



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1º DE MARZO DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.

EL DOCUMENTO ESTÁ EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil/129>

SALA CIVIL

CLAUSULA ABUSIVA – NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN QUE SOPORTÓ LA EXCEPCIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DE PRIMERA INSTANCIA. PÁG. 2 –10

CLAUSULA ABUSIVA – NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN QUE SOPORTÓ LA EXCEPCIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DE PRIMERA INSTANCIA. PÁG. 10 –18

INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL CONTRATO DE SEGURO – ARTÍCULO 1061 DEL C. de Co –. PÁG. 18 - 22

SALA CIVIL

CLAUSULA ABUSIVA – NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN QUE SOPORTÓ LA EXCEPCIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DE PRIMERA INSTANCIA MP DR MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA RADICADO: 11001319900320181214 01

ANTECEDENTES

1. En la demanda subsanada, y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron declarar que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolverles la totalidad de los dineros que le entregaron, así: (i) \$670'164.072,00, suma que la primera dio por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 1100010256 de 12 de mayo de 2014, y (ii) \$424'127.252,00, capital erogado por la segunda con motivo del negocio jurídico de encargo fiduciario individual n.º 1100010245 de 13 siguiente, cifras que pidieron indexar junto con sus “intereses legales”, desde que fueron depositadas a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, la parte demandante sostuvo que a través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.os 2-081 y 2-080, respectivamente, del proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una “*única etapa*” en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos de esa ciudad, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S., como promotora, y la contraparte (Acción Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de los inversionistas vinculados al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); los días 12 y 13 de mayo de 2014, los demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.os 1100010256 y 1100010245 para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos, y “**una vez se cumplieran los requisitos de transferencia**”, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 2-080 y 2-081, sin que hasta la fecha se hayan suscrito las correspondientes escrituras de venta.

Agregaron que el 2[8] de marzo de 2014, tanto la aquí “accionada” como la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron los encargos fiduciarios individuales y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos al promotor, como lo hizo según consta en el **acta de verificación** de 4 de noviembre de 2014, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante; de suerte que como el que “*paga mal paga dos veces*”, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comento) y legal, los actores lo hicieron consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del

fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%**, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2014 que la accionada les remitió a través de su revisora fiscal, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827'383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031'332.726,00** (es decir, menos del **37%**);

c) Tampoco se les informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827'383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no podía superar los \$13.924'107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345'893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002'345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón.

Añadieron que el **28 de noviembre de 2016** las demandantes suscribieron **otrosíes** (n.o 47) “*generales reglamentarios*” “**mediante maniobras, engaños**” y “**dolo**” de su opositora, pues las sumas ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio- a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; que promotora y demandantes suscribieron las promesas de compraventa de los referidos locales; el extremo actor cumplió con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” las expresión: “**si es del caso**”, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Sostuvieron que en el parágrafo 1º de la cláusula primera de los otrosíes (a los encargos individuales) suscritos entre las aquí comprometidas el 28 de noviembre de 2016, estipulación que consideran **abusiva e ineficaz de pleno derecho** al tenor de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011, acordaron que “**las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato fiduciario originario firmado por las partes**” los días “**12 y 13 de mayo de 2014 y sus posteriores otrosíes**”, lo que en efecto firmaron bajo la convicción errada de que su opositora había verificado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos; agregaron que la respuesta de la demandada con motivo de su reclamación directa, constituye un indicio grave en su contra.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitados, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la

modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 29 de noviembre de 2016, desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, lo que no cumplieron a cabalidad los actores, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a los actores de las modificaciones a través de boletines; **f)** los demandantes no tienen los recursos consignados en sus encargos fiduciarios, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para los demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

A su turno, excepcionó “**transacción**”, “*cláusula compromisoria*”, “*no es contractualmente responsable*”, “*inexistencia del daño*” y de “*nexo causal*”, “*error en la identificación del contrato celebrado*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” y la “*genérica*”. Por último, objetó el juramento estimatorio.

La primera de las aludidas defensas (**transacción**, que fue la acogida por el *a quo*), la cimentó en el entendido de que la parte actora no podía desconocer el acuerdo al que también llegó con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (fideicomitente) y Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), lo que consta en los otrosíes a los contratos de encargo fiduciario individual n.os 1100010256 y 1100010245 suscritos el 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales se pactaron “**nuevas condiciones y términos objeto del encargo fiduciario, transaron y desistieron de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudo haberse dado en los contratos de encargo individual original**”, por lo que de acuerdo con el artículo 2469 del C.C., cualquier obligación derivada de una infracción comercial relacionada con el encargo fiduciario, “*se encuentra por completo*

extinta” “*bajo los efectos... de la cosa juzgada*”.

Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), Acción Fiduciaria llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.).

4. Intervención de la llamada en garantía. La referida aseguradora coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

4.1. “*Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria*”: “*improcedencia de los pretendido en virtud de la existencia de una **transacción***”; “*inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria 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 a responder por el actual de Marcas Mall S.A.S.*”; “*procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración*” y la “*genérica*”.

La primera defensa, que pidió acoger en sentencia anticipada (artículo 278 del CGP), soportada en que al existir “*una **transacción** como figura por medio de la cual se extinguen las obligaciones a la luz del código civil..., la demanda presentada... deriva en una clara intención de congestionar el sistema judicial..., dado que la misma carece de cualquier sustento fáctico y jurídico*”.

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: “*ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*”, “*ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro*”; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “*improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de*

responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, “*agotamiento del valor asegurado*”, “*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional*” y “*sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.*”.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la competencia del Tribunal se circunscribe al análisis de la sentencia anticipada apelada, en cuanto acogió la excepción de transacción propuesta por la sociedad demandada, defensa respecto de la cual se concedió y admitió la alzada.

El problema jurídico medular que le corresponde resolver en esta instancia al Tribunal, se concreta en determinar si la transacción que soporta la decisión recurrida constituye una cláusula eficaz o si, por el contrario, de acuerdo con las normas vigentes, y con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, es ineficaz de pleno derecho.

La Sala, una vez analizó los argumentos del juez *a quo*, los reparos concretos que acompañan el recurso de apelación y el material probatorio recaudado, concluye que dicha estipulación, amén de ser ineficaz de pleno derecho, es nula de nulidad absoluta, lo que conlleva a revocar el aludido fallo, con soporte en los argumentos que a continuación se exponen.

En la demanda subsanada, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a efectuar la devolución/restitución/reintegro total de los recursos depositados*”.

Como fundamento de tal pedimento, los libelistas relataron, en esencia, que con motivo del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio

autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali de 28 de marzo de 2014, los días 12 y 13 de mayo siguiente se vincularon como **inversionistas** con los locales n.os 2-081 y 2-080, respectivamente, al proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, a través de los encargos fiduciarios individuales n.os 1100010256 y 1100010245 que suscribieron con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (cesionaria contractual de Urbo Colombia S.A.S.) y Acción Fiduciaria S.A. (acá demandada); que de acuerdo con el numeral 2º de la cláusula 8ª de los referidos encargos individuales, la accionada debía colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados, “una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas promotor” MR-799 Marcas Mall de 17 de diciembre de 2013, cuya copia se les entregó; en su defecto, devolver los dineros a los inversionistas (numeral 6º).

Añadieron que de conformidad con la citada estipulación tercera (MR-799), Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., acordaron como “**condición** para la transferencia de los recursos”, las siguientes:

(i) constancia de radicación del permiso de ventas para cada etapa del proyecto; (ii) licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto; (iii) carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto; (iv) haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los *inversionistas* del proyecto que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (v) haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (vi) haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el *interventor* del mismo y por el *promotor*; (vii) que los encargos fiduciarios de los *inversionistas* cuenten, en suma, con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*, y (viii) certificado de tradición actualizado del terreno sobre el

cual se desarrollará el proyecto, en el que conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Fiduciaria S.A.

Las reseñadas condiciones también fueron plasmadas en la cláusula primera de los encargos fiduciarios individuales n.os 1100010256 y 1100010245, fundamento de esta acción.

Sin embargo, los dineros de los inversionistas fueron transferidos al promotor, sin que: (i) se encontrara la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría el proyecto, en cabeza de Acción Fiduciaria y (ii) los contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista superaran el acordado **52%**.

Aunado a lo anterior, reprocharon que su opositora, de un lado, suprimiera –sin informarles- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que para la transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los actores, y de otro, que no verificara el requisito obligatorio de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, con lo que la demandada faltó a sus “*deberes contractuales*” de “*información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión*” y “*de protección de los bienes fideicomitidos*”, al igual que los “**legales**” previstos en los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia prevén los artículos 1234 y 1239 del C. de Co., en claro desconocimiento de sus derechos como **beneficiarios**, cuya calidad, dicho sea de paso, no puso en duda la demandada.

Para fundamentar su medio exceptivo de transacción, la demandada invocó el párrafo primero de la cláusula primera de los otrosíes que ella como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall, junto con Marcas Mall S.A.S. (promotora) y Urbanizar S.A. (Gerente del Proyecto), suscribió con Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González el 28 de noviembre de 2016, según el cual: “*Las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier*

incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes” los días 12 y 13 de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”.

Pues bien, en el presente caso, la aludida transacción impone a la jurisdicción ordinaria asumir el conocimiento del asunto con un cuidado especial, por cuanto la endilgada desatención legal de los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia estipulan los artículos 1234 y siguientes del C. de Co., ciertamente conlleva a analizar el clausulado bajo la óptica *pro consumatore*²⁹, o favorable al consumidor (artículo 78 de la Constitución Nacional³⁰), si se tiene en cuenta que:

En primer lugar, tal como lo sostuvo el *a quo*, desde la suscripción de los encargos fiduciarios individuales n.os 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo de 2014, la demandada, en la **cláusula décima** que denominó “**manifestación especial**”, mostró que actuaba como “*simple administradora fiduciaria del proyecto*” y que quedaba eximida de “*cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente*” de su “*ejecución*”, lo que calificó como una cláusula abusiva que se oponía a los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Desde luego que la demandada tampoco desconoció que la redacción de ese clausulado era de su completa autoría.

La anterior redacción tampoco fue ajena a la cláusula primera (atinente al **objeto**) de los otrosíes de 28 de noviembre de 2016, a través de los cuales la pasiva invitaba a desistir de reclamar frente a “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario*” y, ello es medular, anunciaba que “*los recursos*” “**serán transferidos al PROMOTOR**”, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que “*la FIDUCIARIA entregará al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS de acuerdo con el avance de obra*”, cuando según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido lugar desde noviembre de 2014, sin que pueda obviarse que conforme al artículo 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley

1480 de 2011, toda convención que implique *“limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros”*, o limite los *“derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”* (lit. d), se considera abusiva, como en este caso, cuya estipulación no podía incluirse so pena de su ineficacia de “pleno derecho” (artículo 42 de la citada ley 1480), únicamente frente a quienes aquí son parte.

Desde esa perspectiva, a juicio de la Sala, el párrafo de la cláusula primera de los otrosíes suscritos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (fiduciaria), Marcas Mall S.A.S. (promotora), Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), y Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González (inversionistas) el 28 de noviembre de 2016, debe considerarse ineficaz, no solo porque no se probó, con las probanzas recaudadas, que *“las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario”*, en especial, lo atinente a los requisitos de transferencia de los recursos a la promotora, hubiesen sido debidamente informadas a los demandantes con antelación a la firma de la transacción, sino porque al impedirles reclamar *“cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario”*, se *“gener[ó] un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contra[jeron] las partes”*; además, porque *“incluida... en un contrato de contenido predispuesto [como acá], [dicha estipulación] establece, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”*.

De cara a lo primero, esto es, sobre la ausencia del deber de información hacia los actores, en su condición de consumidores financieros, previo a la firma de la transacción, de *“las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario”*, en especial, de los requisitos de punto de equilibrio para la transferencia

de los recursos al fideicomitente, no puede pasarse inadvertido que si a la demandante, la sociedad fiduciaria, cuya diligencia exigible *“no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público”*, les anuncia en los otrosíes de 28 de noviembre de 2016 que sus recursos **no han sido transferidos** al promotor cuando la realidad era otra, por más negocios similares que hubiere realizado el representante legal de la persona jurídica accionante, mas no su hermana, en verdad el consentimiento de aquellos como inversionistas se encontraría afectado, sin que la sociedad demandada hubiere acreditado que los actores sabían, antes de la referida calenda, de la transferencia de sus recursos, bien a la promotora, ora a un tercero como promitente vendedor de unos de los predios a construir, como para que aceptaran, sin reparo alguno, la eficacia de la aludida clausula transaccional.

Y es que:

*“... en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles,** sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas** a las que se*

tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/constructores/ desarrolladores [y **los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles**] y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio económico, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario” (se subraya y resalta).

En cuanto a lo segundo; es decir, en lo que concierne a la estipulación según la cual los signantes *“manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes”* los días 12 y 13 de mayo de 2014, *“y sus posteriores otrosíes”*, aunque en principio podría sostenerse, como lo hizo la primera instancia, que dicha cláusula deviene del libre juego de la autonomía privada, no puede obviarse que *“la concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado. Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (...) (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe”*.

Además, resulta de utilidad recordar que la sociedad accionada redactó en solitario el contenido de los otrosíes fustigados, sin

que sus oponentes, interesados en adquirir unos de los locales resultantes del proyecto de construcción, hubieren tenido oportunidad real o efectiva de discutir su contenido, al tratarse, se *itera*, de cláusulas predisuestas o prediseñadas de modo unilateral, en las que no hay espacio para su negociación individual.

La jurisprudencia ha destacado la posición de dominio que, en muchas ocasiones, ostentan las instituciones financieras y de la que, en algunos casos, se sirven *“para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”*, y que *“... en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de ‘las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas’, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”*.

Aplicadas las anteriores nociones al sub iudice, considera la Sala que la cláusula en virtud de la cual las partes *“manifiestan que transan y desisten de [reclamar] cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado...”* los días 12 y 13 de mayo de 2014, *“y sus posteriores otrosíes”*, debe percibirse como una manifestación abusiva derivada de la posición dominante que ostenta la sociedad fiduciaria en el contrato, pues la sitúa en una posición de privilegio frente a la adherente, en la medida en que se favorece de manera excesiva o desproporcionada su posición contractual, en desmedro de aquella que ostentan los inversionistas interesados en adquirir los

locales resultantes del desarrollo del proyecto de construcción.

Y es que dicha estipulación no podría considerarse eficaz, si se repara en que, en el presente asunto, precisamente lo que se discute es la desatención de los deberes que en el marco de los negocios fiduciarios descritos en el acápite de antecedentes, le competía honrar a la sociedad fiduciaria, en particular, el relativo a la transferencia de los recursos a la promotora, una vez se hubieren satisfecho las condiciones previstas para tal fin, de suerte que “negarle a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción la posibilidad de reclamarle a la sociedad fiduciaria..., implica provocar una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo de la sociedad fiduciaria, desnaturalizando así la inocultable teleología de los negocios fiduciarios en general y, en particular, de la fiducia inmobiliaria y, por contera, modificando lo dispuesto en los artículos 1226 y 1234 numeral 1° del Código de Comercio”

Ya la doctrina ha reconocido que “la estipulación en virtud de la cual [los] terceros adherentes manifiestan conocer y aceptar que la sociedad fiduciaria no es ni constructor ni gerente, ni interventor, ni promotor, ni participa de manera alguna en el desarrollo del proyecto de construcción, **ni verifica ni ejerce control sobre la destinación de los recursos entregados por ellos** y, en consecuencia, no es responsable ni puede serlo por la terminación, calidad o precio del bien que se determine en los contratos de vinculación, **ni tampoco por la administración, utilización y destinación de los recursos por parte del fideicomitente/ promotor/ constructor**, encuadra en lo que se ha señalado como caracterización de una cláusula abusiva, dada la notable y ventajosa desproporción, además injustificada, que genera a favor de las sociedades fiduciarias y en contra de los terceros adherentes” (se resalta).

Y como uno de los **deberes indelegables** de las sociedades fiduciarias, se concreta en “... prevenir, evaluar y mitigar los riesgos a los que quedaría expuesta la construcción del proyecto si se dieran por satisfechas o cumplidas, **sin estarlo**, las condiciones de las que depende el

denominado punto de equilibrio del proyecto”, no puede menos que concluirse que esa obligación ex lege no puede soslayarse por la sola inclusión de una cláusula, cualquiera que sea su arquetipo, transaccional en el sub lite, que exonere de responsabilidad a la sociedad fiduciaria, porque conforme al artículo 11, literales a) y d) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, “**se prohíben** las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (...) [y] d) cualquiera... que limite los derechos de los consumidores **financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato**, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”, lo que supone que cualquier estipulación en contrario, como la que se pactó en el presente asunto, debe reputarse, amén de abusiva, **absolutamente nula**, a voces de lo previsto en el numeral 1° del artículo 89945 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 6°46, 152347, 174148 y 1742 del Código Civil, aplicables al presente asunto por la remisión a que alude el precepto 822 del estatuto mercantil.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en punto a las cláusulas abusivas, ha precisado que:

“(…) [son] todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ, sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio ‘significativo’ (art. L-132-1, Code de la

consummation Francia; artículo 1469 bis *Codice Civile italiano*) ‘importante’ (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 - modificada por leyes 24/2001 y 39/2002-España), ‘manifiesto’ (Ley 14/7/91 Bélgica), ‘excesivo’ (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o ‘exagerado’ (C.D. del Consumidor del Brasil), ‘sustancial y no justificado’ (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las **‘que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos’**, en cuyo caso *‘[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza’*, no podrán incluirse por los

productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y *‘en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho’* (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular” (se resalta).

Puestas así las cosas, con fundamento en los anteriores argumentos, el fallo anticipado objeto de apelación se revocará y, en su lugar, se declarará nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido arguyó la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida; como consecuencia de ello, la actuación retornará al fallador de primer grado para que continúe el trámite procesal que corresponda y dirima el litigio mediante sentencia definitiva; esto es, previo agotamiento de las etapas procesales previstas en la ley. Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de alzada (artículo 365 del CGP).

**CLAUSULA ABUSIVA – NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN QUE SOPORTÓ LA
EXCEPCIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DE PRIMERA INSTANCIA
MP DR MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
RADICADO: 11001319900320181255 01**

ANTECEDENTES

1. En la subsanada demanda y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez pidieron que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Fiduciaria S.A. a devolverles a cada una la suma de \$255’645.000,00 que entregaron por virtud de los contratos de encargo fiduciario individual n.os 0001100010258 y 0001100010228 de 1º de mayo de 20141, que, en su orden, ambas suscribieron, cifra que pidieron indexar junto con sus “intereses legales”, desde que fue depositada a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, las actoras sostuvieron que a través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.os 1-069 y 1-068 del proyecto inmobiliario denominado

“*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, respectivamente, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una “*única etapa*” en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos Públicos de esa ciudad, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S., como promotora, y su contraparte (Acción Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de las inversionistas vinculadas al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali

S.A.S. (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); el día 1° de mayo de 2014, las demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.os 0001100010258 y 0001100010228 para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos, y “**una vez se cumplieran los requisitos de transferencia**”, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 1-069 y 1-068, sin que hasta la fecha se haya suscrito la correspondiente escritura pública de venta.

Añadieron que el 28 de marzo de 2014, la aquí “accionada” y la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron el encargo fiduciario individual y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos a la promotora, como lo hizo, según consta en el **acta de verificación de requisitos** de 4 de noviembre de 2014, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante, de suerte que como el que “*paga mal paga dos veces*”, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comento) y legal, la actora lo hizo consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%** de las ventas estimadas del proyecto, o de cada etapa del proyecto, si es del caso, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2017 que la accionada emitió con ocasión de una petición presentada por uno de los inversionistas, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827'383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031'332.726,00** (es decir, menos del **37%**), pues el punto de equilibrio correspondía al monto de \$131.576.293,017.;

c) Tampoco se le informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827'383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no debía superar los \$13.924'107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345'893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002'345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón Ramírez.

Añadieron que los días **18 y 22 de agosto de 2017** suscribieron **otrosíes** (n.o 4) “*generales reglamentarios*” a los contratos de encargos fiduciarios individuales n.os 0001100010258 y 0001100010228, respectivamente, “**mediante maniobras engañosas**” y

“**dolo**” de su opositora, pues las sumas que dieron por concepto de inversión ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio- a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; las actoras cumplieron con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” las expresión: “**si es del caso**”, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Sostuvieron que en el parágrafo 1° de la cláusula primera de los otrosíes (a los encargos individuales) suscritos entre las aquí comprometidas los días 18 y 22 de agosto de 2017 -estipulación que consideran **abusiva e ineficaz de pleno derecho** al tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011- acordaron que “**las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes el día [1° de mayo de 2014] y sus posteriores otrosíes**”, el que en efecto firmaron bajo la convicción errada de que su opositora había verificado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos; agregó que las respuestas de la demandada con motivo de sus reclamaciones directas, constituye un indicio grave en su contra, ya que transfirió los recursos sin la debida verificación de las condiciones.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitados, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de la propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación

del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 18 y 22 de agosto de 2017, desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a las actoras de las modificaciones a través de boletines; **f)** las demandantes no tienen los recursos consignados en su encargo fiduciario, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” – sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para las demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

Por tales razones excepcionó “**transacción**”, “**cláusula compromisoria**”, “**no es contractualmente responsable**”, “**inexistencia de daño**” y de “**nexo causal**”, “**error en la identificación del contrato celebrado**”, “**falta de legitimación en la causa por pasiva**” y la “**genérica**”. Por último, objetó el juramento estimatorio.

La primera de las aludidas defensas (**transacción**, que fue la acogida por el *a quo*), la cimentó en que la parte actora no podía desconocer el acuerdo al que también llegó con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (fideicomitente) y Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), lo que consta en los otrosíes a los contratos de encargo fiduciario individual n.os 0001100010258 y 0001100010228 suscritos los días 18 y 22 de agosto de 2017, a través de los cuales se pactaron “**nuevas condiciones y términos objeto del encargo fiduciario, transaron y desistieron de cualquier reclamo derivado del incumplimiento que pudo haberse dado en el contrato de encargo individual original**”, por lo que de acuerdo con el artículo 2469 del C.C., cualquier obligación derivada de una infracción negocial relacionada con el encargo fiduciario, “**se encuentra por completo extinta**” “**bajo los efectos... de la cosa juzgada**”.

Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), Acción Fiduciaria llamó en garantía a SBS

Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.).

4. Intervención de la llamada en garantía. La referida aseguradora coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

4.1. *“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria 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 a responder por el actuar de Marcas Mall Cali S.A.S.-”; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.*

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”, “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, “agotamiento del valor asegurado”, “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 328 del CGP y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la competencia del Tribunal se circunscribe al análisis de la sentencia anticipada apelada,

en cuanto acogió la excepción de transacción propuesta por la sociedad demandada, defensa respecto de la cual se concedió y admitió la alzada.

El problema jurídico medular que le corresponde resolver en esta instancia al Tribunal, se concreta en determinar si la transacción que soporta la decisión recurrida constituye una cláusula eficaz o si, por el contrario, de acuerdo con las normas vigentes, y con apoyo en la jurisprudencia y la doctrina, es ineficaz de pleno derecho.

La Sala, una vez analizó los argumentos del juez *a quo*, los reparos concretos que acompañan el recurso de apelación y el material probatorio recaudado hasta el momento, concluye que dicha estipulación, amén de ser ineficaz de pleno derecho, es nula de nulidad absoluta, lo que conlleva, en consecuencia, a revocar el aludido fallo, con soporte en los argumentos que a continuación se exponen.

En la demanda subsanada, Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez pidieron que *“por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a efectuar la devolución/restitución/reintegro total de los recursos depositados”.*

Como fundamento de tales pedimentos, las libelistas relataron, en esencia, que con motivo del contrato de fiducia mercantil fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, el día 1º de mayo de 2014 se vincularon como **inversionistas** con los locales n.os 1-069 y 1-068 al proyecto inmobiliario denominado *“Centro Comercial Marcas Mall Cali”*, a través de los encargos fiduciarios individuales n.os 0001100010258 y 0001100010228 que suscribieron con la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. (cesionaria contractual de Urbo Colombia S.A.S.) y Acción Fiduciaria S.A. (aquí demandada); que de acuerdo con el clausulado de los referidos encargos individuales, la accionada debía colocar a disposición de la promotora los recursos depositados junto con los rendimientos generados, *“una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del encargo fiduciario de preventas promotor”* MR-799 Marcas Mall de 17 de diciembre de 2013, cuya copia se les entregó; en su

defecto, devolver los dineros a los inversionistas.

Añadieron que de acuerdo con la citada estipulación tercera (MR-799), Urbo Colombia S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., acordaron como “**condici[ones]** para la transferencia de los recursos”, las siguientes:

(i) constancia de radicación del permiso de ventas para cada etapa del proyecto; (ii) licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto; (iii) carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto; (iv) haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los *inversionistas* del proyecto que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (v) haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al 52% de las ventas estimadas del proyecto; (vi) haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el *interventor* del mismo y por el *promotor*; (vii) que los encargos fiduciarios de los *inversionistas* cuenten, en suma, con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*, y (viii) certificado de tradición actualizado del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en el que conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Fiduciaria S.A.

Las reseñadas condiciones también fueron plasmadas en los encargos individuales n.os 0001100010258 y 0001100010228, fundamento de esta acción.

Sin embargo, los dineros de las inversionistas –acá demandantes- fueron transferidos al promotor, sin que: (i) se encontrara la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría el proyecto, en cabeza de Acción Fiduciaria y (ii) los contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista superaran el acordado 52%.

Aunado a lo anterior, reprocharon que su opositora, de un lado, suprimiera –sin informarles- la condición 7ª del encargo MR-799 atinente a que para la

transferencia de sus recursos a la promotora, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa, y de otro, que no verificara el requisito obligatorio de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, con lo que la demandada faltó a sus “*deberes contractuales*” de “*información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión*” y “*de protección de los bienes fideicomitados*”, al igual que los “**legales**” previstos en los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia prevén los artículos 1234 y siguientes del C. de Co., en claro desconocimiento de sus derechos como **beneficiarias**, cuya calidad, dicho sea de paso, no puso en duda la demandada.

Para fundamentar su medio exceptivo de transacción, la pasiva invocó los otrosíes que ella como vocera del fideicomiso MR-799 Marcas Mall, junto con Marcas Mall Cali S.A.S. (promotora) y Urbanizar S.A. (Gerente del Proyecto), suscribió con Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez los días 18 y 22 de agosto de 2017, respectivamente, en los que se hizo constar que: “*Las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes*” el día 1º de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”.

Pues bien, en el presente caso, la aludida transacción impone a la jurisdicción ordinaria asumir el conocimiento del asunto con un cuidado especial, por cuanto la endilgada desatención legal de los artículos 1618 a 1624 del C.C. y las normas que sobre fiducia estipulan los artículos 1234 y siguientes del C. de Co., ciertamente conlleva a analizar el clausulado bajo la óptica *pro consumatore*, o favorable al consumidor (artículo 78 de la Constitución Nacional), si se tiene en cuenta que:

En primer lugar, tal como lo sostuvo el *a quo* en un asunto de similares contornos (rad. n.º 201801214), desde la suscripción del encargo fiduciario individual, en este caso los identificados con los números 0001100010258 y 0001100010228 de 1º

de mayo de 2014, la demandada, en la **cláusula décima** que denominó “**manifestación especial**”, mostró que actuaba como “*simple administradora fiduciaria del proyecto*” y que quedaba eximida de “*cualquier responsabilidad derivada directa o indirectamente*” de su “*ejecución*”, lo que calificó como una cláusula abusiva que se oponía a los artículos 11 de la Ley 1328 de 2009 y 43 de la Ley 1480 de 2011. Desde luego que la demandada tampoco desconoció que la redacción de ese clausulado era de su completa autoría.

La anterior redacción tampoco fue ajena a la cláusula primera (atinenta al **objeto**) de los otrosíes de 18 y 22 de agosto de 2017, a través de la cual la pasiva invitaba a desistir de reclamar frente a “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario*”, sin que pueda obviarse que conforme al artículo 11, literal a) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, toda convención que implique “*limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros*”, o limite los “*derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero*” (lit. d), se considera abusiva, como en este caso, cuya estipulación no podía incluirse so pena de su ineficacia de “pleno derecho” (artículo 42 de la citada ley 1480), únicamente frente a quienes aquí son parte.

Desde esa perspectiva, a juicio de la Sala, el párrafo de la cláusula primera de los otrosíes suscritos por Acción Fiduciaria S.A. (fiduciaria), Marcas Mall S.A.S. (promotora), Urbanizar S.A. (gerente del proyecto), y Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez (inversionistas), los días 18 y 22 de agosto de 2017, respectivamente, debe considerarse ineficaz, no solo porque no se probó que “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, lo atinente a los requisitos de transferencia de los recursos a la promotora, hubiesen sido debidamente informadas a las demandantes con antelación a la firma de la transacción, sino porque al impedirles reclamar “*cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario*”, se

“gener[ó] un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contra[jeron] las partes”; además, porque “*incluida... en un contrato de contenido predispuesto [como acá], [dicha estipulación] establece, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual*”.

De cara a lo primero, esto es, sobre la ausencia del deber de información hacia las actoras, en su condición de consumidoras financieras, previo a la firma de la transacción, de “*las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario*”, en especial, de los requisitos de punto de equilibrio para la transferencia de los recursos al fideicomitente, no puede obviarse que si a las demandantes, la sociedad fiduciaria, cuya diligencia exigible “*no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el ahorro privado y en el que existe un interés público*”, les anuncia en los otrosíes de 18 y 22 de agosto de 2017 que sus recursos **no han sido transferidos** al promotor cuando la realidad era otra, por más negocios similares que hubieren celebrado –aunque más que ellas lo fue la sociedad *Calzatodo-*, en verdad el consentimiento de aquellas como inversionistas se encontraría afectado, sin que la sociedad demandada hubiere acreditado que las actoras sabían, sin lugar a equívocos), antes de la referida calenda, de la transferencia de sus recursos, bien a la promotora, ora a un tercero como promitente vendedor de unos de los predios a construir, como para que aceptaran, sin reparo alguno, la eficacia de la aludida cláusula transaccional.

Y es que:

“... en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/constructores/ desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/constructores/ desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles] y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio económico, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario” (se subraya y resalta).**

En cuanto a lo segundo; es decir, en lo que concierne a la estipulación según la cual los signantes “manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes” el día 1° de mayo de 2014, “y sus posteriores otrosíes”, aunque podría sostenerse, como lo hizo la primera instancia, que dicha cláusula deviene del libre juego de la autonomía privada, no puede obviarse que “la concepción moderna de la autonomía de la voluntad

privada supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, **lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares**, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado. Así, en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (...) (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) **En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y;** (v) **A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe”.**

Además, resulta de utilidad recordar que la sociedad accionada redactó en solitario el contenido de los otrosíes fustigados, sin que sus oponentes, interesadas en adquirir dos de los locales resultantes del proyecto de construcción, hubieren tenido oportunidad real o efectiva de discutir su contenido, al tratarse, se *itera*, de cláusulas predispuestas o prediseñadas de modo unilateral, en las que no hay espacio para su negociación individual.

La jurisprudencia ha destacado la posición de dominio que, en muchas ocasiones, ostentan las instituciones financieras y de la que, en algunos casos, se sirven “para imponer el contenido del contrato, en la determinación unilateral de su configuración y en la posterior administración de su ejecución”, y que “... en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de ‘las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas’, ejemplo prototípico de las cuales lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el

control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”.

Aplicadas las anteriores nociones al *sub judice*, considera la Sala que la cláusula en virtud de la cual la partes “*manifiestan que transan y desisten de [reclamar] cualquier incumplimiento surgido con ocasión del contrato de encargo fiduciario originario firmado...*” el día 1º de mayo de 2014, “*y sus posteriores otrosíes*”, debe considerarse como una manifestación abusiva derivada de la posición dominante que ostenta la sociedad fiduciaria en el contrato, pues la coloca en una posición de privilegio frente a las adherentes, en la medida en que se favorece de manera excesiva o desproporcionada su posición contractual, en desmedro de aquella que ostentan las inversionistas interesadas en adquirir los locales resultantes del desarrollo del proyecto de construcción.

Y es que dicha estipulación no podría considerarse eficaz, si se repara en que, en el presente asunto, precisamente lo que se discute es la desatención de los deberes que en el marco de los negocios fiduciarios descritos en el acápite de antecedentes, le competía honrar a la sociedad fiduciaria, en particular, el relativo a la transferencia de los recursos a la promotora, una vez se hubieren satisfecho las condiciones previstas para tal fin, de suerte que “negarle a los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción la posibilidad de reclamarle a la sociedad fiduciaria..., implica provocar una inequitativa y de paso inconsulta dilación en el cumplimiento del deber de prestación a cargo de la sociedad fiduciaria, desnaturalizando así la inocultable teleología de los negocios fiduciarios en general y, en particular, de la fiducia inmobiliaria y, por contera, modificando lo dispuesto en los artículos 1226 y 1234 numeral 1º del Código de Comercio”.

Ya la doctrina ha reconocido que “la estipulación en virtud de la cual [los] terceros adherentes manifiestan conocer y aceptar que la sociedad fiduciaria no es ni constructor ni gerente, ni interventor, ni

promotor, ni participa de manera alguna en el desarrollo del proyecto de construcción, **ni verifica ni ejerce control sobre la destinación de los recursos entregados por ellos** y, en consecuencia, no es responsable ni puede serlo por la terminación, calidad o precio del bien que se determine en los contratos de vinculación, **ni tampoco por la administración, utilización y destinación de los recursos por parte del fideicomitente/ promotor/ constructor**, encuadra en lo que se ha señalado como caracterización de una cláusula abusiva, dada la notable y ventajosa desproporción, además injustificada, que genera a favor de las sociedades fiduciarias y en contra de los terceros adherentes” (se resalta).

Y como uno de los **deberes indelegables** de las sociedades fiduciarias, se concreta en “... prevenir, evaluar y mitigar los riesgos a los que quedaría expuesta la construcción del proyecto si se dieran por satisfechas o cumplidas, **sin estarlo**, las condiciones de las que depende el denominado punto de equilibrio del proyecto”, no puede menos que concluirse que esa obligación *ex lege* no puede soslayarse por la sola inclusión de una cláusula, cualquiera que sea su arquetipo, transaccional en el *sub lite*, que exonere de responsabilidad a la sociedad fiduciaria, porque conforme al artículo 11, literales a) y d) de la Ley 1328 de 2009, en concordancia con el artículo 43 de la Ley 1480 de 2011, “**se prohíben** las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que: a) prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros (...) [y] d) cualquiera... que limite los derechos de los consumidores financieros **y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato**, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”, lo que supone que cualquier estipulación en contrario, como la que se pactó en el presente asunto, debe reputarse, amén de abusiva, **absolutamente nula**, a voces de lo previsto en el numeral 1º del artículo 899 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 6º, 1523, 1741 y 1742 del Código Civil, aplicables al presente asunto por la remisión a que alude el precepto 822 del estatuto mercantil.

La Sala de Casación Civil de la Corte

Suprema de Justicia, en punto a las cláusulas abusivas, ha precisado que:

“(…) [son] todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ, sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio ‘significativo’ (art. L-132-1, Code de la consommation Francia; artículo 1469 bis Codice Civile italiano) ‘importante’ (Directiva 93/13/93, CEE y Ley 7ª/1998 - modificada por leyes 24/2001 y 39/2002-España), ‘manifiesto’ (Ley 14/7/91 Bélgica), ‘excesivo’ (art. 51, ap. IV. Código de Defensa del Consumidor del Brasil; art. 3º Ley de contratos standard del 5743/1982 de Israel) o ‘exagerado’ (C.D. del Consumidor del Brasil), ‘sustancial y no justificado’ (Ley alemana del 19 de julio de 1996, adapta el AGB-Gesetz a la Directiva 93/13/93 CEE) en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una

parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las ‘que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos’, en cuyo caso ‘[p]ara establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza’, no podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y ‘en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho’ (artículos 42 y ss), y que igualmente las Leyes 142 de 1994 (artículos 131, 132 y 133) y 1328 de 2009 (D.O. 47.411, julio 15 de 2009, arts. 2o, 7o, 9o, 11 y 12), prohíben estipular” (se resalta).

Puestas así las cosas, con fundamento en los anteriores argumentos, el fallo anticipado objeto de apelación se revocará, y en su lugar, se declarará nula la transacción que soportó la excepción que en ese sentido invocó la demandada y en que se cimentó la sentencia recurrida; como consecuencia de ello, se regresará la actuación al fallador de primer grado para que continúe el trámite procesal que corresponda y dirima el litigio mediante sentencia definitiva; esto es, previo agotamiento de las etapas procesales previstas en la ley; sin condena en costas ante la prosperidad del recurso de alzada (artículo 365 del CGP).

**CLAUSULA ABUSIVA – NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN QUE SOPORTÓ LA
EXCEPCIÓN DE LA SENTENCIA ANTICIPADA DE PRIMERA INSTANCIA
MP DR MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
RADICADO: 1100131990032019025888 01**

ANTECEDENTES

1. La Asociación de Volqueteros de Toluviejo y Montes de María formuló acción de protección al consumidor contra la Previsora S.A. Compañía de Seguros, con el propósito de obtener el pago de \$800'000.000,00, como valor incorporado en la póliza n.º 1000257, más los intereses de mora causados sobre tal cifra, a la máxima tasa legal, desde que se hizo exigible la indemnización (1º de abril de

2019) y hasta que se verifique el desembolso.

Para justificar sus pretensiones, adujo, en síntesis, lo siguiente:

a) Adquirió una excavadora marca Hitachi, “modelo ZX350, año de fabricación 2007 y S/N FFOOASP92013A”.

b) Amparó la máquina a través de la “póliza de seguro de daños todo riesgo

contratista n.º 1000257” expedida por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, con vigencia de un año, “desde el 14 de diciembre de 2018 al 14 de diciembre de 2019”, y un valor asegurado de \$800.000.000,00.

c) La compañía de seguros no le informó las condiciones generales y particulares de la póliza, como era su deber hacerlo, por lo que soslayó su derecho a obtener información, en su condición de consumidor financiero; en particular, no le fueron advertidas las exclusiones ni las garantías, por lo que “se encontraba en imposibilidad absoluta de conocer y consentir el clausulado unilateral y convenientemente impuesto por la compañía de seguros”.

d) El 1º de abril de 2019 se configuró el siniestro, pues “cuando la excavadora [marca] Hitachi se encontraba operando sobre un espolón de la Isla Tierra Bomba, Cartagena, una de las rocas que le servía de apoyo cedió, haciendo que la maquinaria perdiera estabilidad; como consecuencia de ese hecho, la excavadora cayó hacia el espolón, desplomándose al mar”.

e) El 4 de ese mismo mes y año formuló la reclamación a la aseguradora, “exigiendo se procediera al pago de la indemnización por el total del valor asegurado (\$800.000.000,00 m/cte)”.

f) El 19 de junio siguiente la compañía de seguros objetó la reclamación, “basándose en un supuesto incumplimiento del condicionado de la póliza que, se reitera, no fue puesto en conocimiento [de la tomadora], ni antes, ni durante la celebración del contrato de seguro, pues la aseguradora incumplió su obligación de suministrar la totalidad de la póliza y de explicar todo el condicionado que se le pretendía exigir al asegurado”, al punto que no le preguntó si “estaba de acuerdo” con el mismo, de suerte que “se le impidió conocer y aceptar las cláusulas, particularmente, las referidas a las exclusiones y garantías que debía cumplir el asegurado”.

g) Con todo y que el contenido del contrato de seguro “no le es oponible por no haberse informado oportunamente”, lo cierto es que la objeción que enarbó la aseguradora carece de fundamento, por cuanto “nunca hubo agravación del estado del riesgo, pues

es evidente que el contrato de comodato sobre la maquinaria estaba destinado a la construcción de rompeolas y espolones de Tierra Bomba, situación que en nada cambiaba las condiciones pactadas con la aseguradora ni extendía el riesgo asegurado”.

2. Enterada del presente trámite, la demandada formuló las excepciones que denominó “nulidad relativa del contrato de seguro de daños No. 1000257 por declaración inexacta o reticente del estado del riesgo por parte de la Asociación de Volqueteros de Toluviejo y Montes de María”; “anulabilidad del contrato de seguro de daños No. 1000257 por incumplimiento de la garantía afirmativa pactada – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio”; “terminación del contrato de seguro por incumplimiento de la garantía de conducta – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio”; “excepción de contrato no cumplido – ausencia de obligación a cargo del asegurador ante el incumplimiento por parte del asegurado de las garantías pactadas”; “terminación del contrato de seguro contenido en la póliza No. 1000257 por falta de notificación de circunstancias constitutivas de agravación del estado del riesgo – aplicación del artículo 1.060 del Código de Comercio”; “ausencia de reclamación en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio - ausencia de mora – imposibilidad de causación de intereses moratorios hasta que ello acontezca”; “sujeción al principio indemnizatorio en el seguro de daños – tasación excesiva de la cuantía de la pérdida – infraseguro”; “inexistencia de conducta alguna violatoria de los derechos del consumidor por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros”: “incumplimiento de los deberes de autoprotección del consumidor financiero”; “sujeción a los términos, condiciones, límites, deducible y exclusiones del contrato de seguro”, y la genérica.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que

establecen los artículos 322 (numeral 3°), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC13242/2017 de agosto 30).

Analizados los argumentos de la impugnación, en concordancia con los elementos de juicio aportados a la actuación, la Sala es del criterio que la sentencia de primer grado debe confirmarse, por las siguientes razones:

La sentencia recurrida, al amparo del artículo 1061 del C. de Co., se fundó, en lo medular, en que la parte demandante incumplió la garantía de conducta que le imponía el contrato de seguro, inobservancia que le impide reclamar de su contraparte la indemnización a que hubiere lugar por la consumación del riesgo.

Pues bien, sobre las características de las garantías en los contratos de seguro, la jurisprudencia tiene dicho que: **(i)** están concebidas y definidas como una promesa en virtud de la cual el tomador se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho (art. 1061, C. de Co.); **(ii)** debe constar por escrito, bien en la póliza extendida por el asegurador, o en los documentos accesorios a ella (art. 1048, ib.); **(iii)** puede expresarse en cualquier forma que indique el propósito manifiesto, amén de fidedigno de otorgarla, de suerte que el lenguaje usado por los contratantes debe ser lo suficientemente claro y explícito, para deducir, atendida la naturaleza del riesgo, que determinada declaración del asegurado, o conducta futura (positiva o negativa), ha sido dada o asumida en forma inequívoca, como garantía a favor del asegurador; **(iv)** puede ser sustancial o insustancial respecto del riesgo asegurado, dependiendo de los términos en que haya sido acordada por las partes; **(v)** sea o no sustancial al riesgo, debe tener o guardar –alguna- relación con el riesgo, “así sea moderada o sutilmente”; **(vi)** debe cumplirse estrictamente; en efecto, sea o no sustancial al riesgo, ha de ser objeto de cumplimiento estricto, pues el no cumplimiento de la garantía, aunque no sea sustancial al riesgo, significa terminación del contrato, por constituir infracción de las obligaciones o cargas que él origina”

En el presente asunto, en la póliza n.º 1000257 de 14 de diciembre de 2018, que las partes suscribieron con miras a asegurar la excavadora marca Hitachi de propiedad de la demandante, se pactó, en el capítulo denominado “garantías”, “que el asegurado se obliga a cumplir las siguientes (...): las maquinarias deben ser operadas por personal idóneo empleado del asegurado mediante contrato de trabajo. El incumplimiento de garantías produce la terminación automática del contrato de seguros, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio colombiano”.

A juicio de la Sala, la condición de la póliza sub examine no resulta contraria al postulado de la buena fe, ni al justo equilibrio negocial como para considerarla abusiva, en los términos planteados por el recurrente, no solo porque se redactó en términos claros y con el propósito inequívoco de obligar al tomador a adoptar un deber de conducta frente al asegurador, sino porque es ostensible su relación con el riesgo.

En verdad, según aseveró Fabio Alberto Díaz, subgerente técnico de La Previsora Compañía de Seguros, dicha garantía tiene como fin conjurar la “alta siniestralidad” que conlleva el arriendo de ese tipo de maquinaria a terceros, quienes, en ausencia de una relación de índole laboral con el propietario de la cosa, no emplearán un uso cuidadoso y precavido en su manipulación, por eso “(...) hay una condición particular dentro de la póliza, que es que la máquina debe ser operada por un empleado del asegurado mediante contrato de trabajo, y esa es la forma mediante la cual [se] minimiza el riesgo”, tan así que, en palabras del mismo deponente, la imposibilidad de cumplimiento de dicha cláusula por parte del tomador acarrea la no expedición de la póliza.

En ese mismo sentido se pronunció el representante legal de la actora, al señalar que este tipo de productos exige la inclusión de una garantía de ese tenor, dado que “... las máquinas que son operadas por terceros o bajo contrato de arriendo son las que más presentan siniestros ante la falta de un doliente que vele por preservar el riesgo[,] situación que nos lleva a exigir a nuestros asegurados, que las máquinas aseguradas por La Previsora S.A. Compañía de Seguros en nuestra jurisdicción sean operadas por personal

propio del asegurado, mediante contrato de trabajo[,] generando sentido de pertenencia y responsabilidad con el patrono/asegurado[,] preservando el patrimonio que le fue encomendado para desarrollar su trabajo”.

Por lo demás, dicha estipulación, inserta junto con las condiciones particulares del contrato de seguro, no fue desconocida por la asociación tomadora; por el contrario, fue ampliamente distinguida por su representante legal, Allan David Peñate Peña, quien no solo manifestó que la póliza le fue remitida a través de correo electrónico, sino que la leyó en su integridad y no le generó ningún tipo de inquietud; es más, en desarrollo de la audiencia evacuada el 1° de septiembre de 2020, reconoció que los tres folios que allí se le exhibieron, dentro de los cuales se encuentran las garantías, coinciden con aquellos que le fueron remitidos vía correo electrónico, de tal suerte que, contrario a lo que se afirmó en la demanda, su contraparte no incurrió en la falta al deber de información que se le endilgó, en tanto, no sobra reiterarlo, la parte demandante no desconocía la existencia de las condiciones particulares del seguro contratado y, en especial, las garantías a las que se obligó frente al asegurador.

Sin que pueda obviarse que según el artículo 6° de la Ley 1328 de 2009, el consumidor financiero tiene deberes tales como **“informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio...”**; **“observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros; y revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos”**, entre otros.

Tales deberes, en el presente asunto, subían de nivel, si se considera que, según lo precisó el señor Peñate Peña: *(i)* la máquina se adquirió para ser “alquilada” y *(ii)* el señor Pedro Valencia Paternina, quien la operaba para el momento en que irrumpió el riesgo, no tenía ningún vínculo contractual ni laboral con la asociación, de

lo que se sigue que si tuvo conocimiento de la información relevante, y en especial, del acápite de “garantías”, no le era dable desconocer que cualquier evento siniestral ocasionado en desarrollo de los convenios de “alquiler” de la máquina, no estaría amparado por el seguro.

Dicha cláusula, vale decir, la de *garantía*, siendo como lo es una estipulación válida y, por ende, eficaz, se tornaba vinculante para los efectos de la anulabilidad de la relación negocial que, con fundamento en el artículo 1061 del C. de Co., invocó oportunamente la compañía aseguradora, a manera de excepción perentoria.

En efecto, en el proceso quedó demostrado que la garantía prevista en el negocio jurídico de seguro fue desatendida por el asegurado, porque el 1° de noviembre de 2018 (1 mes y 12 días antes de la adquisición del seguro) la demandante celebró un contrato de comodato con JJ Materiales, cuyo objeto era la entrega de la “excavadora... marca Hitachi ZX350LC-3, modelo 2007, con serie N° FF00ASP920131”, la cual “se destinará exclusivamente para cumplir con la actividad de construcción de rompeolas y espolones [en] el municipio de Tierra Bomba – Cartagena, en virtud del contrato que existe con RAHS Ingeniería S.A.S.”, sociedad esta última que el 13 de ese mismo mes y año obtuvo el “alquiler” de la máquina para ser destinada a la obra “123 - espolones Tierra Bomba”, en desarrollo de la cual ocurrió precisamente el siniestro, pues según da cuenta la documental acopiada, el 1° de abril de 2019, cuando el señor Pedro Nel Valencia Paternina, empleado de esa compañía, se encontraba operando la máquina sobre un espolón costero, cayó al mar al ceder “unas de las rocas que le servían de apoyo”.

Tampoco son de recibo los reparos según los cuales, “la sentencia de primera instancia desconoció los medios de prueba... que evidenciaron que se mantuvo inalterable el estado del riesgo y que además existió una declaración veraz del riesgo por el asegurado”, así como que “no existió un aumento del mismo”, puesto que el artículo 1061 del C. de Co. no condiciona la configuración del incumplimiento de la garantía al incremento en la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Sobre el

particular, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria explicó:

“(…) el artículo 1061 del C. de Co., a manera de plus, no exige que inexorablemente deba existir una íntima, estrecha e indisoluble relación –o comunión- con el riesgo, concretamente en lo tocante con el *incremento en la probabilidad de realización del mismo*, toda vez que es una cautela que, de *jure condito*, no demandó la norma en estudio, constituyéndose en un aditamento de origen extra-legislativo, por respetable y loable que sea.

Ya se expresó, abundando en razones, que incluso la garantía insustancial frente al riesgo asegurado debe ser cumplida en forma estricta -interpretación avalada por los antecedentes del precepto en cuestión-, luego, si el tomador o asegurado, según el caso, se abstienen de

realizar el débito prestacional al que se encuentran obligados en virtud de la garantía otorgada –o lo realizan incorrectamente-, habrán incumplido –en principio- la *lex contractus*, por manera que tal conducta, inicialmente reprobable, facultará al asegurador para pedir la anulación del contrato o su terminación, según fuere el caso, sin que sea necesario para configurar la anunciada inejecución negocial, que ésta se traduzca inequívoca e invariablemente, es decir en todos y cada uno de los casos, en un perceptible aumento en la posibilidad de realización del riesgo asegurado”.

Además, el cumplimiento de la garantía es asunto que compete a la parte asegurada, mas no al asegurador, de ahí que el argumento según el cual este último no realizó la inspección de la máquina a fin de comprobar quién la operaba, se torne intrascendente. Además, la violación de una cláusula de garantía presupone “el solo hecho de la infracción, sin parar mientes en la buena o mala fe con que hubiere obrado el asegurado, en la medida que su examen y procedencia es objetiva”. Con todo, de haberse llevado a cabo la inspección, la conclusión no sería otra, porque según lo aseguró el testigo Fabio Alberto Díaz, la misma únicamente versa sobre los aspectos físicos y mecánicos de la excavadora.

Y es que, según lo puso de presente el aludido declarante, no fue necesaria la *inspección*, porque entre las partes de este

litigio ya se había expedido una póliza para la que previamente ello había tenido lugar, la que fue posteriormente “revocada” por mora en el pago de la prima, y ante la solicitud de expedición de una nueva, no había transcurrido un lapso tal que hiciera imprescindible repetirla.

En este punto es bueno recordar que la *garantía*, sea o no sustancial al riesgo, debe ser cumplida estrictamente; además, el incumplimiento de la *garantía* no está supeditado al incremento en la probabilidad de ocurrencia del siniestro, como lo sugiere el recurrente, quien ata la inobservancia de ese deber de conducta a la falta de inspección de la máquina por parte del asegurador.

Ahora bien, aunque la primera instancia acertó en dar aplicación al artículo 1061 del C. de Co., por incumplimiento de la garantía prevista en el contrato de seguro, no así al derivar la consecuencia que dicha situación aparejaba, pues al versar el incumplimiento sobre hechos anteriores y concomitantes a la celebración del contrato, no era la terminación, sino la nulidad

relativa la figura que se imponía reconocer, al ser tales hechos determinantes para el asentimiento del asegurador, en los términos del evocado precepto, en concordancia con la jurisprudencia ya descrita; de suerte que ha debido acogerse la excepción segunda principal, mas no la subsidiaria, titulada “anulabilidad del contrato de seguro de daños n.º 1000257, por incumplimiento de la garantía afirmativa pactada – aplicación del artículo 1.061 del Código de Comercio-”, razón por la cual se modificará la sentencia recurrida en ese aspecto; en lo demás, permanecerá incólume.