilla fuera de texto).

La Sala, refiriéndose a la norma citada, doctrinó: *«la actividad de los juzgadores de instancia es estricta y limitada. La demarcan las pretensiones y las excepciones probadas o que deben ser expresamente invocadas, como la prescripción, compensación y nulidad relativa. La restringen igualmente los hechos en que unas y otras se sustentan»* (SC1253, 26 ab. 2022, rad. n.º 2002-00972-01).

1.2. Existirá incongruencia, entre otros casos, cuando la sentencia de instancia: (I) «*otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita)*» (SC1806, 25 feb. 2015, rad. n.º 2000-00108-01); (II) «*decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio*» (*ídem*); (III) olvida resolver sobre alguna de las pretensiones invocadas, tanto en la demanda principal como en la de reconvencción (SC2850, 25 oct. 2022, rad. n.º 2017-33358-01); (IV) deja de decidir sobre cualquiera de las defensas que fueron izadas por los accionados para oponerse a las pretensiones (numeral 3º del artículo 96), o de las que, sin requerir de alegación de parte, refuljan de las pruebas (artículo 282); (V) resuelve sobre una excepción personal, esto es, prescripción, compensación y nulidad relativa, sin haber sido alegada por la parte interesada (*ibidem*); o (VI) falla con base en una plataforma fáctica diferente a la invocada en la demanda (numeral 5º del artículo 82) o en la contestación (numeral 2º del artículo 96).

1.3. Esta última es conocida como «*incongruencia fáctica*» y sucede si el sentenciador «*resuelve el proceso con **total y absoluto desconocimiento** de los fundamentos de hecho esgrimidos por su gestor, esto es, soportado en una causa petendi en verdad inexistente, fruto de su inventiva, en tanto que hace caso omiso de los planteamientos en los que aquél respaldó la acción*» (negrilla fuera de texto, SC042, 7 feb. 2022, rad. n.º 2008-00283-01).

Dicho de otra forma, «*se configura... cuando el juzgador se aleja abiertamente del sustrato fáctico planteado en la*

demanda, contestación y traslado de la oposición, para fincarse en su conocimiento privado o en la imaginación. Así lo precisó la Corte al considerar que '[e]n excepcionales casos se habilita el estudio por incongruencia de una providencia que niega todos los pedimentos del opugnador, como cuando el fallador toma un camino ajeno del que le trazan las partes, desconociendo abiertamente la narración factual y las peticiones, para imponer un punto de vista desfasado o arbitrario' (SC6499, 27 may. 2015, rad. n.º 2003-00110-02)» (SC3724, 5 oct. 2020, rad. n.º 2008-00760-01).

Remárquese que el alejamiento debe ser absoluto, en el sentido de que los fundamentos de hecho sean «*del todo extraños a los aducidos oportunamente por los litigantes en aquellos actos llamados a fijar concretamente la materia del debate*» (SC018, 23 may. 1997, exp. n.º 4504), siempre que se advierta de forma palpable (SC16785, 17 oct. 2017, rad. n.º 2008-00009-01) o considerable (SC, 18 dic. 2013, rad. n.º 2000-01098-01).

2. El caso concreto.

2.1. Defecto técnico de la acusación.

2.1.1. Es preciso relieves que el embate faltó al requisito de claridad consagrado en el artículo 344 del C.G.P., por cuanto se limitó a cuestionar la desatención del principio de congruencia, sin explicar la forma en que supuestamente ocurrió la pifia.

La opugnante olvidó que, en un embate por esta causa, es deber del interesado hacer un parangón entre la sentencia cuestionada y las pretensiones, excepciones o hechos, con el fin de evidenciar la discordancia entre los mismos.

La Sala tiene dicho, en palabras que conservan vigor:

[P]ara demostrar la incongruencia reclamada, de cara a la carga de claridad a que se refiere el numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, el casacionista debe hacer una labor de contrastación entre el acápite resolutivo de la sentencia y los supuestos fácticos admitidos en la parte motiva o que fueron diáfananamente acreditados por el interesado, con el fin de develar que era menester el reconocimiento oficioso de la excepción de mérito.

En otras palabras, el parangón exigido para demostrar una decisión insuficiente debe realizarse entre lo fallado y los hechos que se admiten como probados en la providencia (SC129, 7 nov. 2007, rad. n.º 1997-13399-01), o entre aquella y los supuestos fácticos que relucen sin ambigüedad del acervo demostrativo (SC, 2 sep. 2005, exp. n.º 7781; SC, 30 en. 1992) (SC4257, 9 nov. 2020, rad. n.º 2010-00514-01).

2.1.2. En el *sub lite*, la demandada se limitó a afirmar que el *a quo* no podía «acceder a las pretensiones de la demanda con base en hechos que no fueron objeto del litigio dentro del proceso y sobre los que no se centró la actividad probatoria», en tanto el «supuesto incumplimiento» se soportó en «hechos que la demandante jamás alegó, y que nada tienen que ver con las pretensiones», sin otras particularizaciones.

Descuella por tanto la falta de desarrollo de la acusación, quedándose en el campo de las afirmaciones, porque ningún parangón se hizo entre los hechos de la

demanda, la contestación y la fijación del objeto del litigio, con los que sirvieron para la condena contra la accionada, para mostrar su completa disonancia, en descrédito de la claridad exigida para la acusación.

Este proceder descubre un defecto técnico que, por fuerza de los artículos 344 y 346 del código adjetivo en vigor, impide que el embate pueda estudiarse en casación.

2.2. Ausencia de incongruencia.

En todo caso, aunque se dejara de lado el yerro denunciado y se hiciera una revisión oficiosa de la plataforma fáctica, lo cierto es que no se configuró la incongruencia imputada.

2.2.1. Evóquese que, de acuerdo con el libelo genitor y con el fin de soportar el reclamo por responsabilidad civil, la demandante expuso que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la indujo engañosamente a suscribir el encargo fiduciario individual n.º 11130, sin advertir que para esta fecha había transferido los recursos a la promotora en transgresión de las condiciones contractualmente establecidas.

Proceder que demuestra la desatención «*del artículo 97 del EOSF en el cual ‘se hace especial énfasis en que la fiduciaria debe cuidar de que haya suficiente claridad, información y revelación acerca de aspectos tales como manejo de recursos, cumplimiento de punto de equilibrio, en cabeza de quién está la suscripción de contratos, plazos y*

condiciones para devolución de recursos, entre otras obligaciones de índole financiera».

Estimó, además, que la convocada incumplió sus deberes legales y contractuales *«al no informar... la existencia del Acta de Verificación»* y *«al recibir los aportes-dineros... con posterioridad a la fecha del acta de verificación».*

Concluyó que se violaron múltiples deberes contractuales, así como las cargas de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y protección de los bienes fideicomitidos. Además, consideró conculcados los artículos 1234 y 1239 del Código de Comercio, junto a los deberes contenidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En respuesta, la sociedad fiduciaria afirmó que *«no es cierto que... haya incumplido con sus deberes legales como fiduciario»*; por el contrario, *«nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles»*, *«nunca actuó con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible»*, y *«nunca se generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable».*

Con el fin de resolver el litigio, el fallador de primer grado se adentró en *«las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria en el negocio fiduciario»*, en concreto, las cláusulas quinta y octava del encargo, los deberes indelegables señalados en el artículo 1234 del estatuto comercial, y las obligaciones contenidas en el numeral 5.2.

del Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996, a partir de lo cual encontró:

[L]a fiduciaria desde los inicios del negocio fiduciario incumplió con sus deberes poniendo en peligro su viabilidad, toda vez que al momento de estructurar el negocio fiduciario MARCAS MALL, no cumplió con las referenciadas obligaciones que la normatividad le requería en el ejercicio de su labor profesional en el mercado financiero, ni con el deber de diligencia que le correspondía...

[E]l 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 (a las 2 horas de la grabación de la audiencia a derivado 064)... Por lo que queda así, acreditado el hecho de que la fiduciaria no cumplió con su obligación de verificar el cumplimiento de las condiciones de punto de equilibrio o de transferencia, que debían certificarse por el promotor fideicomitente...

[Existió una] indebida administración del negocio fiduciario por parte de la oficina de la fiduciaria en la ciudad de Cali [fruto de]... Retiros y abonos no autorizados de fondos en las cuentas de propiedad de los fideicomisos cuyo resultado refleja un saldo negativo a favor de los mismos...

[L]as situaciones antes descritas fueron facilitadas por las deficiencias de control sobre la oficina de la ciudad de Cali, pues resulta claro para este Despacho y así se acreditó en el proceso, que la sociedad fiduciaria no cumplió sus obligaciones de control interno respecto del mentado gerente de la Sucursal de Cali y representante legal de esa fiduciaria y demás empleados que fueron objeto de la denuncia penal promovida por la misma entidad de servicios financieros...

Aunado a lo anterior, también se ha probado en la actuación una conducta totalmente pasiva de la fiduciaria aun con posterioridad de conocer los hechos presuntamente delictivos desarrollados por sus funcionarios de la ciudad de Cali, pues no acreditó haber realizado actos adicionales o de emergencia para lograr la consecución de la finalidad del negocio fiduciario, y mucho menos ha desarrollado acciones tendientes a la protección y defensa de

los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo fideicomitente, tal y como lo establece el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio, dejando a los encargantes individuales e inversionistas en un estado de total abandono respecto de las sumas que le fueron confiadas por estos.

El proveído de segunda instancia, amén de la alegación por incongruencia, aseguró que *«no hay desarmonía entre los hechos alegados en la demanda y los que el juzgador trajo a colación en su sentencia, pues en aquella – y en ésta – se perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de la institución financiera respecto de los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración».*

2.2.2. Basta comparar la *causa petendi* que sirvió de fundamento al escrito inaugural, con las motivaciones esgrimidas por los sentenciadores de primer y segundo grado, para descubrir su simetría, en descrédito de una incongruencia fáctica.

Total, la controversia, desde sus albores, se planteó en términos de infracción a los deberes convencionales y legales de la fiduciaria, con ocasión de la gestión de preventas del proyecto Marcas Mall Cali, temáticas que precisamente sirvieron para que los *a quo* y *ad quem* encontraran acreditados los hechos constitutivos de responsabilidad.

Trasluce que la plataforma fáctica del litigio se ha mantenido inalterada, huelga concretarlo, la desatención de los deberes de verificación para la transferencia de recursos

del encargo al promotor, por parte de la fiduciaria, así como los imperativos de diligencia, información y protección de los activos fideicomitidos, sin que en ningún momento se haya abandonado ese camino.

Al existir armonía entre los hechos invocados en el escrito genitor del litigio y las decisiones de instancia, se descarta una inconsonancia fáctica, pues mal podría existir un alejamiento ostensible de la *causa petendi* cuando el pronunciamiento recae precisamente sobre las materias sometidas a composición judicial.

A este mismo colofón arribó la Sala en precedente vinculante para el *sub examine*:

[L]a 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 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 (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

2.2.4. Ahora bien, es cierto que en la sentencia de primera instancia se hicieron particularizaciones sobre las actuaciones de la convocada, las cuales no se mencionaron en la demanda, tales como la permisión de retiros y abonos

no autorizados de las cuentas individuales de los fideicomitentes, pagos sin conexión con el negocio encomendado, realización de coberturas ajenas al tipo de fiducia, ausencia de registros contables e irregularidades administrativas y de gestión de riesgo.

Sin embargo, estas explicaciones se hicieron dentro del contexto de las obligaciones legales que tienen las fiduciarias, tratándose del negocio de preventas, con el fin de mostrar el incumplimiento de sus deberes legales de protección de los bienes fideicomitados y separación de activos. En consecuencia, su inclusión no se hizo por fuera de las materias en discusión, sino en desarrollo de las mismas, aunque con un grado de precisión mayor que emanó del recaudo probatorio.

2.2.5. Incluso, aunque de forma errónea se asintiera en que estas últimas reflexiones no eran parte de la controversia, lo cierto es que este alejamiento no puede calificarse como absoluto o abiertamente improcedente, pues su realización fue fruto de la evaluación del cumplimiento de los deberes indelegables de la fiduciaria, uno de los asuntos esgrimidos por la demandante como soporte de la responsabilidad pretendida.

2.3. Por lo expuesto, esta Corporación encuentra que la acusación bajo estudio tiene cerrada su vocación de prosperidad.

CARGO CUARTO

La recurrente alegó la violación indirecta de los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613, 1614, 1615 y 1616 del Código Civil y 822 y 1243 del Código de Comercio, por errores de hecho manifiestos en la apreciación de la demanda, al no advertirse que no se configuran los elementos de la responsabilidad reclamada.

Estimó que *«una adecuada apreciación de la demanda habría llevado al Tribunal a concluir que no hubo daño ni nexo causal entre el supuesto daño y la conducta»*, por cuanto *«en la demanda no hay explicación alguna (ni fue probado posteriormente por la Demandante) por qué los supuestos daños se generaron ‘como consecuencia’ de la conducta de mi representada»*.

Resaltó que, en su calidad de fiduciaria, no era promotora ni constructora del proyecto, por lo que los efectos de su desatención no le eran imputables. También rechazó que el daño fuera cierto, pues falta la liquidación del proyecto, por lo que cualquier pago configurará un enriquecimiento sin causa.

Recordó que el objeto del encargo fiduciario era la conservación de unos recursos y su entrega al promotor, quien empezó la construcción del centro comercial, lo que rompe el nexo de causalidad.

Estimó que la fiduciaria cumplió con la transferencia contractualmente establecida, por lo que esta actividad no puede ser la causa del daño. Explicó que *«el hecho que habría sido generador de los daños alegados fue posterior a la actuación de la fiduciaria; en otras palabras, si la fiduciaria hubiera certificado y entregado los recursos a partir del 1 de diciembre, cuando ya se había inscrito la transferencia del inmueble, hubiera ocurrido lo mismo y los supuestos daños también habrían ocurrido, demostrando así la inexistencia del nexo causal»*.

CARGO QUINTO

Invocó iguales disposiciones a las del embiste anterior para sustentar una transgresión indirecta de la ley sustancial, por no advertirse que del incumplimiento de la fiduciaria *«no se desprende necesariamente un nexo causal entre dicha conducta y el supuesto daño sufrido por la demandada»*.

Con fundamento en la cláusula décima del contrato de encargo fiduciario, resaltó que la entidad financiera no era responsable del desarrollo del proyecto, el cual estaba en manos del promotor. Asimismo, los daños causados en la fase de construcción, por la misma razón, son ajenos a la convocada.

Aseguró que sólo cabría responsabilidad en su contra de no haberse iniciado la construcción, lo que no sucedió. De hecho, según los boletines informativos enviados a los

inversionistas, el proyecto inició, de allí que de lo «*ocurrido con posterioridad únicamente es responsable del promotor y no de la fiduciaria*».

CONSIDERACIONES

1. Anotación preliminar

Como los cuestionamientos finales presentan yerros similares y están orientados a cuestionar la misma materia, su análisis se hará de consuno.

2. Defectos técnicos de las acusaciones.

2.1. El artículo 344 del Código General del Proceso establece como requisitos particulares del escrito casacional, en cuanto interesan al *sub lite*, «*la formulación... de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma **clara, precisa y completa***» (negrilla fuera de texto, numeral 2º).

La claridad se expresa en que «*la persona que acude a este mecanismo debe formular sus embates... con la indicación de las razones por las cuales considera que el juzgador de instancia se equivocó y cómo tal dislate tiene la virtualidad de afectar la totalidad de la decisión. **No es posible soportar la acusación en fórmulas abstractas, o elucubraciones sobre cuál debió ser la decisión definitiva***» (negrilla fuera de texto, AC3919, 20 jun. 2017, rad. n.º 2017-00650-01).

La precisión obliga a «*que los embistes [estén] orientados hacia los fundamentos reales de la decisión atacada, sin separarse de ellos, so pena que la recriminación no pueda ser admitida. En otras palabras, **los reproches deben dirigirse con acierto hacia el centro de la argumentación de la providencia cuya anulación se pretende***» (AC028, 16 en. 2018, rad. n.º 2014-00380-01).

Por último, la completitud «*impone al promotor que **ataque la totalidad de las premisas del fallo cuestionado**, de suerte que las controvierta en su integridad, sin que ninguna de ellas pueda quedar desprovista de cuestionamiento*» (ídem).

2.2. En los embistes por error de hecho, además, corresponde al interesado singularizar «*con precisión y claridad... cuáles son en concreto las pruebas sobre las que recae*», mostrando «*en qué consiste*», su carácter manifiesto y «*su trascendencia en el sentido de la sentencia*» (artículo 344 del C.G.P.)

La Corporación, al interpretar esta regla, fijó como derrotero:

*De este enunciado surge pacífico que sólo podrán dar paso a la anulación de la decisión de segundo grado las pifias que refuljan sin mayores dilucidaciones, a partir de una **contrastación entre las consideraciones del veredicto y los medios suasorios objetivamente considerados, que muestren una suposición, pretermisión o tergiversación, y que tengan aptitud para modificar el sentido de la decisión.***

Contexto dentro del cual resulta exiguo que el impugnante haga una relación de dislates probatorios o que para su demostración efectúe complicados esfuerzos argumentativos, pues tal proceder es propio de las instancias y, por completo, extraño al remedio casacional (negrilla fuera de texto, SC3540, 17 sep. 2021, rad. n.º 2012-00647-01).

2.3. No obstante lo anterior, en las acusaciones postreras se desatendieron los requisitos de precisión, claridad y completitud, como se mostrará en lo subsiguiente.

2.3.1. La falta de precisión, también conocida como desenfoque o desatino, se originó en que la opugnante olvidó rebatir los argumentos que en verdad sirvieron a la segunda instancia para establecer la responsabilidad pretendida.

2.3.1.1. En efecto, en la providencia del Tribunal se arguyó que:

(I) El hecho contrario a derecho se materializó porque la fiduciaria no verificó, antes de transferir los recursos obtenidos en el proceso de preventa al promotor, que: (A) los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto estuvieran efectivamente aportados al fideicomiso, (B) existiera punto de equilibrio, (C) se encontraran dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegara a feliz término, (D) el constructor o promotor del proyecto cumpliera con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto, y (E) existieran los créditos indispensables para la ejecución de la obra.

(II) El daño consistió en la pérdida de recursos entregados por la aportante.

(III) El nexo causal se infirió de que, por haberse transferido los dineros, no fue posible obtener su devolución de forma inmediata, como era esperable por haberse entregado a título de encargo fiduciario.

Así refulge de la siguiente transcripción:

*[E]s claro que se reúnen los requisitos para deducir la responsabilidad contractual de la sociedad fiduciaria, máxime si se considera que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” (C. de Co., art. 1243), y que **el detrimento patrimonial se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados**. Por lo demás, si en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, resulta inadmisibles alegar que no hubo daño en la medida en que el inversionista, eventualmente, puede recuperar los recursos en el proceso liquidatorio del patrimonio autónomo en el que resultó involucrado, precisamente por cuenta de la conducta culposa de la fiduciaria. **Si los dineros están donde no debían estar, la parte que provocó esa distorsión no puede evadir su responsabilidad pretextando ausencia de daño, remitiendo a su víctima a un concurso de pérdidas** (negrilla fuera de texto).*

2.3.1.2. A pesar de la existencia de estas premisas, que por su concreción no puede ser simplemente ignoradas, los embates finales no las refutaron, en particular, en cuanto se refiere a la prueba del daño y del nexo causal, lo que descubre su insuficiencia.

Así, frente al primero de los tópicos -perjuicio-, la opugnante insistió en que en la demanda no se precisó cuál era y que, de existir, se originó en la no finalización de la construcción; reflexiones distantes del núcleo de la sentencia de alzada, la cual sostuvo, reitérese, que el daño emanó de la pérdida de los recursos fruto de la entrega al promotor, con lo cual se imposibilitó su devolución a la inversionista.

Lo mismo sucede frente al nexos causal, pues nuevamente se censuró su orfandad en la demanda y la no acreditación en juicio, sin advertir que el sentenciador lo encontró probado por la ligazón existente entre la conducta de la fiduciaria y la no restitución de los recursos, pues de haber permanecido éstos en el encargo fiduciario hubieran estado disponibles para su reintegro.

De lo expuesto queda en evidencia que las censuras no se dirigieron al centro de la decisión de alzada, en un desenfoco que impide su despacho de fondo.

A este mismo colofón se arrimó en un caso equivalente al presente:

Nótese que el impugnante abandonó la labor de contradecir cada una de las premisas anteriores. En su ofensiva se dedicó a razonar sobre los presupuestos doctrinales y jurisprudenciales del «daño», valga decir, que fuera «injusto, cierto y directo», pero olvidó tomar cada una de esas exigencias y confrontarlas con el detrimento encontrado por el ad quem, a fin de establecer si la pérdida «patrimonial» padecida por las «accionantes» era meramente «hipotética».

Tampoco hizo lo propio para disputar la conclusión del juzgador en cuanto al «nexo causal». Si bien el recurrente realizó una exposición jurídica atendible respecto de ese requisito, omitió explicar por qué la «relación causal» encontrada por el sentenciador no era la más «adecuada» o «eficiente» en la producción del perjuicio. Es que a ese respecto, el sentenciador analizó que si la enjuiciada hubiese honrado sus obligaciones, no habría trasladado el capital de los aportantes a la «promotora» sin la satisfacción de la totalidad de las condiciones acordadas con ese propósito, de suerte que, sus inversiones se encontrarían a salvo, sin embargo, no hay una disputa capaz de minar ese razonamiento del juzgador, sin que sea plausible lo aseverado por el casacionista, atañadero a que, de todos modos «las Demandantes habrían sufrido el mismo “daño” que alegan», aun cuando la «fiduciaria» hubiese cumplido los acuerdos cuestionados, afirmación que adolece de soporte (AC2931, 21 jul. 2022, rad. n.º 2018-01214-01).

2.3.2. Se agrega a lo dicho que la acusación cuarta faltó a la claridad, por no mostrar cómo se configuró el error de apreciación probatoria, ni su trascendencia para modificar el sentido de la decisión.

2.3.2.1. Es cierto que en el quehacer judicial la interpretación de la demanda deviene en un imperativo para establecer su contenido y alcance, en aquellos casos en que se faltó a la claridad al momento de su proposición, siendo posible que el sentenciador, en este laborío, incurra en errores por cercenamiento, tergiversación o adición.

Según la doctrina jurisprudencial,

...[e]l ejercicio hermenéutico del fallador, al apreciar la demanda, está supeditado a que del texto se muestre oscuro. La opacidad habilita la interpretación. Al respecto, esta Sala en sentencia SC775-2021, exp. 2004-00160-01, aseveró que “La demanda debe ser idónea desde el punto de vista formal. Tiene que

expresar, con precisión y claridad -entre otras cosas, aquello que se pretenda. De no venir así presentada, al punto que sea arduo desentrañar lo que verdaderamente se quiere, será incapaz de propiciar la apertura del debate -resultando en su inadmisibilidad- Lo anterior, de pasar inadvertido, activaría el deber hermenéutico del fallador a efectos de proferir sentencia de mérito, según las pretensiones inferidas del escrito. En efecto, (...) ante situaciones en las cuales aparece que el libelo es obscuro o ambiguo, debe el juez interpretarla” (SC3985, 16 dic. 2022, rad. n.º 2013-00213-01).

En consecuencia, existirá un yerro interpretativo de la demanda cuando el juez *«fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada’ (Sent. cas. civ. de 8 de abril de 2003, expediente 7844)» (SC3771, 9 dic. 2022, rad. n.º 2008-00634-01).*

Evidentemente, debe tratarse de un *«desvío protuberante del juzgador al ejercer su labor hermenéutica respecto de esa importante pieza procesal, al punto que con tal ejercicio llegue a contrariar la lógica de la controversia, a alterar el sentido y alcance del petitum o porque sus inferencias resulten incompatibles con el texto general del libelo por tergiversar o modificar su contenido material» (SC3280, 21 oct. 2022, rad. n.º 2016-00222-01).*

2.3.2.2. Ahora bien, como en todo yerro de hecho, corresponde al impugnante *«demostrar el error y señalar su trascendencia en el sentido de la sentencia»*, singularizando

«*las pruebas sobre las que recae*» con «*precisión y claridad*» (artículo 344 del C.G.P.).

Ha dicho la Sala: «*la prosperidad de un cargo en casación edificado sobre esa causal exige que efectivamente el sentenciador se haya extralimitado por acción o por omisión en ese ejercicio hermenéutico, “como ocurre cuando tergiversa de modo evidente su texto, o lo hace decir lo que no expresa o, también cercena su real contenido” (SC 22 ago. 1989), adicionalmente, debe demostrarse que el yerro es manifiesto u ostensible y su trascendencia en la decisión*» (SC1297, 6 jun. 2022, rad. n.º 2013-00011-01).

2.3.2.3. Empero de lo comentado, en el cargo cuarto del escrito de sustentación se argumentó que faltó «*una adecuada apreciación de la demanda*», pues de haberlo hecho «*habría llegado al Tribunal a concluir que no hubo daño ni nexo causal entre el supuesto daño y la conducta*», e insistió en que «*quien alegue un daño, debe probar los requisitos antes señalados, es decir, que este sea cierto, real, determinado y directo, todo lo cual se extraña de la demanda y de la actuación de la demandada en el presente proceso*». Esto por cuanto «*la demandada no era promotora ni constructora del proyecto, por lo que los posibles daños que se hayan generado en relación con el mismo no [le] son atribuibles..., sino al promotor*».

Trasluce, de la transcripción, que la opugnante se limitó a invocar un yerro en la interpretación del libelo genitor, olvidando citar los acápite concretos de este escrito que sirven de soporte a sus aserciones, esto es, las

manifestaciones allí contenidas que demuestran que la demandante no reclamó un daño concreto frente a la fiduciaria, sino frente al constructor, así como que la causa del perjuicio fue la conducta del promotor del proyecto inmobiliario, sin comprometer la actividad de preventas.

Tampoco se hizo la labor de contrastación, propia del error de valoración probatoria, con el fin de desvelar la falta de armonía entre la ontología de la demanda y lo que sobre este documento se dijo en el fallo censurado, así como su incidencia en el sentido de la decisión, con el fin de demostrar el yerro evidente en que incurrió el sentenciador en el veredicto de segundo grado.

Se esperaba de la recurrente, con el fin de garantizar la claridad del reproche, que citara los párrafos puntuales que sirven de soporte a sus conclusiones, así como las equivocaciones en que incurrió el sentenciador al revisar esta pieza procesal, lo que brilla por su ausencia.

La abstracción de la acusación desdice de un ataque casacional, motivo para desechar su estudio.

2.3.3. Finalmente, en los cargos que se revisan, también se advierte incompletitud, pues la recurrente nada dijo sobre varias premisas decisionales del sentenciador de segunda instancia, las cuales sirvieron para justificar la condena en contra de la sociedad fiduciaria.

Efectivamente, ninguna referencia hizo la impugnante sobre el tipo de negocio fiduciario celebrado con la demandante y sus efectos, a pesar de que el Tribunal encontró allí una razón para explicar por qué el dinero debió mantenerse en sus manos y sin trasladarlo al constructor; tampoco se censuró el papel decisivo que tenía la fiduciaria en la verificación del punto de equilibrio, de lo cual se dedujo la conexión causal con el daño irrogado; y, finalmente, nada se dijo sobre la imputación de responsabilidad por los crasos errores en que incurrió, al autorizar la transferencia de recursos sin comprobar la información suministrada por el promotor.

Nótese que esas premisas fueron centrales para deducir los elementos de la responsabilidad reclamada, ya que las fallas en la comprobación fueron las que llevaron a la entrega de unos recursos que, de haber permanecido dentro del encargo fiduciario, hubieran podido ser restituidos de forma inmediata al fideicomitente.

Luego, fruto de la incompletitud, resultan insubstanciales las acusaciones, por la falta de idoneidad para anular el veredicto criticado, de allí que deban rechazarse.

Bien ha dicho la jurisprudencia: *«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 violación 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”, pues si queda un pilar incólume que le preste por sí solo suficiente apoyo, el fallo debe mantenerse (CSJ SC5175-2021, rad. 2015-00222-01)» (SC3772, 24 nov. 2022, rad. n.º 2014-01067-01).

2.4. La sumatoria de errores en la formulación de los cargos conduce a repeler su examen, en garantía del carácter extraordinario del remedio casacional.

3. Demostración de los supuestos de responsabilidad en el *sub lite*.

A pesar de que las reflexiones precedentes son suficientes para cerrar la discusión sobre la responsabilidad achacada a la sociedad fiduciaria en el presente caso, la Corte estima oportuno verificar la razonabilidad de la valoración probatoria efectuada por el juzgador de segunda instancia, por su importancia para resolver casos equivalentes al presente.

3.1. Naturaleza de la actividad fiduciaria

3.1.1. La fiducia, por su etimología, significa confianza, de allí que todos los negocios que vinculen este concepto suponen la intervención de una persona a quien se le encarga una labor para que sea cumplida de buena fe y conciencia.

Así, en el derecho romano, la fiducia sirvió, entre otros fines, para permitir (I) la desposesión de los hijos en favor de un tercero, con la convicción de que éste los liberaría con posterioridad para que se emanciparan; (II) la renuncia a los derechos sobre un hijo con el compromiso de que un tercero lo adoptaría; (III) la transferencia de un bien inmueble a un acreedor, con el acuerdo de que éste lo restituiría al deudor una vez pagada la deuda; y (IV) la realización de un requerimiento privado o testamentario, después de haber dispuesto de una cosa a un tercero, para que éste la entregue de buena fe a un beneficiario.

En estos ejemplos reluce que la confianza constituye la razón de ser del negocio, pues sólo frente a la convicción de que el encargado cumpliría por honor la misión que le fue encomendada, es que se explica que el propietario transmita el dominio de posesiones muy valiosas. No en vano se acepta que en la fiducia existió -y existe- una desproporción entre los medios y los fines, pues para favorecer a un beneficiario, se acudía -y se acude- a la traslación de un activo a un fiduciario, con los riesgos connaturales de este proceder.

3.1.2. Su evolución dio lugar a la conocida «*propiedad fiduciaria*», entendida como la enajenación que se hace de una cosa a un adquirente, quien se obliga a transferirla a un beneficiario cuando acaezca la condición señalada en el acto dispositivo.

Se trata de un tipo especial de propiedad, en el entendido de que el fiduciario adquiere el derecho de dominio sobre la cosa transferida, pero sometido a un hecho futuro e incierto, a cuyo advenimiento -de ocurrir- se extinguirá en favor de un beneficiario.

Explica la doctrina *«que debe distinguirse entre la sustitución fideicomisaria y el usufructo. Todas las veces que el objeto asignado implica necesariamente la necesidad de restituirlo, nos encontramos ante un usufructo, como cuando el testador asigna un inmueble a alguien para que lo usufructúe mientras viva o durante un término; para que exista fiducia se requiere que el fiduciario goce del objeto, encontrándose sujeto a que por el advenimiento de una condición está obligado a restituirlo; condición que bien puede no cumplirse, caso en el cual desaparece la propiedad fiduciaria, para convertirse en propiedad pura y simple»*³.

3.1.3. El Código Civil colombiano recogió este último instrumento jurídico en los artículos 794 y siguientes, así: *«se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición»*.

Aquí interviene un fideicomitente, encargado de transferir la cosa o fideicomiso, un fiduciario, adquirente del derecho de dominio que se somete a una condición extintiva, y un fideicomisario, a quien se le restituye el fideicomiso al

³ Arturo Valencia Zea y otro, *Tomo II, Derechos Reales*, Temis, 2007, p. 287.

acaecer la condición. En consecuencia, *«[e]l fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo»* (artículo 819).

Resáltese, *«[l]a naturaleza de la propiedad fiduciaria evidencia, sin duda, que el profesional que asume esa función adquiere la calidad de titular y propietario formal de los bienes transferidos, pero adquiere un dominio limitado, pues no tiene la libertad de disponer a su arbitrio de los mismos; y su ejercicio está condicionado al cumplimiento del encargo (art. 793 y ss)»* (SC5438, 26 ag. 2014, rad. n.º 2007-00227-01).

Por sus implicaciones, el campo de aplicación de este tipo de propiedad se acotó a los cuerpos ciertos y a la herencia -total o parcialmente- (artículo 795), exigiendo que su constitución se haga por escritura pública o testamento (artículo 796).

3.1.4. El fideicomiso romano y sus desarrollos posteriores, a pesar de las numerosas aplicaciones, no alcanzaron la trascendencia del *«trust»* anglosajón, utilizada para que un *settlor* -enajenante- confiara la propiedad de un bien a un *trustee* -propietario legal-, quien se encarga de ella para favorecer a un *beneficiary* -propietario en equidad-, a quien se le deben entregar las ganancias de la administración.

Esta Corporación ha señalado que:

En la estructura clásica de este tipo negocial... el constituyente (trustor, settlor) transfiere uno o más bienes determinados a un sujeto (trustee) para su administración en beneficio o interés del constituyente o de un tercero (beneficiary; cestuy que trust), generando su segregación, sustracción o separación del patrimonio del trustee, la imposibilidad de persecución por sus acreedores, la configuración de propiedades duales sobre las cosas (estates), legal y equitable, con múltiples derechos en varias personas y la distribución de beneficios y responsabilidades por el dominio y administración; la propiedad plena, legal o formal de la cosa se radica en el trustee (legal owner) con poderes dispositivos limitados y el beneficiario tiene un derecho equitativo (equitable owner) en el dominio material y económico; su objeto, no es el derecho o bien transferido al trustee, sino el valor de la riqueza que representan (SC, 30 jul. 2008, rad. n.º 1999-01458-01).

Inicialmente se trataba de un vínculo de simple confianza, sin conferir ninguna acción en caso de incumplimiento, pero evolucionó hasta ser protegido por las reglas de equidad, dándole el alcance que tiene en la actualidad.

3.1.5. Fue precisamente esta última institución la que sirvió al Código de Comercio para tipificar el contrato de fiducia mercantil⁴, como fue reconocido por la doctrina jurisprudencial:

Es este un negocio jurídico que... tiene preponderante arraigo y claro origen en el derecho anglosajón por lo que se torna pertinente adelantar una somera lectura de las normas que lo regulan, desde una perspectiva que armonice las características que le son propias y esenciales, con los principios e instituciones que definen y distinguen el sistema de derecho privado vernáculo, según tuvo oportunidad de reconocerlo

⁴ Exposición de Motivos, Tomo II, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1958, p. 292: «en el proyecto se trata del fideicomiso angloamericano o 'trust', de cómo podría llegar a implantarse entre nosotros».

explícitamente la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, que en el tema constituye el antecedente inmediato y neurálgico del cual fueron tomados casi todos los preceptos contenidos en el Código de Comercio (SC, 14 feb. 2006, rad. n.º 1999-1000-01).

Se trata de «*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*» (artículo 1226). Los bienes así transferidos, «*no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida*» (artículo 1227).

De acuerdo con la sistematización efectuada por la jurisprudencia, la fiducia mercantil se asienta sobre tres (3) componentes estructurales:

i) la intervención de un profesional cuya función es cumplir de manera solvente los compromisos propios del pacto, quien, por disposición de la Ley 45 de 1990, debe ser una persona jurídica;

ii) el patrimonio autónomo que se forma, concomitantemente, a la génesis de la convención, constituido por los bienes que el fideicomitente ha dispuesto transferir; y,

iii) el objetivo pretendido con el contrato que, dependiendo de las necesidades y propósitos de las partes, será la «finalidad determinada por el constituyente» (SC5438, 26 ag. 2014, rad. n.º 2007-00227-01).

Además «[s]e funda en la confianza, razón por la cual el fideicomitente contrata a la sociedad fiduciaria para que con sus conocimientos profesionales y técnicos gestione la finalidad determinada en el negocio fiduciario» (SC3978, 14 dic. 2022, rad. n.º 2012-00104-01).

Y es que, «los negocios fiduciarios tradicionalmente se han calificado como de confianza, pues “[l]a expresión fiducia (fidutia, confianza), tener fe (fides), ser fiel (fidus, fiel), estar a la palabra (fit quod dicitur), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro” (CSJ SC 30-07-2008. Exp. 1999-01458-01)» (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

Existe una conjunción entre profesionalismo y confianza, ya que precisamente por la experiencia, conocimiento y capacidad operativa, financiera y técnica de la sociedad fiduciaria, es que se puede confiar en que cumplirá adecuadamente el encargo que se le encomienda, en beneficio del fideicomisario.

No en vano se afirma que «fides significa el hábito de firmeza y de coherencia de quien sabe honrar los compromisos asumidos, significa, más de que un compromiso expreso, a “fidelidad” y coherencia en el cumplimiento de la expectativa ajena independientemente de la palabra que haya sido dada, o del acuerdo que haya sido concluido; representando, sobre este aspecto, la actitud de lealtad, de fidelidad, de cuidado

que se acostumbra observar y que es legítimamente esperada en las relaciones entre hombres honrados, en el respetuoso cumplimiento de las expectativas recíprocamente confiadas»⁵.

3.1.5. En nuestro país, de forma agregada, se tipificó el «encargo fiduciario», cuyo objeto es «la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas» (literal b. del numeral 1º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

De acuerdo con el supervisor de la actividad financiera, «[s]i no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato» (numeral 1.1. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica n.º 029 de 2014 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia -en adelante CBJ-).

Luego, en el encargo fiduciario hay la entrega de una cosa por un fideicomitente a una sociedad fiduciaria, quien la recibe a título de mera tenencia, para cumplir la finalidad

⁵ Claudia Lima Marqués y Bruno Miragem, *Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetiva y función social de los contratos en el derecho brasileño*. En Carlos Alberto Soto Coaguila (coord.), *Teoría General del Contrato, Tomo I*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 247.

señalada en el acto constitutivo, en beneficio de un fideicomisario. No hay acto de disposición, sino la entrega material, conservando el encargante los atributos del dominio.

La jurisprudencia tiene dicho:

[E]l encargo fiduciario..., amén de instrumentarse en las normas del mandato, [se caracteriza] por la entrega de los bienes, pero a título de mera tenencia. De manera que si en el encargo fiduciario no hay desplazamiento del derecho de dominio de los bienes, pues el fiduciario, en desarrollo de su función, es un simple tenedor de los mismos, lo cual implica reconocer dominio ajeno, esto trae como consecuencia que no se genera un patrimonio autónomo, a diferencia de la fiducia mercantil en donde, de conformidad con lo previsto en el artículo 1233 del Código de Comercio, hay una particularísima transferencia de la propiedad a favor del fiduciario para la formación de un “patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (SC286, 21 nov. 2005, rad. n.º 1992-03132-01).

3.1.6. En concordancia con lo expuesto, el encargo fiduciario se caracteriza, ordinariamente, por ser un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, principal, consensual, y de tracto sucesivo.

(I) Bilateral: tanto encargante como fiduciaria se obligan por el contrato; el primero a entregar, a título de mera tenencia, los bienes fideicomitidos y a pagar una remuneración, mientras que la segunda a poner su experiencia y profesionalismo al servicio del encargo;

(II) Oneroso: el patrimonio de todas las partes se grava con ocasión de la convención; el fideicomitente se privará de

la detentación del fideicomiso y deberá sufragar los gastos de la operación, mientras que la fiduciaria asume la carga operativa y administrativa;

(III) Conmutativo: el alcance de las prestaciones se conoce con precisión desde el perfeccionamiento del negocio, fruto de la definición de los aspectos tocantes a gastos, remuneración y finalidad del encargo. Eventualmente se podrán convenir remuneraciones variables, dependiendo del éxito de la gestión de la fiduciaria, caso en el cual el contrato se torna aleatorio en este punto específico;

(IV) Principal: la subsistencia del encargo fiduciario no depende de otro negocio jurídico, sin perjuicio de que una vez celebrado se integre a una red contractual o se colige con otros instrumentos;

(V) Consensual: por su naturaleza no dispositiva, bastará el acuerdo de voluntades entre encargante y fiduciaria para que el contrato nazca a la vida jurídica, salvo que convencionalmente se establezca una formalidad determinada; y

(VI) De tracto sucesivo: el encargo necesariamente se extiende en el tiempo, en razón de las necesidades del objeto contractual.

3.1.7. El régimen normativo aplicable al encargo fiduciario resulta variopinto, por fuerza del numeral 1º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a saber: «*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 cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente Estatuto».

Significa que, en primer lugar, este negocio se gobierna por las disposiciones imperativas del régimen financiero, incluyendo las relativas a la protección del consumidor, separación patrimonial, manejo de conflictos de interés, revelación de información y deberes especiales para la sociedad fiduciaria; después se aplican las prescripciones mercantiles relativas a la fiducia mercantil, con exclusión de las contrarias a su naturaleza jurídica; subsidiariamente por las normas del mandato comercial, siempre que no sean extrañas a su finalidad socioeconómica; y, finalmente, por los principios generales de obligaciones y contratos.

Entonces, la convención celebrada entre las partes, como fuente generadora de obligaciones, está subordinada a todos los mandatos obligatorios contenidos en la Carta Fundamental, normas especiales de protección, estatuto del sistema financiero y Código de Comercio; y sus vacíos se llenarán, en su orden y para enfatizar, con las prescripciones de la fiduciaria mercantil, mandato mercantil y reglas comunes del negocio jurídico.

3.2. Deberes de la sociedad fiduciaria.

3.2.1. Por fuerza del régimen normativo que nutre al encargo fiduciario, se tiene que la sociedad fiduciaria se obliga a observar los compromisos adquiridos en el respectivo contrato, los deberes contenidos en la ley, los que resultan connaturales a su profesionalidad y los que emanan de la buena fe.

Entendimiento que encuentra fundamento, no sólo en la pirámide normativa aplicable a este negocio, sino también en el artículo 1603 del Código Civil, según el cual: «*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente **obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella***».

Y es que «los “contratantes” deben comportarse acorde a los dictados de **las leyes, orden público y buenas costumbres** durante la preparación, celebración y ejecución del convenio» (negrilla fuera de texto, CSJ, SC3452, 27 ag. 2019, rad. n.º 2009-00051-01), en tanto éstas integran el contenido de la convención celebrada.

Así lo reconoció este órgano de cierre en reciente pronunciamiento:

En cuanto a la fiduciaria, memórese que debe tratarse de una entidad profesional dedicada exclusivamente a dicha operación, con miras a cumplir tres tipos de obligaciones: (i) legales, (ii) contractuales y (iii) profesionales... Los deberes de carácter legal se encuentran consagrados en el artículo 123[4] del estatuto mercantil... Los deberes contractuales corresponden a los que se derivan de las estipulaciones de las partes en el contrato de fiducia

mercantil... Respecto a los deberes profesionales, conforme lo reglado en el artículo 1234 del Código de Comercio y en la Circular Externa 29 de 2014 (Circular Básica Jurídica) se deducen como obligaciones a cargo de la fiducia los siguientes: el de información, el de protección de los bienes fideicomitidos, la lealtad y buena fe, la diligencia, profesionalidad y especialidad (SC3978, 14 dic. 2022, rad. n.º 2012-00104-01).

3.2.2. Las estipulaciones convencionales son «*una ley para los contratantes y no puede[n] ser invalidad[as] sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*» (artículo 1602 del Código Civil). Se trata de verdaderas normas, aunque con efectos *inter partes*, que limitan la libertad individual y cuya observancia deviene imperativa, salvo que pierdan eficacia por convención o sentencia judicial.

3.2.3. El canon 1234 del estatuto mercantil enumera los deberes indelegables del fiduciario, esto es, obligaciones de origen legal que no admiten pacto en contrario, ni es posible delegar la responsabilidad por su desatención. Su propósito, conforme tiene dicho esta Sala, es el «*cumplimiento de su buena gestión bajo un alto estándar de diligencia, lealtad, profesionalismo y transparencia*» (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

Tales cargas son:

- 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 [hoy Superintendencia Financiera de Colombia] 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.*

3.2.4. Las obligaciones ingénitas al profesionalismo de la fiduciaria están sistematizadas en el numeral 2.2.1.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ, a saber:

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...

2.2.1.2.2. Deber de asesoría... En virtud de este deber, el fiduciario debe dar consejos u opiniones para que los clientes tengan conocimiento de los factores a favor y en contra del negocio y así puedan expresar su consentimiento con suficientes elementos de juicio, para lo cual resulta necesario considerar la naturaleza y condiciones propias de cada negocio y de los intervinientes en ellos. Este deber implica necesariamente un juicio de valoración

que involucra una opinión fundamentada e inclusive una recomendación para el cliente...

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...

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...

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.

2.2.1.3. Debe evitarse consignar cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno...

2.2.1.4. Debe hacerse claridad sobre el alcance jurídico que tienen las decisiones contenidas en las actas de los comités fiduciarios o las instrucciones especiales que profiera el fideicomitente, precisando de qué manera tienen la virtud de modificar, complementar o desarrollar el contrato fiduciario.

2.2.1.5. Debe evitarse la inclusión de cláusulas potestativas en las cuales se concedan facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido del contrato.

2.2.1.6. Debe evitarse consignar cláusulas en donde la sociedad fiduciaria se exima de responsabilidades que la ley le otorga de conformidad con los deberes atrás mencionados.

3.2.4. Se agrega, por fuerza del artículo 872 del Código de Comercio, que las fiduciarias deben actuar conforme al estándar de la buena fe, por cuya fuerza surgen deberes secundarios de conducta, atendiendo a las particularidades del negocio jurídico y de los sujetos contratantes.

3.3. El rol de las sociedades fiduciarias en la actividad constructiva.

3.3.1. En las últimas décadas han operado grandes cambios en la actividad constructiva, no sólo por la intervención estatal para garantizar el cumplimiento de las normas sobre uso del suelo, estabilidad de las edificaciones y reglas de sismo-resistencia, lo que condujo a la profesionalización de esta tarea, sino también por la masificación de los proyectos constructivos, con el fin de satisfacer la creciente demanda de los centros urbanos, lo que supuso nuevos retos para lograr su financiación.

Y es que se pasó del clásico contrato de obra, en que el encargante debía contar con los recursos requeridos para adelantar la edificación, a una verdadera industria que, previendo las necesidades de la comunidad, propone soluciones de vivienda y comerciales, para lo cual debe acudir a las más diversas fuentes de recursos.

Se abrió paso a la «*venta sobre planos*» que, en verdad, consiste en la promoción de los proyectos entre los inversionistas para que éstos anticipen el pago del precio, con base en diversos negocios preparatorios, con lo cual se alivia la carga financiera del constructor, quien requerirá menor liquidez bajo la esperanza del flujo de caja futuro, y se reducirán los costos financieros de tener que acudir a créditos bancarios o de terceros.

Sin embargo, el riesgo al que se exponen los futuros adquirentes resulta elevado, por cuenta del desembolso de un capital significativo a un constructor, no sujeto a supervisión estatal y quien puede fracasar en una empresa en extremo costosa.

3.3.2. Allí hace aparición la fiducia inmobiliaria, instrumentada por contratos de fiduciaria mercantil o de encargo fiduciario, pues la intervención de este profesional del sistema financiero permite a los inversionistas depositar su confianza en el proyecto, basados en su independencia, profesionalismo y supervisión estatal, lo que garantiza que sus recursos serán destinados efectivamente a la construcción y con verdaderas probabilidades de éxito.

Los negocios fiduciarios inmobiliarios sirven para «*la administración de recursos y bienes afectos a un proyecto inmobiliario o a la administración de los recursos asociados al desarrollo y ejecución de un proyecto*» (numeral 8.2. del Capítulo I del Título II de la Parte II de la CBJ). Sin embargo, dependiendo de la fase en que intervenga la fiduciaria, tienen

un contenido diferente: (I) de administración y pagos; (II) de tesorería; o (III) de preventas.

En la circular a que se ha hecho referencia, la Superintendencia Financiera de Colombia distinguió las tres (3) finalidades enumeradas de la siguiente manera:

8.2.1. De administración y pagos. En virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la sociedad fiduciaria, sin perjuicio de la transferencia o no de otros bienes o recursos, para que administre el proyecto inmobiliario, efectúe los pagos asociados a su desarrollo de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En desarrollo de este negocio la sociedad fiduciaria puede asumir la obligación de efectuar la escrituración de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

8.2.2. De tesorería. Tiene como finalidad principal encomendar a la sociedad fiduciaria la inversión y administración de los recursos en efectivo destinados a la ejecución de un proyecto inmobiliario.

8.2.3. De preventas. 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.

3.3.3. En todo caso, frente al consumidor, la participación de la fiduciaria es un sello de confianza, con independencia del rol que cumpla dentro de las múltiples posibilidades enunciadas, pues su condición de «especialista en la gestión de negocios de esa índole y además autorizada,

controlada y vigilada por el Estado, genera en todas aquellas personas que entran a formar parte del mismo, bien sea en calidad de propietarios de los inmuebles destinados para la construcción del proyecto, ejecutores, acreedores, proveedores, beneficiarios, etc., al punto de convertirse, en gran medida, en el factor determinante al momento de definir la efectiva participación de éstos en el plan ofertado» (CSJ, SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

Bien se ha dicho que *«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» (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).*

3.3.4. Fruto de esta confianza se impuso a las fiduciarias el deber de *«realizar el análisis de los riesgos que involucra cada proyecto, así como contar con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y efectuar una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación»*, verificando aspectos tales como el aporte real y en legal forma de los terrenos, la ausencia de patologías en la tradición, la viabilidad del proyecto conforme al punto de equilibrio, la presencia de condiciones técnicas, financieras y jurídicas, la existencia de autorizaciones estatales, la suficiencia de las fuentes de financiación, y la contratación de pólizas de seguros por parte del constructor (numeral 5.2.1. del Capítulo I... CBJ).

Además, tratándose del encargo de preventas, en el contrato o acuerdo de vinculación de inversores, se debe indicar que el proyecto *«cuenta con las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo del proyecto y que los mismos deben estar vigentes al momento de alcanzar el punto de equilibrio y/o las condiciones de desembolso de recursos»*, *«la indicación de la destinación que se le dará a los recursos una vez se den las condiciones necesarias para el desembolso de los mismos»*, *«la indicación de las causales y los plazos en los cuales procede la devolución de los recursos entregados a la fiduciaria»* (numeral 5.2.2. *ibidem*), entre otros aspectos.

Por otra parte, en materia de fiducia para el desarrollo o ejecución de proyectos inmobiliarios, el contrato debe imponer a la fiduciaria el deber de verificación del punto de equilibrio, las condiciones para la transferencia de recursos por parte de los inversionistas, la duración del proyecto inmobiliario y sus etapas, la prohibición de pagos anticipados al promotor, y la certificación semestral del constructor sobre la correcta inversión de recursos (numeral 5.2.3. *ibidem*).

3.3.5. Sin duda, y conforme al marco normativo de esta actividad, la confianza que genera la fiduciaria le impone cargas especiales, tanto de información como de seguimiento, de suerte que la tranquilidad generada a los inversionistas por su intervención se corresponda con la realidad de la operación.

3.4. Responsabilidad de las sociedades fiduciarias.

3.4.1. El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria podrá generarle el deber de reparar los daños irrogados a los afectados, siempre que en el respectivo proceso se demuestren los presupuestos para su reconocimiento, como son: culpa, daño y nexo causal.

(I) Conforme al artículo 1243 del Código de Comercio, «*el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*», esto es, por «*la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios... Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano*» (artículo 63 del Código Civil).

Empero, este concepto debe compatibilizarse con las condiciones subjetivas de las fiduciarias, pues el cuidado ordinario que se les exige debe analizarse a la luz del profesionalismo de la actividad; por ende, el estándar de comportamiento que se espera corresponde al mediano de un profesional fiduciario, experto en la gestión de negocios ajenos.

Así lo ha relevado este órgano de cierre:

[E]l grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios

(art. 63 C.C.), sino el de un “buen hombre de negocios”, comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

(II) El daño consiste en «*el deterioro o detrimento que experimenta el patrimonio de la víctima -por reducción de sus activos, quebranto de una utilidad razonablemente esperada del curso normal de las circunstancias o pérdida de una oportunidad-, así como la afectación a sus sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional*» (SC5025, 14 dic. 2020, rad. n.º 2009-00004-01).

Claro está, salvo estipulación expresa en contrario, el incumplido «*sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*» (artículo 1616 del Código Civil).

La Corte, al explicar este precepto, doctrinó:

Tratándose de controversias con origen contractual, también se exige que el perjuicio sea previsible, esto es, que del contenido del negocio jurídico o del curso normal de los acontecimientos pudiera anticiparse su ocurrencia en caso de incumplimiento. “Históricamente, ya se entendió que acaecido el incumplimiento del contrato, no pueden ser indemnizables todas las pérdidas que eventualmente pudieran tener su origen en la falta de ejecución de las obligaciones, ni tampoco todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener; sino que debe hallarse la medida del

principio de la indemnización integral... Y ello, porque una severa aplicación del principio de la indemnización integral imputaría al deudor un riesgo exorbitante, dificultando el tráfico jurídico y económico” (María Luisa Palazón Garrido, La Indemnización de Daños y Perjuicios derivados del Incumplimiento del Contrato. En Sixto Sánchez Lorenzo, Derecho Contractual Comparado, Thomson Reuters, 2ª Ed., España, 2013, p. 1608).

No sucede lo mismo cuando el incumplido actuó de forma dolosa, caso en el cual tendrá que responder por todos los detrimentos causados, sean ordinaria o excepcionalmente previsibles, siempre que se satisfagan los demás requisitos para su indemnización (SC282, 15 feb. 2021, rad. n.º 2008-00234-01).

(III) El nexo causal corresponde a la relación directa entre el incumplimiento y el daño.

Adviértase, «la causalidad no es una noción meramente naturalística, como en antaño se aseguró, sino que es una conjunción entre un análisis fáctico y jurídico, que comienza por un juicio sine qua non sobre las causas que originaron el daño, a partir del cual se hace una prognosis jurídica para decantar, a partir de criterios normativos, lógicos o probables, el sujeto responsable...; [sin embargo] ante la dificultad que entraña demostrar las consecuencias del daño y su conexión causal, es imperativo que el sentenciador acuda a la “probabilidad suficiente”» (SC1256, 27 may. 2022, rad. n.º 1999-00227-01).

3.5. El caso concreto.

Las precisiones antecedentes, en el contexto del caso bajo estudio, permiten tener por acreditada la

responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como se desvela en lo subsiguiente.

3.5.1. Prueba del hecho contrario a derecho.

3.5.1.1. Por no haber sido cuestionado en casación, se tiene que en el *sub examine* deviene pacífico que

...como en la demanda se alegó que “Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales” (pg. 7, derivado 000 del expediente digitalizado), dado que pasó por alto que no se cumplían las condiciones pactadas para la transferencia de recursos, y fue probado que la demandada – para la época de dicha transferencia – no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario, particularmente los establecidos en los numerales 3º y 6º, puesto que en el proceso obra certificación de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. de fecha 12 de noviembre de 2014, en la cual informó que “no requiere crédito constructor” (fecha posterior al acta de verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos) y, cual si fuera poco, no verificó que los terrenos en los cuales se iba a desarrollar el proyecto habían sido adquiridos o aportados de manera definitiva al fideicomiso, con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones, se imponía afirmar la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime si ya no se disputa, de una parte, que para la fecha del acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor (4 de noviembre de 2014), aún no se había transferido la propiedad del inmueble al fideicomiso, como lo revelan la escritura pública No. 2845 de 19 de noviembre de 2014, otorgada en la Notaría 11 de Cali, y el certificado de tradición del inmueble con matrícula No. 370-695292 (fl. 68 del derivado 000 del expediente digitalizado), y de la otra, que tampoco se constató lo relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, como lo reconoció la representante legal de la demandada (audiencia min. 56:12, derivado 064 del expediente digitalizado).

3.5.1.2. Tesis que encuentra pleno respaldo en el contenido del contrato de preventas, así como los documentos que dan cuenta del momento en que realizó la entrega de los recursos captados de los inversionistas al constructor.

Precisamente, en la convención intitulada «*Contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*», entre Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., del 17 de diciembre de 2013, se pactó que ésta transferiría los recursos recaudados al promotor, cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

1. *Constancia de la radicación del permiso de ventas, para cada etapa del proyecto si es del caso;*
2. *Licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto;*
3. *Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto;*
4. *Haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los inversionistas del proyecto que equivalgan la cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas al proyecto;*
5. *Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciario (sic) individuales de venta 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 la (sic) 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 (folios 46 y 47 del archivo digital 000).*

En la modificación realizada a este documento, el 15 de octubre de 2014, se precisaron las condiciones en el siguiente sentido:

1. *Constancia de radicación del permiso de ventas para el proyecto o para cada etapa del proyecto, si es el caso.*
2. *Licencia de urbanismo y construcción vigentes para el proyecto o para cada etapa del proyecto, si es el caso.*
3. *Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo 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 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. (folio 70 *ibidem*).*

Disposición reiterada en el *Contrato Promotor* n.º 01100011130, suscrito por Femme Internacional S.A. con la fiduciaria, el 12 de diciembre de 2015 (folio 54 *ibidem*).

Requerimientos que estaban destinados a garantizar que, la transferencia de los aportes de los inversores, únicamente se adelantaría cuando la constructora acreditara cumplir con la capacidad financiera requerida para sacar avante la edificación, compuesta por una sumatoria de fuentes: crédito bancario, flujo de caja del pago del precio de las unidades inmobiliarias prometidas en venta y aportes propios expresados -mínimamente- en el valor del lote.

Es bien sabido, en ortodoxia financiera, que el punto de equilibrio es la sumatoria de recursos requerido para asegurar el inicio y avance del proyecto, en cuanto los ingresos que se proyecta recibir son superiores a los gastos estimados para cada período.

En consecuencia, la labor de la fiduciaria no se limitaba a la simple recepción y archivo de unos documentos, como si de una amanuense se tratara; en verdad, su rol era asegurarse de que existían las pruebas que permitieran tener por demostradas las condiciones para alcanzar el punto de equilibrio para la construcción de Marcas Mall Cali, de suerte que los recursos de los adquirentes realmente se destinaran a este objetivo, sin desviarse por el camino.

Reitérese, a riesgo de hastiar, la fiduciaria no sólo se obligó a recibir una documentación y, ciegamente, tener por cumplidos los requisitos para la transferencia de los recursos captados. Por el contrario, amén de su profesionalismo y en garantía de la confianza del público, se esperaba que corroborara la veracidad de la información recibida, de suerte que alcanzara una seguridad razonable sobre el cumplimiento de las condiciones para la viabilidad financiera del proyecto.

En desarrollo de este deber, el 4 de noviembre de 2014, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. suscribieron el «*acta de verificación de cumplimiento de requisitos encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*», en la cual aseveraron:

Dando cumplimiento a lo estipulado en la cláusula tercera del Contrato de encargo Fiduciario de Preventas... procedió a verificar la documentación aportada por el Promotor para la etapa piso I y etapa piso II así:

1. No se requiere constancia de radicación del permiso de ventas para el proyecto, toda vez que la destinación del mismo no es de vivienda sino comercial...

2. Resolución No. 76001-2-14-021, del 04 de noviembre de 2014, por medio de la cual se otorga Licencia de Construcción para el desarrollo de dos (2) pisos y un (1) semisótano...

3. Que mediante comunicación de fecha cuatro (04) de noviembre de 2014, la sociedad Promotora Marcas Mall S.A.S. certifican que para el desarrollo del Proyecto... 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 Sra. Adriana Aguilón Ramírez, Revisora Fiscal.

4. Que con corte a la presente acta de verificación se han constituido 91 encargo fiduciarios individuales... cuyo valor asciende a la suma de... (\$92,336,645,306,00)...

5. Que la sociedad Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., suministro (sic) el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el interventor del proyecto y por el promotor.

6. La sociedad Promotora Marcas Mall suministró el certificado de tradición del folio de matrícula No. 370-695292 correspondiente al lote terreno Baxter... debidamente registrado a favor de Fideicomiso...

Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto la fiduciaria procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas (folios 75 y 76 ibidem).

3.5.1.3. Empero, una revisión de los soportes que sirvieron al acta transcrita, muestra, sin mayores dificultades, su inexactitud por cuanto:

(I) Según el certificado de libertad y tradición del terreno en que se adelantaría la construcción, la transferencia al

patrimonio autónomo se efectuó el 1º de diciembre de 2014, resultante de la escritura pública n.º 2845 del 19 de noviembre del mismo año de la Notaría Once de Cali (folio 79 *ibidem*), esto es, días después de la firma del acta de verificación. Significa que la información contenida en este escrito era incorrecta, lo que era fácilmente constatable por la fiduciaria, de haber revisado con detenimiento la situación jurídica del inmueble.

No se trató de una simple tardanza, sin mayores significaciones, como lo aduce la demandada; en verdad era un indicador que debía llamar su atención, por revelar dificultades financieras en la estructuración del proyecto, pues la aportación del terreno era lo que mínimamente se esperaba de la constructora, antes de acceder al crédito constructor o a los recursos captados del público, los que servirían para apalancar la actividad constructiva.

De hecho, después de conocer que los «recursos [*de los inversionistas*]... se destinaron principalmente a pagar el lote», como lo reconoció en la «solicitud apertura proceso de liquidación judicial» (archivo digital Solicitud liquidación), la fiduciaria siguió captando recursos y girándolos, sin mayores consideraciones, como lo hizo con los aportes de Femme International S.A.S., en una falta al deber de cuidado sobre los bienes fideicomitidos.

(II) En la certificación del 12 de noviembre de 2014, emitida por el representante legal y el revisor fiscal de Promotora Marcas Mall, se aseveró que «*el proyecto*

denominado ‘Centro Comercial Marcas Mall’ no requiere crédito constructor», por cuanto «la venta del 30% de participación de los derechos fiduciarios serán destinados única y exclusivamente como capital de trabajo en el proyecto».

Refulge de este documento, no sólo que fue posterior al acta de verificación y, por ende, no pudo servir a la fiduciaria para tomar la decisión de girar los recursos, sino que en verdad no contiene ninguna dilucidación sobre las razones por las cuales el proyecto constructivo sería viable sólo con los recursos provenientes de los inversionistas, al punto de hacer innecesario acudir al sistema financiero, como se mencionó en el acta de verificación.

Y es que, no sólo para dicha data faltaba un número significativo de unidades inmobiliarias por vender, sino que faltó correlacionar el flujo de caja que se obtendría -de lograr la colocación de todos los locales comerciales- frente a los gastos de la construcción. Además, en la certificación, ninguna referencia se hizo a otras formas de subvención que sirvieran de contingencia para el evento de que el proceso de colocación de las unidades no diera los frutos esperados, con el fin de que la fiduciaria pudiera entenderse eximida de exigir el documento que contractualmente se pactó como necesario para transferir los valores depositados en los encargos fiduciarios.

Estas falencias debieron ser advertidas por la demandada, con el fin de reclamar las explicaciones que fueran necesarias, antes de realizar cualquier actividad que

condujera a la pérdida de control sobre los bienes fideicomitidos recibidos.

(III) El cuadro «*VI-Unidad*», «*VI-Compromiso*» y «*VI-Pagado*», muestra los valores de \$92,827,383,075, \$83,002,345,308 y \$24,345,893,031, respectivamente, sin aportar más insumos para la comprobación de los requisitos del punto de equilibrio.

De hecho, su contenido desvela diversos vacíos, pues no correlaciona el total de las unidades inmobiliarias a construir con las prometidas en venta, con el fin de establecer el porcentaje mínimo de compromisos; ni explica la razón de la diferencia entre el precio de las unidades y los compromisos adquiridos, siendo dable deducir que este último era el máximo flujo de caja a esperar.

Además, la revisión de los valores enseña que, a la fecha de esta certificación, aunque se pagaran todos los compromisos -\$83,002,345,308-, éstos serían insuficientes para cubrir la construcción, estimada en \$149.919.669.922 según el presupuesto del 4 de noviembre de 2014 (folios 9 a 13 del archivo digital ACTA VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO), sin que se explicara la forma en que se solventaría la diferencia.

(IV) Dentro de los anexos al acta de verificación no se incluyó ningún soporte tendiente a demostrar que los compromisos por \$92.336'645.306, equivalían al (52%) de las ventas estimadas del proyecto o para cada etapa del

proyecto, haciéndose indispensable solicitar los esclarecimientos que fueran pertinentes, sin que en el proceso se haya demostrado su realización por parte de la fiduciaria.

3.5.1.4. Estas omisiones en el proceso de verificación por parte de la fiduciaria prueban, no sólo la desatención del deber contenido en el *Contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*, sino de sus deberes legales de información, protección de los bienes fideicomitidos, diligencia, profesionalidad y especialidad, como correctamente lo arguyó el Tribunal en el presente caso.

A similar conclusión arribó esta Corte en un caso equivalente al presente:

[S]egún 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.

[A]demás 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 (SC2879, 27 de sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

3.5.2. Prueba de la culpa o error de conducta.

3.5.2.1. Obligaciones contractuales.

(I) En atención a que el deber contenido en la cláusula tercera del *Contrato MR-799 Marcas Mall*, referido ampliamente en precedencia, era de resultado, bastaba probar su desatención para atribuir responsabilidad a la demandada por el factor objetivo.

Así se infiere de su redacción literal, de acuerdo con la modificación realizada por otrosí del 21 de mayo de 2014, a saber: «*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*» (negrilla fuera de texto, archivo digital otrosí2 MR-799 MARCAS MALL).

Como la referida acreditación y comprobación, tocante a la existencia de licencias, transferencia de la propiedad de bienes inmuebles, emisión de cartas de aprobación o preaprobación de créditos, suscripción de encargos fiduciarios representativos de un porcentaje sobre el total de la construcción, etc., estaban bajo el control exclusivo de la convocada, pues correspondía a su fuero interno hacer los chequeos y las confirmaciones, refulge que se trata de un deber de resultado.

Recuérdese que este tipo de obligaciones se caracterizan porque el deudor tiene el control «*sobre los factores con incidencia en el logro de[l] efecto preciso*» (SC4786, 7 dic. 2020, rad. n.º 2001-00942-01), lo que precisamente sucedió en el *sub examine*.

En consecuencia, por haber realizado la transferencia de recursos sin hacer las verificaciones a las que se obligó, la enjuiciada incurrió en un error de conducta generador de responsabilidad.

(II) En este punto no puede desconocerse que el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prescribe que «*[l]os 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*».

Significa que, como regla de principio, las cargas nucleares de las fiduciarias no pueden consistir en alcanzar un resultado determinado, pues sólo puede obligarse a realizar su mejor esfuerzo para lograr la finalidad señalada en el acto constitutivo, obviamente, de acuerdo con el profesionalismo exigido a una experta del mercado.

Así lo tiene dicho esta Corporación:

[A]l efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad

del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él...

Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve, no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

Sin embargo, la anterior directriz no se aplica para aquellos deberes que, por autorización legal, son de resultado, o tratándose de obligaciones instrumentales, complementarias o accesorias. Expresado de otra forma, las fiduciarias pueden asumir -y asumen- deberes de resultado tratándose de cargas diferentes al objeto principal del contrato, o cuando esto devenga necesario según la tipología del negocio fiduciario.

Así se infiere de la redacción del transcrito artículo 1234 del Código de Comercio, el cual consagra claras cargas de resultado, tales como mantener la separación patrimonial, llevar la personería jurídica del fideicomiso, transferir los bienes fideicomitidos al beneficiario a la finalización del encargo o rendir informes con cierta periodicidad, los cuales suponen un deber concreto que no puede soslayarse.

Sería impensable, por ejemplo, en el contexto de los deberes indelegables de la fiduciaria, que ésta pueda exonerarse de suministrar información al fideicomitente y fideicomisario, o permitir la confusión patrimonial entre los

diferentes encargos o con sus activos propios, bajo le excusa de que puso su mejor empeño para lograrlo. Tales posibilidades deben tenerse por clausuradas, so pena de vaciar su contenido.

De allí que esta Sala haya reconocido expresamente que «*tales obligaciones*», refiriéndose a los «*deberes contractuales o legales asumidos por el experto [fiduciario]*», puedan ser «*de medios o de resultado*» (SC5430, 7 dic. 2021, rad. n.º 2014-01068-01).

3.5.2.2. Obligaciones legales.

Se agrega a lo dicho que Acción Fiduciaria desatendió sus deberes legales, e incluso el contractual achacado, con culpa, por haber sido negligente en el cumplimiento de los deberes propios de un profesional experto en la gestión de negocios ajenos.

En efecto, a partir de la comprobación de que la convocada suscribió el acta de verificación, contentiva de información que no corresponde a la realidad, como es -ítérese- que el predio en que se desarrollaría el proyecto había sido enajenado al patrimonio autónomo o que el revisor fiscal había certificado la innecesaridad de un crédito constructor, refulge que actuó de forma negligente en su labor de comprobación, esto es, con culpa.

Recuérdese que la culpa «*se define como el hecho atribuible al agresor que contraviene el estándar de conducta*

que le era exigible, resultante de la decisión consciente de desconocerlo o de la **negligencia**, imprudencia o impericia» (SC4455, 26 oct. 2021, rad. n.º 2010-00299-01); a su vez, negligente es el «Descuidado, omiso. Despreocupado. Quien no presta la atención debida. Desidioso, abandonado, flojo, indolente. Imprudente; que no toma las precauciones del caso»⁶.

Esta negligencia queda en evidencia del simple hecho de haber suscrito un documento que está apoyado en soportes inexistentes, sin hacer labor alguna para comprobar la información que le fue suministrada por el promotor.

3.5.3. Prueba del daño.

(I) El demérito que experimentó la demandante se encuentra acreditado por la aceptación que, ambas partes hicieron, respecto a la no devolución de los recursos entregados por Femme International S.A.S. para integrar el encargo fiduciario n.º 01100011130.

A tal colofón se llega de revisar el escrito inaugural del proceso y la contestación radicada por la convocada.

Así, en el hecho décimo primero de la demanda se aseveró: «Como consecuencia de la indebida administración de la Fiduciaria de los recursos depositados en el encargo individual, a la fecha... **no cuenta con su inversión toda**

⁶ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, 1993, p. 211.

vez que no se le ha reintegrado» (negrilla fuera de texto, folio 12 del archivo digital 000).

En respuesta, la accionada admitió *«la demandante no tiene en su poder los recursos consignados en virtud del contrato de encargo fiduciario individual, es importante aclarar que estos fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor de conformidad con lo pactado contractualmente, para que éste procediera con la ejecución del proyecto denominado Marcas Mall»* (folio 5 del archivo digital 2018093288-014-000).

Por tanto, queda fuera de dubitación que la convocante fue privada de la detentación de un bien de era propiedad, lo que constituye un decrecimiento patrimonial, cuantificado en el valor de aquél.

(II) En este punto conviene puntualizar que, la reclamación efectuada por Femme International S.A.S. en el proceso liquidatorio del Fideicomiso FA 2351 Marcas Mall, no conduce a que el daño se torne en incierto, pues a la fecha de la demanda *«apare[ce] ‘real y efectivamente causado’»* (SC282, 15 feb. 2021, rad. n.º 2008-00234-01), en el sentido de que de su patrimonio salieron los aportes realizados, sin que la fiduciaria los retornara, ni por alguna otra vía se alcanzara su devolución.

Las eventuales resultas del proceso liquidatorio, en verdad corresponden al derecho de beneficio que tiene la demandante, fruto de la transferencia ilegal de los recursos

que eran de su propiedad, situación que no debió acaecer, ni puede ser invocado para impedir el débito indemnizatorio por fuerza de la buena fe.

Total, es un principio general del derecho que «[a] nadie le es permitido alegar su propia culpa para exonerarse de la responsabilidad y las secuelas que su conducta ligera y desatinada le pueda irrogar» (SC121, 30 oct. 2007, rad. n.º 2000-00218-01), regla claramente aplicable al *sub examine*, pues la fiduciaria no puede sustraerse de la reparación alegando una situación que ella misma provocó con su actuar contrario a derecho.

3.5.4. Prueba del nexo causal.

(I) Ante la confesión de la sociedad fiduciaria, en el sentido de que entregó los recursos al promotor, como consta en el numeral 11 de la contestación de la demanda, queda fuera de duda la conexión causal entre el hecho culposo y el perjuicio.

Y es que fue la conducta de la convocada, expresada en la suscripción del acta de verificación, la que provocó la transferencia de los aportes del encargo fiduciario sin observancia de los requisitos contractuales y legales; luego, sin el error de conducta, el dinero de la demandante se habría mantenido en el encargo fiduciario y disponibles para su restitución, lo que demuestra la participación directa de la accionada en la causación del daño.

Responsabilidad que se imputa en aplicación del artículo 1616 del Código Civil, en tanto era previsible que las fallas en la verificación de los requisitos para demostrar el punto de equilibrio podría conducir a pérdidas patrimoniales, como efectivamente sucedió.

(II) Se agrega que, como lo dejó en evidencia el sentenciador de segundo grado, el nexo causal también puede tenerse demostrado con base en reglas lógicas.

Y es que, según la jurisprudencia de la Sala, según las particularidades del proceso es posible que la causalidad pueda tenerse por atestiguada acudiendo «*mecanismos de facilitación*», tales como «*prueba prima facie, Anscheinsbeweis der Kausalität, res ipsa loquitur, id quod plerumque accidit, causalité virtuelle, inversión de la carga probatoria, presunciones hominis*» (SC, 16 may. 2011, rad. n.º 2000-00005-01).

Estos instrumentos deberán determinarse caso a caso (SC3919, 8 sep. 2021, rad. n.º 2012-00247-01), dentro del listado reconocido en la jurisprudencia, entre otros: la carga dinámica de la prueba, la regla *res ipsa loquitur*, la culpa virtual *-faute virtuelle-*, o el resultado desproporcionado (SC4124, 16 nov. 2021, rad. n.º 2010-00185-01).

La primera se incorporó para facilitar la acreditación de los hechos a la parte que se encuentra en imposibilidad o dificultad de hacerlo, y exigir al sujeto procesal que está en mejores condiciones que desvirtúe las afirmaciones o

negaciones que se hacen en su contra⁷. Así lo establece el inciso segundo del artículo 167 del C.G.P.:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

La regla *res ipsa loquitur*, de origen anglosajón, permite tener por probado un hecho a partir de la demostración de los resultados que produjo o las circunstancias que lo explican, por lo que corresponderá a la contraparte desvirtuar su ocurrencia; valga decirlo, «*es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo*»⁸.

Sobre esta figura se tiene doctrinado:

[D]esde el derecho romano se ha hablado de la regla «res ipsa loquitur», que semánticamente traduce «los hechos hablan por sí solos», la cual fue enarbolada infructuosamente por Cicerón en el

⁷ Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Uthea, Argentina, 2014, p. 100.

⁸ Alfredo Bullard, *Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil*. En *Themis*, Revista de Derecho, n.º 50, Perú, p. 217.

año 52 a.C. al tratar de justificar una legítima defensa a partir de las circunstancias que rodearon los acontecimientos. Esa figura fue aplicada en Inglaterra en 1863 en el caso Byrne vs. Broadle, en una reclamación por perjuicios derivados de un barril de harina que cayó del segundo piso de un local en la cual se relevó al lesionado de la carga de demostrar la negligencia del propietario de la tienda y, en similares términos, sirvió para dilucidar en 1965 el caso Scott vs London and St. Katherine Docks (CSJ, SC3979, 14 dic. 2022, rad. n.º 2016-00814-01).

La culpa virtual permite probar la culpa y el nexo causal a partir de antecedentes que rodearon el daño y la participación del responsable, invirtiéndose la carga de la prueba hacia el demandado.

Por último, el resultado desproporcionado, aplicado en la sentencia de 28 de julio de 1960 de la Corte de Casación Francesa, es una *«presunción desfavorable para el médico demandado en el enjuiciamiento de su responsabilidad, presunción que puede generarse ‘a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando [es desproporcionado] con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común,... según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización’*⁹.

En el presente caso, como se encuentra fuera de discusión que los recursos de los fideicomitentes fueron trasladados por autorización de la fiduciaria, los que precisamente representan la pérdida que ahora se reclama, de este hecho se infiere su indiscutible participación causal,

⁹ Marta María Sánchez García, *El daño desproporcionado*. Revista Cesco de Derecho de Consumo, n.º 8, 2013, España, p. 242

máxime cuando era su deber corroborar que se cumplieran las condiciones para la transferencia, sin que lo hiciera de una forma adecuada.

Bien expuso el Tribunal, en palabras que hace suyas esta Corporación:

[L]a fiduciaria no puede excusar su responsabilidad afirmando que la culpa es de un tercero, específicamente, del promotor. ¿Cómo así que entrega más de dos mil quinientos millones de pesos sólo porque el promotor le dijo que ya se habían cumplido las condiciones? ¿Cómo así que la fiduciaria, el 4 de noviembre de 2014, procedió a poner a disposición los recursos recaudados en la preventa porque, según el acta, “procedió a verificar la documentación aportada por el promotor”, constatando en el certificado de tradición del inmueble con matrícula No. 370-695292, que su dueño ya era el “fideicomiso FA 2351 Marcas Mall”, lo que evidentemente no era cierto, como se explicó? ¿Cómo así que entregó los recursos sólo porque, contrariando la instrucción de los inversionistas, se le dijo que “no es necesario el crédito constructor”?; y ¿Cómo así que, en materia de punto de equilibrio, se limitó a señalar que habían sido constituidos 91 encargos fiduciarios por valor de \$92.336.645.306, sin constatar que esa suma equivaliera al 52% de las ventas estimadas del proyecto? (pg. 73 y ss., derivado 000). Para la Sala, la conducta de la fiduciaria, como profesional especializado, merece reproche y debe censurarse en la medida en que causó un daño a la sociedad demandante.

3.6. Conclusión

Acreditados los elementos de la responsabilidad reclamada, es procedente imponer a Acción Fiduciaria el deber resarcitorio del demérito irrogado a Femme International S.A.S., como apropiadamente procedió el juzgador de alzada, sin que los cargos izados en casación

sirvan para derruir este colofón, no sólo por sus errores técnicos, sino porque las pruebas del expediente contradicen los argumentos del recurrente.

En aplicación del inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso se impondrá condena en costa en contra de la recurrente, y en favor de la parte que se resistió. Las agencias en derecho se tasarán, por el magistrado ponente, según el numeral 3º *idem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

DEMANDA DE SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

La llamada en garantía efectuó dos (2) embates en contra de la sentencia de segunda instancia, de los cuales únicamente se analizará el final por estar llamado a prosperar.

CARGO SEGUNDO

Endilgó violación indirecta del precepto 1055 de la codificación mercantil, por error de hecho evidente en la valoración de la declaración del representante legal de la fiduciaria y la denuncia penal contra el señor Salazar, lo que llevó a desconocer los artículos 196 y 440 del mismo estatuto.

Después de precisar la sección de la póliza que pretende afectarse en esta ocasión, censuró que no se tuvieran por

probados los actos dolosos y fraudulentos que se presentaron, los cuales son inasegurables.

En sustento, aseguró que el *ad quem* incurrió en una contradicción, en su afán de deslindar los actos de los empleados y los de la fiduciaria, desconociendo que las actuaciones de las personas jurídicas se confunden con las de sus órganos sociales, y estimando que existió culpa cuando queda fuera de duda el dolo y el fraude, con lo cual inaplicó el artículo 1055 del Código de Comercio.

1. Transcribió parcialmente el interrogatorio del representante legal de Acción Fiduciaria, en punto al reconocimiento que hizo de la falsedad contenida en el acta de verificación, así como su carácter fraudulento, prueba de dolo, lo que fue ignorando por el sentenciador.

Descalificó que la atestación pudiera calificarse como una opinión personal, cuando está comprobado que la fiduciaria desconoció de forma flagrante el encargo fiduciario, al hacer el giro de los recursos sin cumplirse con los requisitos señalados para este fin.

Explicó la forma en que se configuraron los elementos de la confesión: (I) se realizó por el representante legal; (II) lo declarado tiene consecuencias jurídicas adversas, pues da lugar a la aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio; (III) el hecho confesado no está sometido a conducencia; (IV) la confesión fue espontánea; (V) el hecho

confesado era conocido por la declarante; y (VI) se efectuó en desarrollo del interrogatorio de parte.

Así las cosas, *«la confesión que se presentó en el interrogatorio de parte no puede ser desconocida y dejar de imputar responsabilidad a título de dolo en cabeza de la demandada por el consciente y voluntario incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues claramente el giro de los recursos depositados en el encargo fiduciario lo hizo con fundamento en un Acta de Verificación cuyo contenido era falso y contrario a la realidad, circunstancia que está, por demás, plenamente probada en el proceso al haber sido confesado por el representante legal de AF en el interrogatorio de parte practicado».*

2. En cuanto a la denuncia penal del 2 de abril de 2018 hizo un recuento de su contenido, en especial, el registro de la firma del señor Salazar en tarjetas de instrucciones sin estar autorizado, la realización de un carrusel de recursos para dar apariencia de liquidez, y los ingresos y egresos que no corresponden al giro ordinario de los negocios, situaciones constitutivas de los ilícitos de concierto para delinquir, transferencia no consentida de activos y hurto.

Estos incumplimientos, en su criterio, demuestran una actuación dolosa o deshonesta del representante legal de la oficina de Cali, siendo aplicable el citado canon 1055 del estatuto mercantil, que limita el aseguramiento de actos dolosos o meramente potestativos del asegurado.

3. Por último refirió la reclamación que hizo la fiduciaria a la aseguradora, en razón de los actos fraudulentos realizados del señor Salazar y con cargo a la sección primera de la póliza por infidelidad y riesgos financieros, por ratificar que estos actos no son susceptibles de amparo en el contrato de seguro.

4. Echó de menos la valoración del acta de verificación del 4 de noviembre de 2014, contentiva de información falsa, actuar fraudulento y, por ende, doloso, conforme a la definición del artículo 63 del Código Civil -incumplimiento voluntario de las obligaciones-.

5. Cuestionó que se escindiera la responsabilidad de la persona jurídica y de su representante legal, posibilidad que podría admitirse tratándose de trabajadores, pero no frente a quien se encarga de representarla, en soporte de lo cual invocó las providencias de la Corte de 1939, 1962, 2012 y 2014.

Añadió que, ante la demostración del acto fraudulento, la responsabilidad era imputable a título de dolo y, por tanto, al decidir el llamamiento en garantía, se erró al *«haber considerado que no se verificaban los supuestos previstos para la aplicación de la exclusión 3.7. la cual era plenamente válida y eficaz y hacía parte integral del contrato de seguro»*.

CONSIDERACIONES

1. El riesgo asegurable en el contrato de seguro.

Conforme al artículo 1045 del Código de Comercio, uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es «*el riesgo asegurable*», entendiéndose por tal «*el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador*» (artículo 1054).

Según esta Corporación, el riesgo asegurable, «*es el elemento más característico del contrato de seguro, teniendo en cuenta que no forma parte de ningún otro tipo de acuerdo de voluntades*» y consiste en «*la probabilidad de que se produzca un evento dañoso previsto en el contrato y que da lugar a que el asegurador indemnice el perjuicio sufrido por el asegurado o cumpla con la prestación convenida*» (SC002, 12 en. 2018, rad. n.º 2010-00578-01).

Dicho en otras palabras, «*se trata de “un hecho condicionante, esto es, verdadera circunstancia futura e incierta, por la posibilidad de su ocurrencia al mediar la incertidumbre de que sobrevenga el hecho por obra del azar, del alea, afectando patrimonialmente a un sujeto de derecho, en forma concreta (seguro de daños), o en forma abstracta (seguro de personas)”* (SC7814, 15 jun. 2016, rad. n.º 2007-00072-01). Puede consistir en una acción u omisión, hechos de la naturaleza o humanos, internos o externos al asegurado, de origen físico o jurídico, instantáneos o evolutivos, unicausales o pluricausales, ordinarios o extraordinarios, entre muchas otras alternativas» (SC487, 4 ab. 2022, rad. n.º 2016-00078).

Entonces, únicamente es asegurable el riesgo que satisfaga los siguientes requisitos: (I) ser un evento, esto es, un hecho perceptible por los sentidos y susceptible de provocar un daño; (II) ser eventual, en el sentido de que su realización es azarosa, accidental, incierta o fortuita; (III) ser posible, en tanto no se tenga certeza de su ocurrencia o de la imposibilidad de que suceda; y (IV) ser externo al tomador, asegurado o beneficiario, en el sentido de que su realización no depende de su voluntad o intención.

Ese riesgo es trasladado a la aseguradora por el contrato de seguro, entidad que, al brindarle cobertura, queda obligada a soportar sus efectos en caso de acaecer el siniestro: resarcir el daño sufrido o cumplir con la prestación convenida.

2. Delimitación del riesgo asegurable.

2.1. Límites legales.

Los artículos 1054 y 1055 de la codificación comercial establecen un catálogo de eventos inasegurables, en garantía de la finalidad de este negocio jurídico y para evitar situaciones de aprovechamiento de una parte sobre la otra, entre los cuales descuellan:

(I) hechos ciertos, salvo la muerte, por no ser propiamente un riesgo;

(II) hechos físicamente imposibles, por carecer del elemento de aleatoriedad requerido para su aseguramiento;

(III) la simple incertidumbre subjetiva, por no corresponder a un hecho;

(IV) el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, «*fundadas en que procede de una causa ilícita (dolo del asegurado), en la acentuada intensidad de la culpa incurrida (culpa grave del asegurado), o en la ilicitud de la actividad del asegurado*»¹⁰; y

(V) sanciones de carácter penal o policivo, por ser amonestaciones personales.

Sin embargo, atendiendo al tipo de seguro existen otros eventos excluidos, y en ciertos casos es dable cubrir algunos de los riesgos antes listados. Por ejemplo, en el seguro de daños se entienden excluidos los perjuicios por guerra civil, motines, huelgas, movimientos subversivos, conmociones populares, etc. (artículo 1105); a su vez, en el seguro de personas, se puede amparar la vida propia (artículo 1137), incluso cuando el siniestro se origine en el suicidio, o en el seguro de responsabilidad puede ampararse la culpa grave (artículo 1127).

2.2. Límites contractuales al riesgo asegurable.

¹⁰ Rubén S. Stiglitz, *Derecho de Seguros*, Tercera Edición, Abeledo-Perrot, 2001, p. 203.

Fruto de la autonomía de la voluntad es posible que en la póliza se delimiten los riesgos asegurables, con el fin de reducir los casos que dan lugar a la responsabilidad de la aseguradora.

Así lo permite el canon 1056 del estatuto mercantil: *«[c]on las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado».*

Refiriéndose a esta norma, la Sala tiene dicho:

[E]l 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 (SC, 7 oct. 1985).

Más recientemente afirmó:

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

febrero de 2001. Expediente 5670) (SC, 19 dic. 2008, rad. n.º 2000-00075-01).

Total, amparar un riesgo bajo cualquier circunstancia y sin contornos temporales o espaciales, no resulta factible, por el compromiso patrimonial que supondría para la aseguradora y los costos asociados a tamaña operación. *«Nadie imagina que no haya límites temporales, que el asegurador asuma cualquier evento azaroso o sin límites cuantitativos. Por lo general..., la delimitación del riesgo obedece a criterios causales, temporales y espaciales» (SC4527, 23 nov. 2021, rad. n.º 2011-00361-01).*

Con todo, *«la empresa de seguros “no debe vaciar de contenido [la póliza;] ese que asume pues tal postura conllevaría a un remedo de amparo sin traslación efectiva de riesgos, sucesos que originan pérdidas y, en suma, desembolsos económicos” (SC4527, 23 nov. 2020, rad. n.º 2011-00361-01)... [y es que, la naturaleza del seguro] no puede quebrantarse por fuerza de las estipulaciones negociales, como cuando las cláusulas pactadas adelgazan su contenido por medio de estipulaciones que hacen inocuo el aseguramiento; de allí que, cuando la cobertura devenga exigua de cara a la protección del interés asegurado, se pervierte el vínculo, evento en el cual se hace necesario rehusar efectos a las disposiciones convencionales» (SC487, 4 ab. 2022, rad. n.º 2016-00078-01).*

3. Cláusulas de exclusión.

Las denominadas «*exclusiones de cobertura*» son disposiciones contractuales que prevén que, ante la ocurrencia de un hecho determinado o la existencia de una precisa circunstancia, la aseguradora se exonera de pagar la indemnización pactada o de cumplir la prestación a su cargo, incluso de ocurrir el siniestro. En palabras sucintas, son eventos que, enunciados de forma inequívoca en el contrato, quedan exceptuados de cobertura.

Esta Sala las ha definido como estipulaciones que precisan «*ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, quedan sin embargo excluidos de la protección que se promete por el contrato*» (SC, 7 oct. 1985, reiterada entre muchas otras en SC1301, 12 may. 2022, rad. n.º 2015-00944-01).

Su finalidad, entonces, es 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. De tal manera que su consagración no conduce a la desaparición o alteración del componente económico previsto en favor de los beneficiarios, sino a la imposibilidad de que las reclamaciones por los hechos al margen de la protección tengan éxito*» (SC4574, 21 ab. 2015, rad. n.º 2007-00600-02).

4. El caso concreto.

4.1. Recuérdese que SBS Seguros Colombia S.A. izó dos (2) acusaciones dentro del cargo objeto de revisión, a saber:

(I) los defectos de valoración de múltiples pruebas, que acreditan el actuar doloso de la fiduciaria, acto inasegurable conforme a las normas vigentes; y (II) no tener por demostrada la exclusión 3.7. del contrato de seguro, como reluce de la intención de la fiduciaria de incumplir sus deberes contractuales y legales.

Pronostíquese que ambos cuestionamientos se abrirán paso pues, ciertamente, el *ad quem* debió tener por comprobados los requisitos para que operara la exclusión reclamada, impidiendo el nacimiento del débito aseguraticio.

4.2. Fuera de discusión se encuentra que Acción Fiduciaria y SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros), suscribieron el contrato n.º 1000099, contentivo de tres (3) amparos, cada uno identificado como sección, de acuerdo con esta descripción: «*Sección I: Póliza Global Bancaria texto DHP84 de SBS Colombia (FORMA SBS BBB02992) - Registro Superfinanciera 30112012-1322-P-9-BBB02992*», «*Sección II: Crimen por Computador LSW238 - Registro Superfinanciera 10122012-1322-A-9-BBB1198*» y «*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 Superfinanciera 18/10/2013-1322-P-06-FIPICG001*» (archivo digital vhrivera_405_1000099).

La primera sección cubrió los riesgos relativos a la infidelidad de empleados, pérdidas dentro de los locales, bienes en tránsito, falsificación, dinero falsificado, cajillas de

seguridad, pérdida de derechos de suscripción, honorarios de abogados y costos de defensa, entre otros (archivo digital 10122012-1322-P-9-BBB02992 P_LIZA INTEGRAL PARA BANCOS E INSTITUCIONES F...).

La segunda cubrió las pérdidas originadas por sistemas de cómputo, operaciones de oficina de servicios, instrucciones electrónicas por computador, medios de almacenamiento de información, virus de computador, comunicaciones y transmisiones electrónicas, títulos valores electrónicos, telefacsimiles falsificados y transferencias iniciadas por voz (archivo digital 10122012-1322-A-9-BBB1198 AMPARO DE P_RDIDAS A TRAV_S DE SISTEMAS COMPUT...).

La última, que es precisamente la materia en discusión en el presente litigio, se ampararon «*los reclamos presentados por primera vez en contra del asegurado, durante el período de la póliza o cualquier período de descubrimiento (si fuese aplicable) y ocurridos con posterioridad a la fecha de retroactividad y notificados al asegurador en la forma exigida por el presente contrato por: 1.1. Responsabilidad civil profesional... 1.2. Defensa... 2.1. Pérdida de documentos... 2.2. Nuevas filiales... 2.3. Período de descubrimiento... 2.4. Cobertura de costos de fianza... 2.5. Compensación por comparecencia en juicio... 2.6. Difamación*» (archivo digital 18102013-1322-P-06-FIPICG001 POLIZA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL...).

4.3. Para la «póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras», se consagraron veintitrés (23) exclusiones, en el sentido de que la aseguradora «no asume responsabilidad alguna y, por tanto, no estará obligado a efectuar pago alguno, en relación con cualquier reclamo derivado, basado o atribuible» a estos eventos.

En el numeral 3.7. de este listado se exceptuó:

*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.*

Refulge, en cuanto interesa al caso, que el amparo por reclamaciones por responsabilidad profesional no cobija aquellas realizadas con ocasión: (I) de conductas fraudulentas -«*contraria[s] a la verdad y a la rectitud, que perjudica[n] a la persona contra quien se comete*»-, malintencionadas -con «*[i]ntención solapada, de ordinario maligna o picante*»- o intencionales -con «*[d]eterminación de la voluntad*»-¹¹ del asegurado; siempre y cuando (II) exista una sentencia, fallo o veredicto ejecutoriado, en que se reconozca la conducta, o sean *admitidas* por el asegurado.

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es

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

4.4. Decantado lo anterior, en lo sucesivo se explica la forma en que se configuraron los errores de hecho denunciados en casación.

4.4.1. Para explicar conviene recodar lo afirmado en el veredicto criticado, a saber:

*La controversia se focaliza en la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza... ese motivo de exclusión -en dicho amparo- se presenta cuando el asegurado ha **“admitido”** las conductas delictivas, deshonestas o fraudulentas, esto es, **cuando las ha tolerado, aprobado o permitido, lo que, desde luego, justifica la salvedad.** Pero no es posible sostener que por el solo hecho de afirmarse la existencia del comportamiento, mejor aún, de creer o considerar que la conducta de un empleado es fraudulenta, se estructura la exclusión. Con otras palabras, si, según la póliza y para el amparo en cuestión, se entiende por “acto profesional incorrecto” “todo incumplimiento, real o presunto, de obligaciones o deberes, toda negligencia, error u omisión, declaración inexacta o incierta que tengan lugar exclusivamente con ocasión o en el ejercicio de las actividades profesionales del asegurado y por las cuales incurra en responsabilidad el asegurado” (archivo “18102013-1322-P-06-FIPICG001 póliza de seguros de responsabilidad civil...”, derivado 016), **no es posible sostener que por el sólo hecho de manifestar la parte asegurada que hubo un actuar fraudulento del trabajador, se consolida la exclusión, pues esa aseveración no entraña reconocimiento o confesión de tolerancia consciente o aprobación de una conducta que, sin duda, sí fue incorrecta.***

En este caso, a la representante legal de la fiduciaria se le preguntó si la información falsa que contenía el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 constituyó “un actuar fraudulento”, a lo que respondió afirmativamente (audiencia min. 2:00:40, derivado 064 del expediente digitalizado). También se le interrogó si la reclamación a la aseguradora se relacionó con los actos fraudulentos del señor Álvaro José Salazar en la oficina de Cali, a lo cual, igualmente, contestó que “sí” (audiencia min. 2:05:48, ib.). Se trató, entonces, de un parecer, de una opinión, de un calificativo personal, sin que en el expediente obre prueba del dolo.

Luego, no se puede sostener que tales respuestas evidencian que la fiduciaria, adrede, toleró, permitió o admitió las conductas - calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que conocía de la ilicitud del comportamiento que ellos desplegaron, que son, como se sabe, presupuestos del dolo... Lo que se demostró fue una conducta anómala, irregular y culposa de la fiduciaria, pero nada más. Es por eso, y no por dolo, que se afirma su responsabilidad. (negrilla fuera de texto).

4.3.2. Este entendimiento, por un lado, desconoce la correcta hermenéutica de la estipulación convencional, al desfigurar de forma evidente el significado del verbo «admitir» y, por el otro, el interrogatorio de la representante de la sociedad fiduciaria, en que *admitió* la conducta fraudulenta de su representada.

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

Así se extrae de que en la estipulación, después de enumerar los eventos excluidos, se consagraron dos (2) alternativas, ciertamente diferentes, pero que deben servir a

idéntica finalidad, pues de otra forma no se explica que se hubieran previsto como sucedáneos funcionales recíprocos.

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

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

Entendimiento que encuentro eco, adicionalmente, en las acepciones que sobre el verbo «*admitir*» tiene enlistadas el Diccionario de la Lengua Española, dentro de las cuales se encuentra precisamente «*aceptar*», sinónimo de *reconocer* o *confesar*.

Ya la Sala arribó a esta hermenéutica, en un caso equivalente al *sub lite*: «*Ahora bien, teniendo en cuenta que la exclusión 3.7... requiere que tales conductas hayan sido admitidas por el asegurado (literal B)... [resáltese] que **admitir no significa tolerar, prohijar, favorecer o avalar tales conductas incorrectas, simboliza simplemente***

reconocer su existencia» (negrilla fuera de texto, SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

(II) Se agrega que el Tribunal desfiguró la declaración de la representante legal de acción fiduciaria, pues a pesar de que ésta reconoció expresamente la conducta fraudulenta de sus empleados, se dejó de lado su asentimiento, bajo la inexplicada calificación de que era una simple opinión.

En soporte conviene transcribir los acápites pertinentes del interrogatorio (minuto 47:17 a 2:06:02 de la audiencia del 11 de marzo de 2020, archivo digital 2018-1590):

Preguntado: ¿Concretamente a qué hacían alusión esas operaciones inusuales?

Contestó: Falsificación de extractos... pero las operaciones inusuales tenían... sustracción de recursos inconsultamente, expedición de documentos sin autorización del fideicomitente, manipulación de documentos, información...

*Preguntado: ¿Podría indicarle a este Despacho cómo es cierto, si o no, que el mismo [se refiere al acta de verificación] **contiene información falsa**?*

*Contestó: ... **Sí**, con respecto a la fecha hay imprecisiones... fecha de la carta de la revisoría fiscal... y la existencia de certificación de tradición en que constaba la transferencia...*

*Preguntado: ¿Puede indicarle a este Despacho como es cierto, si o no, que Acción Sociedad Fiduciaria considera la existencia de **información falsa en un documento como un actuar fraudulento**?*

*Contestó: **Sí señor**...*

*Preguntado: ¿Puede indicar al Despacho como es cierto, si o no, que las **maniobras fraudulentas** del señor Álvaro José Salazar Romero, **como representante legal** de Acción Sociedad Fiduciaria... **estaban vinculadas con los encargos fiduciarios MR799 y FA2351**, correspondientes al negocio fiduciario denominado Marcas Mall?*

*Contestó: **Si...***

Preguntado: ¿Puede indicar al Despacho como es cierto, si o no, que dentro de las maniobras fraudulentas del señor Salazar..., está la falsificación de documentos?

Contestó: Sí señor...

Preguntado: ¿Puede indicarle a este Despacho cómo es cierto, si o no, que la reclamación presentada por Acción Sociedad Fiduciaria a SBS Seguros Colombia..., está relacionada y vinculada con los actos fraudulentos del señor Álvaro José Salazar Romero...?

Contestó: Sí señor (negrilla fuera de texto).

Descuella que la administradora de la demandada reconoció la existencia de un actuar fraudulento, en desarrollo del encargo fiduciario, situación que condujo finalmente a la pérdida patrimonial reclamada en el presente juicio.

Y es que la deponente, abogada de profesión, aceptó que los responsables de la actividad fiduciaria incorporaron información falsa e inexacta del acta de verificación, la que reputó como una forma de fraude. No se trató de una mera enunciación, o un dicho al pasar; fue una apreciación justificada y reiterada en preguntas posteriores, que evidencia la reflexividad con la actuó la deponente al realizarla, máxime atendiendo a su formación universitaria.

Tal era la convicción que, el 2 de abril de 2018, la fiduciaria presentó una denuncia penal por los presuntos punibles de concierto para delinquir hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, destrucción suspensión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y peculado por apropiación a favor de terceros, por hechos concernientes al proyecto Marcas Mall Cali, la cual se tuvo por cierta e indiscutida en la audiencia inicial.

El Tribunal, entonces, desfiguró el interrogatorio de parte, reduciéndolo a una opinión no vinculante, cuando en verdad muestran la consciencia que tenía la deponente sobre la existencia de un fraude, evento excluido de la cobertura en la póliza de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras.

Esta Sala, en el precedente ya referido tantas veces, dejó en claro que:

[L]os 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 (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

4.3.3. Los yerros de juzgamiento en que incurrió el *ad quem* resultan trascendentes, pues sirvieron para rehusar la excepción propuesta, al punto que, de no haber existido, la decisión hubiera sido diferente, al estar satisfechos todos los presupuestos para la operatividad de la exclusión contenida en el pluricitado numeral 3.7.

En consecuencia, deberá quebrarse el veredicto confutado, aunque únicamente de forma parcial, en punto a la responsabilidad de la llamada en garantía.

5. Conforme al inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, ante la prosperidad de la impugnación propuesta por SBS Seguros Colombia S.A., no se le impondrá condena en costas.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Anotación preliminar.

Procede la Corporación a resolver la alzada, únicamente en aquellas materias que conciernen a la casación, esto es, la exclusión contenida en el numeral 3.7. de la sección III de la póliza de seguros n.º 1000099.

2. Decisión de primera instancia.

En el fallo de grado inicial se condenó a Acción Fiduciaria al pago de la indemnización reclamada por Femme

International S.A.S., por haber incumplido las cargas convencional y legalmente establecidas a su cargo.

Adicionalmente, absolvió a la llamada en garantía, por cuanto el representante legal de la convocada admitió, en el interrogatorio de parte, la existencia de conductas anómalas, fraudulentas e ilegales, hipótesis que encaja en la exclusión consagrada en el numeral 3.7. de la sección III del contrato de seguro.

3. Del recurso de apelación.

En lo que aquí interesa, Acción Fiduciaria arguyó que debió accederse al llamamiento en garantía por cuanto:

(I) la declaración del representante legal no constituye una confesión de un acto fraudulento, sino simplemente la manifestación sobre la ocurrencia de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos;

(II) la cláusula de exclusión debió ser declarada nula o ineficaz, por cuanto no se puede poner sobre el asegurado la calificación de una conducta como fraudulenta, máxime por tratarse de una cláusula predispuesta; y

(III) por no estar en la carátula de la póliza es ineficaz la estipulación en comentario, por fuerza del literal c) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

4. Consideraciones.

4.1. Para decidir, por brevedad, se entienden reproducidas las consideraciones efectuadas al desatar la impugnación extraordinaria, en el sentido de que: (I) las partes excluyeron de cobertura las reclamaciones por responsabilidad civil originadas en actos fraudulentos, siempre que se pruebe su realización por medio de sentencia judicial ejecutoriada o por admisión de la asegurada; (II) en el expediente se demostró que la demandada, en transgresión de sus deberes contractuales y legales, contrarió la verdad al suscribir el acta de verificación, por hacer manifestaciones que no corresponden a la realidad, lo que fue expresamente calificado por su representante legal como un fraude; y (III) la sociedad fiduciaria reconoció la existencia del acto fraudulento, no sólo en el interrogatorio de parte que se le practicó a su representante, sino en la denuncia penal realizada en contra de sus trabajadores.

4.2. Delanteramente debe indicarse que resulta distante a la ontología del interrogatorio de parte sostener que, la representante legal de Acción Fiduciaria, no reconoció que el actuar del encargado de la oficina de Cali no fue fraudulento, sino que podía serlo.

Total, expresamente se le inquirió, por el apoderado de la entidad aseguradora, sobre la naturaleza del acto consistente en emitir un acta de verificación con información contraria a la verdad, asintiendo en calificarlo como una maniobra fraudulenta. Además, ante la insistencia de

conceptuarlo como un fraude por parte del inquisidor, se abstuvo de emitir clarificaciones o puntualizaciones con el fin de desmentir este linaje.

De esta forma, no sólo por su expresa manifestación, sino por aceptar que se usara la denominación por ella asignada, queda fuera de duda que le otorgó el calificativo de fraudulento al comportamiento de su representada.

De esta forma se desestima el argumento de la recurrente, en este punto preciso.

4.3. Como se explicó en la parte teórica del recurso de casación, las exclusiones son pactos que permiten exceptuar del amparo eventos que, en principio, son riesgos cubiertos. Por ser fruto de la autonomía de la voluntad, están sometidos a la libre negociación de los contratantes, siempre que por su conducto no se desnaturalice la tipología del seguro, ni constituya un pacto abusivo.

En el *sub examine* se excluyó, dentro de la cobertura, las reclamaciones por responsabilidad civil originadas en «una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado», siempre que el asegurado admita su realización o conste en sentencia ejecutoriada su ocurrencia.

Repárese que, a diferencia de lo alegado por la apelante, no se impuso sobre el asegurado el deber de calificar

conducta alguna; en verdad, quedó a su fuero admitir la existencia de un ilícito u otras prácticas deshonestas, fraudulentas, maliciosas o malintencionadas, lo que resulta esperable de cualquier contratante que actúe conforme a la buena fe.

Ahora bien, la admisión deprecada no supone la realización de un juicio de tipicidad, propio del derecho penal, sino una calificación sincera sobre los hechos que dieron lugar a la reclamación por responsabilidad profesional.

De esta forma se excluye que la cláusula pueda considerarse como abusiva, por imponer una carga excesiva en comparación con los beneficios obtenidos para la asegurada por el seguro, ya que, itérese, ninguna obligación se puso sobre sus hombros, más allá de deprecar una colaboración activa y honesta.

4.4. Finalmente, frente a la validez de la exclusión, por su ubicación dentro de la póliza y sus anexos, la Corte tuvo la oportunidad de referirse a este punto específico en precedente que resulta vinculante al presente caso y que se reproduce como fundamento:

Teniendo en cuenta que la norma [se refiere al artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -que recoge lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 45 de 1990-] 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 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... 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 (SC2879, 27 sep. 2022, rad. n.º 2018-72845-01).

De esta forma se descarta la ineficacia de la exclusión invocada, por estar contenida *«a partir de la primera página de la póliza, en caracteres destacados o resaltados y en términos claros y concisos..., sin que medie solución de continuidad en la consagración de los amparos y sus exclusiones» (idem).*

Deviene que los argumentos del apelante carecen de la fuerza necesaria para modificar el fallo recurrido, razón para confirmarlo.

5. Conclusión de cierre.

5.1. Por lo dilucidado, tanto al resolver la casación como en este fallo sustitutivo, se emitirá sentencia de reemplazo con un alcance parcial, en la cual únicamente se revocarán las determinaciones del Tribunal en lo tocante a la condena de la llamada en garantía. En lo demás la providencia de segunda instancia se mantendrá incólume.

5.2. Acorde con el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, como la apelación no prosperó, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. será condenada en costas en favor de Femme Internacional S.A.S. y SBS Seguros de Colombia S.A.

Las agencias en derecho se tasarán, por el magistrado ponente, según el numeral 3º *idem* y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

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 el 3 de agosto de 2021, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso promovido por Femme International S.A.S. contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en el que fue llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A., únicamente en lo tocante al numeral 5º del fallo de primer grado.

Segundo. Condenar a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. al pago de las costas en casación en favor de Femme International S.A.S. En la liquidación respectiva, inclúyanse diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de notificación de esta providencia, por concepto de agencias en derecho.

Tercero. Abstenerse de imponer condena en costas en casación contra SBS Seguros Colombia S.A., dada la prosperidad de su impugnación extraordinaria.

Además, la Corte situada en sede de instancia

RESUELVE

Primero. Confirmar en su integridad el fallo del 22 de enero de 2021, proferido en esta causa por la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Segundo. Costas de segunda instancia a cargo de la demandada, en favor de Femme International S.A.S. y SBS Seguros Colombia S.A. En la liquidación inclúyase la suma de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de notificación de esta providencia, que el Magistrado Sustanciador señala como agencias en derecho.

Tercero. En su oportunidad remitir el expediente a la corporación judicial de origen.

Notifíquese

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Salvamento parcial de voto

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Radicación n.º. 11001-31-99-003-2018-01590-01

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.¹², quien fue llamada en garantía al juicio por la convocada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con el propósito de que se declarara su derecho *«a reclamar de la [llamada] 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 Femme International S.A.S.»*

Frente a dicha reclamación la aseguradora se opuso formulando, entre otras, la exceptiva que tituló *«ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099... en cuanto sea aplicable cualquier (sic) de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en el (sic) 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 estimó que no se configuró la exclusión del numeral 3.7., porque no se demostró que la asegurada haya tolerado, permitido o admitido *«las conductas -calificadas como fraudulentas- de sus trabajadores, como tampoco que conocía de la ilicitud del*

¹² Antes AIG SEGUROS COLOMBIA S.A.

comportamiento que ellos desplegaron, que son, como se sabe, presuuestos del dolo», amén que la prohibición para el aseguramiento de actos dolosos se refiere a los emanados del tomador, asegurado o beneficiario, no así frente a dependientes o trabajadores. Acorde con lo anterior, la condenó a pagarle a la demandante la indemnización por valor de \$2.816'897.434.

Al resolver la impugnación extraordinaria, la providencia de la cual disiento, reconoció la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora, al dar eficacia a la exclusión invocada, destacando para ello que el entendimiento prodigado por el *ad quem* a dicha estipulación, desconoce su correcta hermenéutica «*al desfigurar de forma evidente el significado del verbo «admitir»¹³, yerro fáctico al que se aúna otro desacierto de igual cariz, consistente en la deformación del «interrogatorio de la representante de la sociedad fiduciaria, en que admitió la conducta fraudulenta de su representada», pues pese a que reconoció expresamente la conducta fraudulenta de sus empleados, el fallador «dejó de lado su asentimiento, bajo la inexplicada calificación de que era una simple opinión».*

La decisión mayoritaria consideró que los enunciados defectos de juzgamiento son trascendentes, «*al punto que, de*

¹³ En la anotada exclusión se indicó que no operaba la cobertura del seguro respecto de «[c]ualquier 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 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 (se resalta).

*no haber existido, la decisión hubiera sido diferente, **al estar satisfechos todos los presupuestos para la operatividad de la exclusión contenida en el pluricitado numeral 3.7.***»

(énfasis añadido), conclusión de la cual discrepo, pues no es verdad que se hallara cumplida la totalidad de las exigencias requeridas para reconocerle «operatividad» a la aludida causal de exclusión. Y en esta arista de la discusión, juega un papel fundamental el lugar de la póliza donde deben quedar consignadas las exclusiones para su eficacia, temática que fue abordada en la sentencia sustitutiva, al resolver el recurso de alzada propuesto por la sociedad Acción Fiduciaria.

El tema del contenido del pacto aseguratorio ha sido motivo de amplias disertaciones, tanto por esta Corte como al interior de la Superintendencia Financiera (antes Bancaria), en donde el elemento común a resaltar es la necesidad de que tanto los amparos que son asumidos por la compañía aseguradora como 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, de manera que no exista duda o posibilidad de una interpretación diferente a la misma naturaleza de la delimitación del riesgo, facilitando al tomador la adecuada comprensión y cabal identificación de 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 legal¹⁴ 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, cita *in extenso* la providencia de la Sala SC2879-2022 para concluir la validez de la exclusión en comento, atendiendo su ubicación dentro de la póliza y sus anexos.

A partir de esa reproducción textual colige que es a partir de la primera página del “*cuerpo de la póliza*” en donde se deben registrar las exclusiones, puesto que 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 carátula 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

¹⁴ Art. 1056 Código de Comercio.

algunas condiciones de la póliza para su individualización y diferenciación del tipo de seguro otorgado, siendo por tanto plausible que el registro se haga en el “*cuero*” de dicho convenio, al existir la obligación de precisar cuáles son las condiciones generales y particulares, pero siempre que ello se dé de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir “e 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 carátula, las condiciones generales y las condiciones particulares, a la solicitud del tomador y en algunos eventos anexos vinculados a unas especialísimas circunstancias¹⁵, 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,

¹⁵ Artículo 1048 Código de Comercio.

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

Lo anotado en razón a que, conforme se indicó en precedencia, al tenor del artículo 1048 hacen parte de la póliza *«[L]os anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza»*, y para que dichos anexos se puedan considerar como tales, deben identificar con contundencia la póliza que integran, amén que, según el maestro Efrén Ossa¹⁶, 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»*.

Ocurre, sin embargo, que en el presente juicio se acogió la inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora al

¹⁶ OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Editorial Temis, Bogotá 1984, pág. 239.

haber operado la exclusión referida en el aparte 3.7., reconociéndole eficacia, pese a no estar contenida en a partir de 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 No. 1000099.

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

«1, *Fecha de Continuidad: 26 de Mayo del 2010.*

2. *Nuevas Filiales*

3. *Periodo de Descubrimiento a. Automático por 30 días sin cobro de prima adicional. b. Periodo de descubrimiento 12 meses adicionales al 75% de prima anual.*

4. *Costos de Fianza, según texto de condiciones generales.*

5. *Difamación, según texto de condiciones generales*».

Posteriormente vuelve y relaciona seis (6) anexos «*EXCLUSIÓN DE GUERRA/ ACTO DE GUERRA/TERRORISMO*» «*ANEXO DE NO RENOVACIÓN TACITA O AUTOMÁTICA*», «*ENDOSO DE EXCLUSIÓN OFAC*», «*EXCLUSIÓN DE LAVADO DE ACTIVO*», «*AMPARO DE MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA*», «*ENDOSO DE TRANSACCIONES*

INCOMPLETAS», otra «*EXCLUSIÓN ESPECIAL*» y «*EXCLUSIONES APLICABLES AL PRESENTE ENDOSO*».

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

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

Adicionalmente está una 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 No. 1000099, puesto que, al margen que sean condiciones uniformes

respaldadas por el ente 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 de los contratantes, bien para incluir amparos o con el fin de precisar algunas exclusiones.

En ese orden, es preciso señalar que, en este particular caso, ante la pluralidad de seguros contratados por la sociedad 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 No. 22.

Siendo ello así, deviene cuestionable que la determinación adoptada por la mayoría de la Sala, amparada 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, está reconociendo eficacia a exclusiones que la compañía aseguradora, a su criterio, plasma de manera indiscriminada y dispersa en la póliza, con lo cual afecta el derecho del consumidor a una información clara y contundente del alcance de los siniestros inequívocamente cubiertos, pero sobre todo los que se deben tener por excluidos del amparo.

En ese orden, era de cargo de la llamada en garantía, acreditar debidamente los supuestos de hecho que soportan sus defensas y dado que la póliza que, en precedencia, se

describió, adolece de las falencias indicadas, era plausible la decisión del Tribunal de no acogerlas y, consecuentemente, imponer la condena contra la cual protestó dicha compañía.

Debido a lo expuesto, estimo que la decisión debió ser en absoluto negativa y no casar parcialmente el fallo impugnado.

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

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada