

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013199003201801254 01

Se decide el recurso de apelación que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. interpuso contra la sentencia de 21 de diciembre de 2020, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia en el proceso que le promovió Mejía Álvarez Sabogal S.A.S.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. En ejercicio de la que llamó “acción de protección al consumidor financiero” y amparada en la ley 1480 de 2011, la sociedad demandante pidió ordenar la “devolución total de los recursos depositados”, esto es, la suma de \$148.050.000, debidamente indexada junto con los intereses correspondientes hasta que se verifique el pago, por el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales derivadas del contrato de encargo fiduciario No. 0001100011098 que celebró con la fiduciaria demandada (pg. 19, derivado 00 del expediente digitalizado).

Como soporte de sus pretensiones, adujo que el 22 de diciembre de 2015 celebró con la demandada el contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100011098, en virtud del cual la instruyó para que administrara los recursos destinados al proyecto inmobiliario denominado Marcas Mall en la ciudad de Cali y, una vez se cumplieran las condiciones pactadas -igualmente establecidas en el encargo fiduciario de “preventas promotor MR-799” (pg. 5, derivado 00 del expediente digitalizado)-, transfiriera dichos dineros a la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., como precio por la adquisición del local comercial No. ISLA I 3-4.

Agregó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo, incluida la de entregar la suma de \$148.050.000, pero la fiduciaria no hizo lo propio con las que contrajo porque, de una parte, (a) omitió informar, en la fecha en que fue ajustado el encargo fiduciario, que “ya había suscrito el acta de verificación de cumplimiento de los requisitos y había transferido los recursos a la promotora” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), configurándose un incumplimiento de su deber legal de revelar la información sobre el manejo de recursos y el cumplimiento del punto de equilibrio, y de la otra, (b) aunque el 4 de noviembre de 2014 entregó el acta de verificación para la transferencia de los recursos a la promotora, bajo el entendido que se cumplían todas las condiciones pactadas, la demandada no verificó que se configuraban los requisitos, específicamente la transferencia al fideicomiso de la propiedad del inmueble sobre el cual se desarrollaría el proyecto (para esa fecha el dueño era Laboratorios Baxter S.A.S.), la celebración de encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (únicamente se constataron ventas por \$92.827.383.075, de un total esperado de \$253.031.332.726), y la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (se conformó con una comunicación del Promotor que decía que no lo necesitaría).

Concluyó que, por esos incumplimientos, la demandada debe responder por los aportes e inversiones de los recursos que se le entregaron para su administración., dado que faltó a sus deberes de lealtad, buena fe, asesoría, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión y protección de los bienes fideicomitados.

2. Notificada del auto admisorio, la sociedad fiduciaria se opuso a las pretensiones y planteó como defensas (i) la “cláusula compromisoria”, (ii) que “acción sociedad fiduciaria no es contractualmente responsable”; (iii) “error en la identificación del contrato celebrado”, y (iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva” (derivado 013 del expediente digitalizado).

Asimismo, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (derivado 015 del expediente digitalizado), sociedad que, a su turno, formuló como excepciones de mérito contra la demanda la (i) “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”; (ii) “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, y (iii) “procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” (pgs. 1 a 20, derivado 028 del expediente digitalizado).

Frente al llamamiento que se le hizo, planteó como excepciones las que denominó (i) “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”; (ii) “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; (iii) “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 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”; (iv) “agotamiento del valor asegurado”; (v) “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional”, y (vi) “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.” (pgs. 20 a 27, ib.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia desestimó las excepciones propuestas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a quien declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la parte demandante. En consecuencia, la condenó a pagar la suma de \$171.738.000.

La aseguradora, por el contrario, fue absuelta por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Tras afirmar la legitimación de la sociedad demandada y advertir que no había “cláusula compromisoria”, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria fueron incumplidas desde la etapa de preventas, inclusive, en tanto “debía proceder a realizar procedimientos de control interno (...) para [que], entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término” (pg. 15, derivado 149 del expediente digitalizado), lo que no fue acreditado.

Igualmente se refirió a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio, conforme a lo pactado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí No. 3, porque para la época en que se transfirieron los recursos a la promotora “no había soportes de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera” del contrato (pg. 18, derivado 149 del expediente digitalizado).

Concluyó, entonces, que el “acta de cumplimiento de condiciones” contenía información falsa, y que “esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento**” (pg. 19, derivado 149 del expediente digitalizado), por lo cual la fiduciaria

demandada no debió transferir los recursos aportados por los inversionistas, máxime si se reparaba en que suyo era el deber legal de comprobar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Tras afirmar la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., la Superintendencia consideró plausible ordenar, a modo de indemnización, que se devolvieran las sumas entregadas para la inversión.

Finalmente, halló acreditada la exclusión pactada en el contrato de seguro, referida a los actos tramposos admitidos por el asegurado, con soporte en que los “hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada-asegurada, por conducto de su representante legal, como **fraudulento** (sic)” (pg. 42, derivado 149 del expediente digitalizado).

EL RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad fiduciaria cuestionó que la Delegatura accedió a las pretensiones con fundamento en hechos que no fueron alegados en la demanda y “sobre los cuales **NO versó la actividad probatoria**” (pg. 3, archivo 08., cdno. Tribunal del expediente digitalizado), en tanto:

- a) Se trata de situaciones que no tienen relación con lo pretendido, haciéndose evidente la incongruencia del fallo impugnado.
- b) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria.
- c) “[L]a actividad probatoria oficiosa del despacho se circunscribió más a evidenciar fallas internas de la fiduciaria, es decir a un aspecto administrativo de la Superintendencia y no jurisdiccional” (ib.).

De otro lado, insistió en la falta de integración del litisconsorcio necesario por no vincularse a la promotora del proyecto, y consideró que la sentencia no valoró las pruebas en conjunto, ni aplicó los criterios de la sana crítica.

Alegó que no existe la obligación contractual aducida por la Delegatura que de lugar a responsabilidad de este linaje, por no configurarse sus elementos, y censuró la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago de la póliza.

CONSIDERACIONES

1. Cuatro temas discute la sociedad demandada y a ellos, por mandato del artículo 328 del CGP, se circunscribe la Sala: integración del contradictorio, congruencia, configuración de la responsabilidad civil contractual y llamamiento en garantía.

a. En lo tocante al litisconsorcio necesario, bastaría señalar que la recurrente pretende revivir una discusión que se clausuró en autos de 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, en los que se resolvió un recurso de reposición contra el auto admisorio y la excepción previa, respectivamente (pg. 10 del derivado 008 y derivado 023 del expediente digitalizado).

Pero sea lo que fuere, téngase en cuenta que dicha modalidad de litisconsorcio tiene dos fuentes: la ley y la relación sustancial: la primera no impone, en norma alguna, convocar a personas que hacen parte de otro contrato a una discusión que concierne a un negocio jurídico diferente, por más que exista coligamiento negocial; menos aún lo reclama la segunda, si se considera que sólo la demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son parte en el encargo fiduciario al que se concretan las pretensiones de la demanda (No. 0001100011098), que no se puede confundir con la fiducia mercantil en la que Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. funde como “sociedad promotora” (archivo “2019-01-367640-000.AAA.AAA”, derivado 111 del expediente digitalizado).

b. En cuanto a la congruencia, la Sala destaca que, en rigor, la fiduciaria demandada no disputa la prueba de los hechos, sino la plataforma fáctica que tuvo en cuenta la Superintendencia Financiera para deducir su

responsabilidad contractual. Para la recurrente, la cuestión es que su juez no paró mientes en los linderos que le impone el artículo 281 del CGP, principalmente el relativo a la causa.

Pero en este punto tampoco le asiste razón porque, amén de la dispensa que en casos de consumo prevé el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el fallo, en todo caso, sí es consonante con los hechos alegados en la demanda, la cual, sin duda, perfiló el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que la sociedad demandante le atribuyó a la institución financiera respecto de los recursos que, como inversionista, le entregó con fines de administración. A manera de ejemplo se destacan los hechos 7º (“...Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada”; pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), 8º (“... no se cumplía con las condiciones contractuales”, entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio; pg. 9, ib.) y 9º (“El incumplimiento y responsabilidad legal y contractual de la Fiduciaria se ve reflejada en el despliegue de las siguientes conductas ...”; pg. 10, ib.), que el juez de primer grado halló probados, como se aprecia en los numerales 1º, 2º y 3º de su decisión (pgs. 15, 16 y 21 del derivado 149 del expediente digitalizado).

Luego la sentencia sí respetó las fronteras que disciplina el principio de congruencia, máxime si se considera el deber que tienen los jueces de interpretar la demanda (CGP, art. 42, num. 5).

c. En lo que respecta a la responsabilidad civil contractual por ausencia de culpa e inexistencia de un daño “real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable” (pg. 11, archivo 08, cdno. Tribunal del expediente digitalizado), son útiles las siguiente reflexiones:

No se disputa que la sociedad demandante se vinculó con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. mediante el encargo fiduciario No.

0001100011098¹, que es un contrato inconfundible con la fiducia mercantil propiamente dicha, entre otras razones porque no hay transferencia de la propiedad ni formación de un patrimonio autónomo, aunque, por remisión que hace el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (art. 146, num. 1º), algunas de las disposiciones del Código de Comercio relativas a este último negocio jurídico son aplicables a aquel², como el deber de “[r]ealizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (num. 1º, art. 1234, ib.).

Sobre la diferencia entre la fiducia mercantil y el encargo fiduciario la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

“Ahora, previendo el artículo 29, numeral 1º, literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria no sólo pueden, en desarrollo de su objeto social, tener la ‘calidad de fiduciarios en los términos del artículo 1226 del Código de Comercio’, sino también celebrar ‘encargos fiduciarios’, esto pone de presente que no es lo mismo el contrato de fiducia mercantil y el encargo fiduciario, dado que el primero se caracteriza por la transferencia especial del dominio de los bienes especificados, en tanto que el segundo, amén de instrumentarse en las normas del mandato, 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

¹ Pg. 50 del derivado 00 del expediente digitalizado.

² También la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, Parte II, Título II, Capítulo I, 1.1.puntualiza que, “Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el art. 1226 y siguientes del C.Cio. Si no hay transferencia de la propiedad se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del C.Cio en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1 del art. 146 del EOSF.”

favor del fiduciario para la formación de un 'patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo'.³ (Se resalta)

El encargo fiduciario que las partes celebraron tenía como objeto la administración de los recursos entregados a la fiduciaria por el inversionista para ser transferidos al promotor, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento de, entre otros, los siguientes requisitos: “3) Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada 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 pre venta inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso. 6) Certificado de tradición actualizado del lote del 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.” (pg. 51, derivado 00 del expediente digitalizado).

En este punto cabe resaltar que, si bien el numeral 3º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prohibió que los encargos fiduciarios tengan por objeto la asunción de obligaciones de resultado y que las partes expresamente pactaron que “las obligaciones que asume la fiduciaria son de medio y no de resultado” y se limitan a “sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos” (cláusula 9ª, pg. 53, derivado 00 del expediente digitalizado), no lo es menos que a tales previsiones no se opone la existencia de puntuales deberes que la fiduciaria tiene que cumplir, como la de “colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor” (se subraya; num. 2º, cláusula 8ª, ib.), obligación que -en modo alguno- dependía de una gestión simplemente diligente y mucho menos del

³ Cas. Civ. Sentencia de 21 de noviembre de 2005. Exp. 11001310302019920313201.

azar, sino que, por el contrario, le imponía a la hoy demandada la tarea de verificar las exigencias en cuestión para poder ejecutar esa conducta.

Precisamente sobre la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“En el planteamiento clásico de la teoría se consideró que el criterio de distinción para establecer si se está en presencia de una u otra clase de obligaciones, luego de evaluar, obviamente, la voluntad de las partes, se encuentra en la aleatoriedad del resultado esperado. En ese sentido, se señaló que en las obligaciones de medio el azar o el acaso es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor, mientras que, por el contrario, **en las obligaciones de resultado lo contingente está presente en una mínima proporción, de manera que la conducta del obligado debe ser suficiente para obtener el logro esperado por el titular del derecho de crédito.**

En la actualidad, como un desarrollo de las ideas antes esbozadas y sin perjuicio de que se puedan considerar varios factores para adoptar la determinación respectiva (cfr. art. 5.1.5. de los Principios Unidroit), el criterio más aceptado para distinguir uno y otro tipo de obligación se encuentra en la incidencia que en el concepto de cumplimiento pueda tener el que con la conducta debida se realice el interés primario del acreedor, es decir, que éste efectivamente obtenga el resultado útil o la finalidad práctica que espera lograr. En algunas obligaciones, el deudor asume el compromiso de desarrollar una conducta determinada en favor del acreedor, con el propósito de satisfacer el resultado esperado por éste; no obstante, si tal resultado también depende de factores cuyo control es ajeno al comportamiento del deudor, v.gr. elementos aleatorios o contingentes, la obligación, en dichos eventos, es de medio o de medios, y el deudor cumple su compromiso si obra con la diligencia que corresponda, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor. **Por su parte, en otras obligaciones, las de resultado, el interés primario del titular del derecho crediticio sí se puede obtener con el comportamiento o conducta debida, toda vez que en ellas la presencia del componente aleatorio o de azar es exigua, y por ende, el deudor sí puede garantizar que el acreedor obtenga el resultado o logro concreto que constituye dicho interés primario.**⁴ (Se resalta)

⁴ Cas. Civ. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Rad. 20001-3103-005-2005-00025-01.

Por eso la doctrina ha puntualizado, sobre la naturaleza de las obligaciones asumidas por el fiduciario, que:

“Decir que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados (en la fiducia de administración, por ejemplo, las obligaciones que asume por lo general el fiduciario son de resultado). Además, a pesar de la aserción legal, existen dentro del elenco de obligaciones indelegables que enumera el legislador algunas de resultado como la rendición de cuentas periódicas de su gestión a los constituyentes; la obligación de llevar cuentas separadas de cada negocio o encargo fiduciario; la obligación de transferir los bienes fideicomitidos a quien corresponda conforme al contrato.”⁵

Desde esta perspectiva, si en la demanda se alegó que “(...) Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada” (pg. 6, derivado 00 del expediente digitalizado), puesto que, entre otros aspectos, pasó por alto que “(...) no se cumplía con las condiciones contractuales”, entre ellas las relacionadas con la verificación de los requisitos del punto de equilibrio (pg. 9, ib.), y si fue probado que dicha entidad -para la época de transferencia de los recursos- no corroboró, cotejó o confrontó el cumplimiento de los requisitos pactados en el encargo fiduciario⁶, particularmente las establecidas en los numerales 3º y 6º, dado que en el expediente no obra la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto, ni se confirmó 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, es posible, entonces, afirmar la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime si ya no se disputa, de

⁵ Ernesto Rengifo García. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, p. 158.

⁶ Condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí No. 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”. Archivo “2019-01-367640.000.AAE.pdf” del derivado 111 del expediente digitalizado.

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 revela el certificado de tradición y libertad del inmueble con matrícula No. 370-695292 (fl. 61 del derivado 00 del expediente digitalizado), y de la otra, que tampoco se constató lo relativo al punto de equilibrio establecido por el fideicomitente o partícipe, lo que era responsabilidad del fiduciario (audiencia min. 2:20:53).

Obviamente que la fiduciaria demandada no fungió como constructora, ni interventora del proyecto, y es claro que tampoco participó en la determinación del punto de equilibrio. Esos aspectos no se discuten. Lo relevante aquí es que, según el encargo fiduciario, suya era la obligación de poner “a disposición del promotor los recursos recaudados..., **una vez se acredite y verifique el cumplimiento**” de ciertos requisitos (se resalta; cláusulas 1ª y 8ª; fls. 51 y 53, del derivado 00 del expediente digitalizado). Luego no es posible sostener que no hay nexo causal entre la conducta censurada y el resultado dañoso.

Pero, además, es necesario resaltar que las sociedades fiduciarias, en materia de encargos, tienen una serie de deberes legales, según lo previsto en la ley 1328 de 2009, entre ellos el de “suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.” (art. 3º, lit. c), art. 3º), como también lo precisa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al señalar que “[l]as entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.” (num. 1º, art. 97). Por eso la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera (Circular Externa 007 de 1996, subrogada por la Circular Externa 029 de 2014), amén de reiterar que en este tipo de operaciones las sociedades fiduciarias están compelidas a cumplir, entre otros, los deberes de información, asesoría, protección de los bienes

fideicomitidos, lealtad y buena fe, y de “diligencia, profesionalidad y especialidad”⁷, puntualiza que ellas igualmente están obligadas a “[r]ealizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”⁸, así como a implementar procedimientos de control interno para verificar aspectos como:

- “- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones. (...)
- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término (...)
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”⁹

Y como en el proceso se probó que la fiduciaria omitió cumplir con su deber de informarle a la sociedad demandante, al momento de celebrar el encargo fiduciario, que los recursos depositados para esa fecha por los demás inversionistas ya se habían transferido a la promotora, lo que implicó, de paso, que la demandante desconociera los riesgos asociados a tal hecho, surge incontestable que, también por esta otra razón, debía deducirse la responsabilidad de la demandada.

No se olvide que la responsabilidad contractual aflora por la infracción de un negocio jurídico válido (hecho ilícito), de cuyas obligaciones se aparta voluntariamente el contratante imputado (culpa), quien al proceder de ese modo le genera una lesión al patrimonio del contratante cumplido o que estuvo presto a cumplir (daño), requisitos que, por lo señalado, se cumplieron en este caso sobre la base, claro está, de que “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” (C. de Co., art. 1243), y

⁷ Numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del capítulo I, Título II de la Parte II.

⁸ Numeral 5.2., Capítulo I, Título V.

⁹ Ib.

que el detrimento se configuró por la sola disposición irregular de los dineros depositados, que no debieron ser puestos a órdenes del promotor. Al fin y al cabo, se recuerda, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que 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.

d. Finalmente, frente a la protesta relativa al negocio asegurativo, es pacífico que Acción Sociedad Fiduciaria celebró un contrato de seguro con SBS Seguros Colombia S.A., que dio lugar a la póliza No. 1000099, en virtud del cual quedaron amparados los “actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas”; las pérdidas “fuera de los predios (tránsito)”, “por billetes falsificados” y por “falsificación de títulos-valores”; por “crimen por computador”; por “conmoción civil y daño malicioso”; por “extorsión”; por “extensión de terremoto para valores”; “cobertura para miembros de junta directiva”; por “extensión de falsificación”; “honorarios de abogados” y “responsabilidad civil profesional financiera” (pg. 73, derivado 028 del expediente digitalizado). Y tampoco se cuestiona la vigencia de dicha protección, entre el 30 de septiembre de 2017 y el mismo día y mes de 2018 (pg. 73, ib.).

La controversia se focaliza en la exclusión pactada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza, que prevé como tal “cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (...) (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas” (pg. 115, derivado 028 del expediente digitalizado).

Sin embargo, con independencia de su configuración, el tema resulta superfluo si se repara en que esa estipulación es ineficaz, pues contraviene

lo dispuesto en los artículos 44 de la ley 45 de 1990 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establecen como requisito de las pólizas que **“los amparos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza”**.

Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que tales disposiciones “son claras al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad. Al respecto, se ha aclarado que el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades.”¹⁰

Incluso, aunque se aceptara la postura según la cual es suficiente que las exclusiones comiencen en la primera página, pudiéndose completar en la siguiente, en este caso tales exclusiones principian en la página 5ª de las condiciones generales, por lo que no hay modo de otorgarles eficacia. Cualquiera otra postura constituye una abierta rebeldía contra el legislador, siendo claro que las normas jurídicas no se pueden entender o expresar a gusto del intérprete.

Luego erró la Superintendencia Financiera al descartar las súplicas del llamamiento en garantía, al amparo de una defensa que no podía prosperar, como la relativa a la configuración de alguna exclusión.

Las restantes excepciones que la aseguradora planteó tampoco pueden prosperar, por las siguientes razones:

(i). La de “Ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de acción sociedad fiduciaria”, soportada en que se ampararon “los actos profesionales incorrectos” (pg. 22, derivado 028 del

¹⁰ Cas. Civ. de 25 de octubre de 2017. Rad.: STC 17390-2017.

expediente digitalizado), sin que pueda endilgarse responsabilidad a la demandada por los hechos que fundamentan la demanda, amén de que no se evidencia un daño causado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., ni incumplimiento de sus deberes contractuales y legales, basta remitirse a los argumentos expresados en los párrafos anteriores, pues quedó claro que la fiduciaria sí desatendió sus obligaciones y le ocasionó un perjuicio a la hoy demandante.

(ii). La de “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 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, sustentada en los artículos 1079 y 1089 del Código de Comercio y en la sección 3ª de la póliza No. 1000099, cuyo límite asegurado es de \$15.000.000.000 en el agregado anual, es suficiente señalar que no se demostró la afectación -en esa sección, por responsabilidad civil profesional- de la póliza con el pago de siniestros en cuantía que supere dicho tope (Cfme: declaración de Nicolás Lozano; derivado 064).

Por similar razón fracasa la de “Agotamiento del valor asegurado”, pues la aseguradora, correspondiéndole la carga de probar (CGP, art. 167), no dio cuenta de esa consunción.

Finalmente, el alegato relativo a la “Aplicación del deducible a cargo del asegurado”, fincada en el artículo 1103 del Código de Comercio y en el numeral 4.14. de la póliza, en concordancia con el agregado anual de las condiciones especiales de la póliza (sección III), no se trata propiamente de una excepción puesto que no impide el reconocimiento del derecho al que se refieren las pretensiones. Por supuesto que debe repararse en él, pero eso es cosa distinta; y verificada la documentación, la Sala observa que, en efecto, la suma asegurada es de \$15.000.000.000, con un “deducible todo y cada reclamo” por \$150.000.000 (pg. 74, derivado 028 del expediente digitalizado), razón por la cual la aseguradora sólo debe indemnizar -o reembolsar- la suma de \$21.738.000, junto con los intereses moratorios comerciales causados sobre ese valor, si no se paga dentro del plazo otorgado en la sentencia impugnada. Los \$150.000.000 restantes serán

cubiertos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los réditos de ese linaje que se causen.

Tampoco es excepción reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, como en efecto se ha hecho.

2. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia en cuanto declaró responsable a la fiduciaria y le impuso ciertas condenas, pero se revocará la negativa frente al llamamiento en garantía.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º de la sentencia de 21 de diciembre de 2020, proferida por la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro de este proceso, y **revoca** el numeral 5º para, en su lugar, disponer:

QUINTO. Desestimar todas las excepciones propuestas por sociedad llamada en garantía, frente a la demanda y la convocatoria que se le hizo,

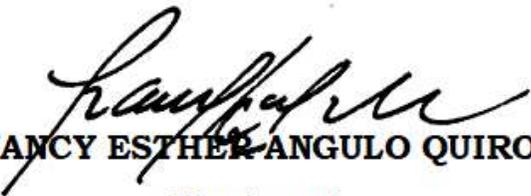
En consecuencia, se condena a SBS Seguros Colombia S.A. a pagar directamente a la demandante, o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hiciera el pago total de la condena que se le impuso, la suma de \$21.738.000,00, dentro del plazo fijado en la sentencia apelada, De no hacerlo, reconocerá intereses comerciales de mora sobre ese valor.

Condenar en costas del recurso a la parte apelante.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado



NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ
Magistrada



RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado

Con salvedad parcial de voto

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE
DE BOGOTA D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d97a93acf4f52045faf09235390a192a6bcde68df088765bc2096c7091bbeab6

Documento generado en 06/04/2021 08:57:56 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>