
Señor
DELEGADO PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
jurisdiccionales@superfinanciera.gov.co
E.S. D.

Radicación: 2023089527-005-000
Expediente: 2023-3979
Demandante: ANDRÉS MAURICIO AGUDELO CEBALLOS Y OTRO
Demandados: CREDICORP CAPITAL FIDUCIARIA S.A. Y OTRO
ASUNTO: REPAROS A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

GABRIEL MEDINA S., en mi calidad de apoderado de la parte demandante, y, con fundamento en el Arts. 322-3 del CGP y 12 de la ley 2213 de 2022 me permito presentar los reparos concretos a la sentencia proferida por escrito por esa judicatura el día 04 de diciembre de 2024, en los siguientes términos.

Para mayor claridad del Despacho los reparos se presentarán en dos capítulos, así (i) REPAROS A LA SENTENCIA RESPECTO DE LA FIDUCIARIA Y SUS MEDIOS DE DEFENSA. y (ii) REPAROS A LA SENTENCIA RESPECTO DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTIA.

I. REPAROS A LA SENTENCIA RESPECTO DE LA FIDUCIARIA Y SUS MEDIOS DE DEFENSA

1. FALTA DE REQUISITOS DE LA DEMANDA EN FORMA- FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA:

El presupuesto del *Aquo* bajo el cual considero acreditada la legitimación por activa carece de fundamento para el porcentaje mayoritario de quienes demandaron por esta cuerda y en nueve (9) casos en particular además de acreditar un interés completamente especulativo, ni siquiera acreditaron pago de suma alguna a la fiduciaria demandada y mucho menos una relación contractual. Es más, para el caso de aquellos que se aproximaron como cesionarios, ni siquiera acreditaron la cesión de la promesa de compraventa que ya tenían suscrita sus cedentes.

Pero es que además, en un caso en particular, uno de los demandantes, confesó la existencia de un hecho que cuando menos debió calificarse como irregular ya que confesó que para ayudar a su hermana, falsamente se hizo pasar por cesionario, sin acreditar pago alguno a la fiduciaria, pero con el interés de engañar al Estado y permitir que ella accediera a un subsidio de vivienda al que no tendría derecho por ese camino. ¿Existe una relación de consumo cuando existe un “eventual” hecho punible? Lo debe determinar la autoridad de instancia a la que se dirige este recurso.

2. INEXISTENCIA DE RELACION DE CONSUMO CON CIERTOS DEMANDANTES - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL

Motivo de inconformidad corresponde a la forma en que el *Aquo*, en su afán por ofrecer a los demandantes conjunto de garantías muy superiores a las que ocurrirán frente a controversias contractuales privadas como las presentes, decide consignar a ultranza que existiendo norma especial, como lo es la ley 1328 de 2009 (Consumidor Financiero) frente a la 1480 de 2011 (Estatuto del Consumidor), debe prevalecer la

primera de ella señalando que cualquier persona natural o jurídica simplemente es cliente de la entidad financiera, sin considerar lo que la propia sentencia de la Corte Constitucional citada en la misma sentencia que pone de presente el señor Delegado en su providencia y que fue por él tomado como parámetro en decisiones de nuestro honorable Tribunal Superior de Bogotá, al reformar providencias que permitieron tramitar bajo el proceso de acciones de consumidor financiero, controversias que son ajenas completamente a este garantista escenario, porque a él concurrieron quienes lejos de ser consumidores financieros ejecutan sus actividades empresariales o mercantiles. En efecto la sentencia citada por el despacho, esto es la Sentencia C 909 de 2012, se demanda no solamente la existencia de un producto final, sino que debe orientarse a establecer la existencia de una **relación de consumo**, esto es, la satisfacción de una **necesidad personal, familiar y no empresarial (Art 5 -3 LEY 1480 DE 2011)**.

Es decir, aunque sea más flexible el concepto de consumir financiero, que el concepto de consumidor introducido por la Ley 1480 de 2011, es necesario que el accionante se trate de una persona natural o jurídica que adquiera un producto final, al que pretendió acceder **para satisfacer necesidades propias o familiares alejadas de aspectos empresariales o meramente mercantiles**, como en efecto quedo demostrado para cierto grupo de demandantes.

3. CONFUSA CALIFICACIÓN SOBRE EL PRODUCTO O TIPO DE CONTRATO FIDUCIARIO DEL QUE SE DEBE OCUPAR EL PROCESO:

La sentencia es la errática y confusa por que presenta una mezcla de tipos de contratos de fiducia de administración inmobiliaria, para los cuales (con fines de supervisión), la Superintendencia Financiera de Colombia se ha ocupado de señalar sus propias características, clases y además exigencias respecto del actuar fiduciario.

Así encontramos que el supervisor, solamente para fines de su actividad de supervisión, introdujo algunas tipologías de negocios fiduciarios y de ellos quiso establecer algunas particularidades del servicio fiduciario, abrió un concepto de fiducia inmobiliaria y de ella se ocupó de precisar que particularidades del servicio que la fiduciaria presta para cada una de las etapas: (i) preventas: tiene ocurrencia mientras se cuenta con la radicación de permiso de ventas, después que el constructor tiene el permiso del estado para comercializar viviendas está facultado para recibir directamente recursos y el esquema fiduciario cumple otra finalidad, que corresponde a definir la forma de administración y canalización de recursos destinados a un proceso constructivo completamente a cargo del FIDEICOMITENTE CONSTRUCTOR (ii) contrato de administración inmobiliaria y (iii) contrato fiduciario en el que se emiten y comercializan participaciones inmobiliarias: producto fiduciario asociado a la circulación de las participaciones fiduciarias como mecanismo para acceder al proyecto.

El *Aquo* transita por todas estas tipologías sin distinguir que cada una de ellas tiene su propias instrucciones y regulación; peor además que lo que describió como supuestas omisiones o actos de falta de diligencia del fiduciario, en realidad corresponden por ejemplo a negocios fiduciarios de otro orden, como lo son la comercialización de participaciones fiduciarias, esquema fiduciario sustancialmente diferente al fideicomiso inmobiliario propiamente dicho, inclusive de aquél que se ha denominado preventas.

4. INDEBIDA APLICACION DE LA NORMA SUSTANCIAL

Además de las imprecisiones técnicas que trae la decisión respecto de la tipología de productos fiduciarios, la sentencia realiza una mezcolanza de disposiciones regulatorias, que las mismas entraron en vigor legal en épocas distintas, siendo de aplicación para el caso que nos ocupa la **Circular Externa 046 de 2008 y no la Circular externa 024 de 2016**, la que entró en vigencia para el mes de febrero de 2017.

Mencionar a manera de ejemplo simplemente las siguientes citas que presenta la sentencia, ilustran este motivo de inconformidad, pero es que además en tales indicaciones normativas que no corresponden a

la norma que debe regir el análisis del presente caso, con ellas determinó que mi representada incumplió su deber de diligencia. Veamos, señala en la página 34 primer párrafo primero:

(...)

Y (vi) que se obtenga la suficiencia de las fuentes de financiación para cumplir el proyecto “este texto es ajeno a la norma que aplica al presente caso.

Página 44 párrafo 3:

“ Y es que no se allegó al plenario, para dicha fecha el debido estudio para establecer de dónde saldrían los recursos al servicio de la deuda, esto dado que conforme lo señala la Circular 024 de 2016, indicó “ ... instrucciones en materia de negocios fiduciarios a través de los cuales se comercializan participaciones fiduciarias, requisitos mínimos para los contratos de fiducia inmobiliaria y rendición de cuentas”, y exigía que “..... 3.4.7.3.4. Sui se prevé la adquisición de crédito para la financiación del proyecto, los mecanismos destinados a su pago y los riesgos de impago de dichas obligaciones. “ (.....) “como si esta instrucción del supervisor que solo aplica para el producto fiduciario en el que se comercializan participaciones fiduciarias, aplicara para el caso que ocupa a este proceso, pero es que además entro en vigor dos (2) años después de la fecha en que se firmó el contrato FAI ANDALUCIA.

Cita carente de fundamento de verdad, porque no hace parte de la norma que regula estas instrucciones y que es la que aplica para la época de firma del contrato fiduciario del que se ocupa este proceso (Circular Externa 046 de 2008).

Respecto de esta misma temática, por ejemplo, al analizar los créditos que fueron gestionados por el Fideicomitente para la construcción del proyecto, también derivo responsabilidad a la sociedad fiduciaria de manera antitécnica, primeramente, por que nuevamente cita una obligación a cargo de la fiduciaria, pero con fundamento en un producto diferente al de fiducia inmobiliaria. Y es que al parecer el Juez de primera instancia no distingue entre la fiduciaria inmobiliaria propiamente dicha y aquel producto que mereció un esquema regulatorio diferente por parte del supervisor, por ello la expedición de la circular externa 024 de 2016, donde se ocupó de impartir instrucciones para cuando se contemple la emisión de participaciones fiduciarias, producto fiduciario completamente diferente del que nos ocupa en este proceso. Estos yerros derrumban completamente cualquier conclusión caprichosa o antojadiza asumida por la sentencia que es motivo de ataque.

5 .- INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y ALCANCE AL DEBER DE DILIGENCIA DE LOS FIDUCIARIOS.

También es motivo de inconformidad el análisis realizado por la primera instancia respecto del cumplimiento del deber de diligencia del fiduciario, ya que la sentencia se apartó por completo de la definición de **“deber de diligencia”** que estableció la propio Circular Básica Jurídica 046 de 2008; y simplemente decidió darle su propio alcance y definición. Lo anterior le permitió al Juez de primera instancia salirse de la fijación del litigio y a través de su propio racero, y bajo sus propias y caprichosas teorías probatorias tendientes a demostrar y acreditar la capacidad técnica, administrativa, financiera del constructor, pues ningún medio de prueba allegado le fue de recibo, pero sin duda no pudo refutar la experiencia y capacidad del constructor en este proyecto, verdad procesal completamente establecida.

El deber de diligencia es definido por la regulación citada así:

“v) Deber de diligencia, profesionalidad y especialidad. *En su actuar, las sociedades fiduciarias deberán tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión, emplearlos para adoptar las medidas tendientes a la mejor ejecución del negocio y prever circunstancias que puedan afectar su ejecución. En este sentido deberán abstenerse de realizar negocios fiduciarios en los cuales no tengan la adecuada experiencia para llevarlos a cabo o no cuenten con los recursos físicos, tecnológicos y humanos necesarios para el desarrollo de tales negocios.”*

Evidentemente no existe cuestionamiento alguno sobre el cumplimiento de este deber de diligencia respecto de mi mandante, pues no se cuestionó en la decisión que la fiduciaria para prestar lo que corresponde a su objeto, es decir, el servicio fiduciario careciera de experiencia, pero tampoco se dio aplicación a las instrucciones que la propia circular básica jurídica emitida por la super financiera imparte en relación con la forma como deben interpretarse los contratos fiduciarios

“ 2.2.2 Interpretación Los negocios fiduciarios se interpretarán teniendo en cuenta los principios previstos en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil y tomando todas las manifestaciones de voluntad proferidas por las partes, sea que consten en un mismo documento o en varios, tales como la oferta, la aceptación de la oferta, las instrucciones generales, la aceptación de las mismas y cualquier acto similar. Cada una de las partes en los negocios fiduciarios deberá recibir copia del contrato, así como de los demás actos y documentos que lo integren y complementen.”

El Juez de primera instancia decidió trasladar al Fiduciario la responsabilidad que en Colombia solo compete a los Municipios, y es la vigilancia y control de la actividad de construcción y comercialización de vivienda. Pero olvidó el Juez también, que inclusive para la radicación del permiso de ventas, el constructor no tiene la obligación de acreditar su Registro Único de Proponentes, sin embargo, lo quiso imponer en su sentencia, pero a cargo de la sociedad Fiduciaria endilgándole unos deberes que no solo no son contractuales, sino que tampoco la Ley se los asigna. En conclusión, la sentencia contine una responsabilidad objetiva a cargo del Fiduciario, superior inclusive a la que el propio Estado asume.

6.- DE LA METODOLOGÍA ADOPTADA PARA DETERMINAR ILIQUIDEZ DEL CONSTRUCTOR:

El reparo se centra a la “*metodología*” que decidió adoptar el Juez de instancia, fungiendo como una especie de perito técnico, y bajo sus propios análisis introdujo al proceso una especie de indicador de liquidez tomando datos de la declaración de renta y de los estados financieros, incurriendo en el primero y más grande error que corresponde a pretender mezclar información fiscal, con información contable, para llegar a concluir que existía iliquidez en la sociedad fideicomitente y bajo este sendero imputar responsable a la fiduciaria. El delegado, abogado de formación, decidió introducir al proceso, de su propia cosecha, una especie de opinión técnico-financiera respecto del indicador de iliquidez que no tiene sustento ni metodología alguna de cálculo.

No es un secreto que el análisis financiero es una herramienta muy importante para determinar la solvencia de una empresa, pero esa actividad demanda no solamente conocimientos técnico representativos y especializados, sino que se debe realizar en forma sistemática de manera que determinar la liquidez y solvencia de la empresa, medir su actividad operativa, la eficiencia en la utilización de los activos, su capacidad de endeudamiento y de cancelación de las obligaciones contraídas, sus utilidades, las inversiones requeridas, su rendimiento y rentabilidad. Es decir no pueden simplemente utilizarse cifras mezcladas por demás con depuraciones fiscales y contables, sin consistencia alguna y descontextualizadas del comportamiento de la empresa y su entorno, pero también desconociendo fuentes de ingresos que pueden encontrarse invisibles en estados financieros pero que constituyen fuentes probables, como lo son los ingresos provenientes de los beneficios tributarios que desde la concepción del contrato fiduciario FAI ANDALUCIA se previó correspondientes a las que otorga legítimamente la Ley para proyectos de vivienda de interés social.

Sobre la metodología propia y subjetiva adoptada por el Juez de instancia en su análisis, sería suficiente mencionar adicionalmente los siguientes aspectos para que sus conclusiones “técnico- financieras” pierdan fundamento:

- No podemos tomar las ventas del proyecto para calcular indicadores de liquidez, teniendo en cuenta que:

- El patrimonio y las ventas están más relacionados con la rentabilidad y eficiencia del uso de capital, una empresa puede tener un alto nivel de ventas y patrimonio, pero si no tiene suficiente efectivo o activos líquidos, puede tener problemas para pagar sus deudas del corto plazo.
- El patrimonio incluye rubros que no son necesariamente líquidos
- Estaríamos comparando las ventas de un proyecto, que son un ingreso futuro que comprende diferentes periodos de tiempo (más de un año) con el patrimonio a una fecha específica, el cual puede también cambiar en cualquier momento del desarrollo del proyecto.
- En el análisis financiero, existen indicadores más apropiados para medir la liquidez de una compañía como la razón corriente.
- Las ventas de un proyecto incluyen rubros como la utilidad del constructor, lo cual, no tendría sentido financiero que se busque una garantía dentro de los estados financieros para cubrirlo.
- No es correcto decir que el activo corriente es de 3.048.779.304, ni tampoco relacionarlo con las ventas del proyecto como ya lo mencionamos en el punto anterior. Como se refleja en sus estados financieros del 2014, la compañía contaba con cerca de 13.957 Millones COP de activo corriente, en donde si quisiéramos medir la liquidez de esta, deberíamos revisar indicadores como la razón corriente, que para este caso estaría cercana a 1,3 Veces, lo cual es lo aceptable en el análisis financiero para determinar que la empresa tiene liquidez y puede hacer frente a sus obligaciones de corto plazo.
- Evaluar únicamente el capital de trabajo para medir la liquidez de una empresa del sector de la construcción es insuficiente, dado que la dinámica y naturaleza del negocio dependen del financiamiento externo y de los flujos de caja proyectados.
- Es común que las constructoras presenten un alto apalancamiento debido a las características propias del sector, que requieren importantes inversiones iniciales y dependen de fuentes de financiamiento externo para ejecutar proyectos de largo plazo, esto teniendo en cuenta que los proyectos suelen estar respaldados por los flujos de ventas futuros y por activos no corrientes.

7. DEFICIENCIA FÁCTICA RESPECTO DEL ANÁLISIS DEL PUNTO DE EQUILIBRIO DEL PROYECTO INMOBILIARIO.

Otro motivo de informidad, adicional al análisis antitécnico respecto de la liquidez del constructor, según sus indicadores financieros, construidos bajos sus opiniones técnico, financieras, contables y fiscales, pasó a opinar sobre del punto de equilibrio y descalificó por las pruebas que se allegaron para acreditar los análisis realizados por la fiduciaria respecto del punto de equilibrio, como si existiera una regulación especial que así la limitara, o una prueba específica, o una tarifa legal teniendo a probar estos estudios previos que realiza un fiduciario dentro de su análisis de riesgo, que normalmente en una sociedad fiduciaria se ejecuta al interior de la entidad en reuniones con diferentes áreas de aprobación de negocios y de todo eso se deja evidencia en documentos o actas, que fueron descalificadas por el Juez, porque en su opinión debería corresponder a otros documentos que ni la norma, ni la Superintendencia Financiera ha construido dentro de su regulación.

Pero es que tampoco es cierto que las condiciones establecidas desde el contrato fiduciario primigenio hubieran sido cambiadas, pues una cosa es que se hubieran definido porcentajes de ventas para el escenario de una de las etapas y otro para el que correspondió a la otra etapa, lo que no constituye un incumplimiento al deber de la Fiduciaria, sino la definición que para el año 2015 se consideraba viable, para este tipo de proyectos constructivos VIS, en los que convergen otros múltiples factores, como por ejemplo los beneficios tributarios.

Juzgó la sentencia que se fustigada, que la Fiduciaria debió exigir porcentajes de recaudo de cartera para la acreditación del punto de equilibrio, estimando que era una falta de diligencia que se hubiera acreditado este componente del punto de equilibrio con la firma de los contratos firmados por los adquirentes, como si en un proyecto VIS, no existieran componentes más importantes y de decidida fuente, como lo son los

subsidios etc, los que además por sí mismo demandan un ahorro programado que en sí mismo asegura la recaudación de cuotas iniciales.

Tampoco le fue de recibo al Juez de instancias que la financiación a través de crédito constructor se hubiera definido por etapas, pues al parecer del Señor Juez, debió haberse realizado por torres, lo que convierte esta apreciación en una determinación carente de soporte alguno, como si en un proyecto tan sensible financiera como la construcción de viviendas de interés social, las optimizaciones de costos financieros no fueran el derrotero y objeto más importante.

8. DEFICIENCIA EN EL ANALISIS FACTICO DE LA EXEPCION DE FONDO LLAMADA CASO FORTUITO FUERZA MAYOR VARIACIONES DE PRECIOS DE MATERIAS PRIMAS

No es posible acoger las conclusiones a la que arriba el Juez de primera instancia, desconociendo lo que fue un fenómeno mundial, hechos públicos y notorios que junto con sus efectos no pueden ser desconocidos o demandarse de ellos pruebas específicas en términos de la relación causal a todos los sectores de la economía, especialmente a la construcción de vivienda de interés social. El Aquo le restó análisis factico a (i) el informe emitido por CAMACOL y el cual fue allegado como prueba sin ser rebatido por la contraparte (ii) la declaración del representante legal de la fiduciaria y de la Liquidadora judicial de la sociedad Obrasdé, donde se dejó claro, que el fenómeno mundial del COVID, guerras en otras regiones del mundo, estallido social en Colombia ocurridos en los años 2020 y 2021 generó sobrecostos en las materias primas y los valores de venta de las unidades inmobiliarias, que par este caso en particular por ser VIS se encontraban expresadas en pesos sin indexación en salarios mínimos, como hoy día ocurre, donde los ingresos provenientes de los beneficios tributarios son también una fuente solida de ingresos para la determinación de la viabilidad financiera de esos proyectos, elementos que ni siquiera mereció del Juez de instancia pronunciamiento alguno.

9. REPARO RESPECTO DEL RESARCIMIENTO O RESTITUCIONES MUTUAS DE LOS DEMANDANTES

Respecto al “resarcimiento”, como decidió llamar el Juez, a lo que corresponde a RESTITUCIONES MUTUAS, se expresan motivos de inconformidad por que, para algunos de los demandados, reconoció adicionalmente unas sumas que años atrás habían generado esas mismas sumas de dinero y que habían estipulado a favor de la sociedad constructora, los que en cumplimiento de la estipulación a favor de otro que se perfeccionó y a cargo de la fiduciaria fueron giradas a la sociedad constructora, sin que esta conducta puede ser descalificada como lo hace la sentencia, insertando una opinión que carece de respaldo contractual y legal, pues pretendía que la Fiduciaria desconociera la estipulación que se realizó en búsqueda de lo que ocho años después un Juez de la república estima de manera subjetiva que corresponde a un actuar diligente de un fiduciario que debió implementar. Esta forma de reconocimiento adicional la indexación de la misma suma y durante el mismo periodo (rendimientos en el fondo de inversión), genera una doble condena sobre la misma cifra y por el mismo periodo.

Adicionalmente, como quiera que los demandantes cesionarios nunca cumplieron con la carga probatoria consistente en acreditar los valores que presuntamente cancelaron por los derechos asociados a las promesas de compraventa, debe tenerse en cuenta que tampoco probaron la efectiva cesión de los derechos derivados de dichas promesas. En consecuencia, resulta improcedente cualquier condena en favor de personas cuya relación jurídica con el fideicomiso no ha sido debidamente acreditada, más aún si invocan derechos económicos que carecen de soporte probatorio suficiente en el proceso.

Por otra parte, mi representada rechaza de manera categórica cualquier vinculación, relación o participación directa o indirecta con conductas que pudieran ser tipificadas como captación ilegal de recursos del público, en los términos del Decreto 1981 de 1988 y el Código Penal Colombiano (artículo 316). Es fundamental precisar que Credicorp Capital Fiduciaria S.A. actuó dentro del marco legal y

contractual aplicable, administrando un fideicomiso debidamente constituido y ajustándose a las certificaciones y controles exigidos por el contrato fiduciario y las normas financieras vigentes.

Adicionalmente, es importante reiterar que la figura de captación ilegal de recursos requiere, como elemento subjetivo del dolo, que el sujeto activo conozca los hechos constitutivos del tipo penal, es decir, que tenga pleno conocimiento de que está participando en una actividad de captación no autorizada de recursos del público. En el presente caso, no existe prueba alguna que refleje que mi representada tuviera conocimiento de una presunta captación directa de dineros del público realizada por las demás personas naturales o jurídicas involucradas en el proyecto. Por el contrario, las actuaciones de mi representada se enmarcaron estrictamente dentro de las obligaciones legales y contractuales del fideicomiso.

En ningún momento mi representada captó, promovió, indujo ni colaboró en la supuesta captación de recursos del público ni administró fondos fuera de las estipulaciones contractuales, dado que su rol se limitó estrictamente a la gestión fiduciaria bajo parámetros previamente definidos y autorizados. Credicorp gestionó los recursos con base en la información y las certificaciones aportadas por terceros competentes (constructor e interventor), como parte de un proceso regulado y sujeto a estándares fiduciarios.

Finalmente, mi representada ha demostrado su compromiso con la transparencia y la diligencia que le exige la ley en el ejercicio de sus funciones fiduciarias, tomando las acciones oportunas una vez detectadas las irregularidades y cumpliendo en todo momento con sus obligaciones conforme a los marcos regulatorios y normativos vigentes. Las conductas aquí cuestionadas son ajenas a mi representada y obedecen a prácticas llevadas a cabo por terceros fuera del ámbito de control y gestión de la fiduciaria.

Pero es que no es posible que por este proceso del consumidor financiero se busque el enriquecimiento de quienes ni acreditaron haber pagado recursos por el producto final, ni tampoco que quienes reciban el beneficio propio de la resolución de un contrato celebrado con una entidad vigilada, mantengan su derecho sobre una promesa de compraventa que ya se encuentra reconocida tanto en el proceso de insolvencia por el que a través del constructor, como el que avanza el propio patrimonio autónomo.

10. FALTA DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DEL FIDEICOMISO DEMANDADO.

Motivo de inconformidad causa que la sentencia no se ocupó en su parte resolutive de pronunciarse sobre la responsabilidad de PATRIMONIO AUTONOMO, el cual entre otras se encuentra, hoy día admitido al trámite de insolvencia mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2024, el cual se allegara con la sustentación de la alzada como prueba sobrevenida. El anterior reparo se desarrollará al momento de sustentar la alzada.

II. REPAROS A LA SENTENCIA RESPECTO DE LOS LLAMAMIENTOS EN GARANTIA

En atención a que la Superintendencia Financiera decidió los llamamientos en garantía formulados contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (en adelante "PREVISORA") y LA EQUIDAD SEGUROS O.C. (en adelante "LA EQUIDAD"), a continuación, me referiré a cada uno de los reparos a la primera instancia, no sin antes precisar que la póliza de seguro manejo entidades financieras tiene dos grandes secciones o coberturas, una propiamente de riesgos financieros para la que aplica el sistema descubrimiento y una de responsabilidad profesional para la que aplica el sistema claims made.

El primero, segundo y tercer reproche se sustentan en haber considerado que la cobertura de responsabilidad civil profesional se emitió bajo la modalidad de descubrimiento, así como la aplicación de una exclusión de responsabilidad sobre hechos conocidos anteriores a la emisión de los contratos de seguro que no era viable tener en cuenta por su ineficacia y porque no se configuró.

En cuarto lugar, me referiré a que no se tuvo en consideración la ausencia de fecha de retroactividad, lo que de suyo significa que la aseguradora otorgó cobertura a hechos pretéritos al inicio de la vigencia.

Por último, se hará una precisión sobre el reclamo comprobado en este asunto y como este implica que LA PREVISORA es la aseguradora llamada a responder en primera medida por la condena impuesta y, en su defecto, LA EQUIDAD en atención al periodo extendido de reporte de 90 días.

1. **INCORRECTO ENTENDIMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA SOBRE EL SISTEMA DELIMITACIÓN TEMPORAL DE LA COBERTURA DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PACTADA EN LAS PÓLIZAS DE INFIDELIDAD DE RIESGOS FINANCIEROS NO. 1001231 Y 1002143, EXPEDIDAS POR LA PREVISORA, Y LA PÓLIZA DE SEGURO MANEJO ENTIDADES FINANCIERAS NO. AA054425, EMITIDA POR LA EQUIDAD**

Al abordar la modalidad de cobertura de las pólizas invocadas por mi mandante, la Superintendencia indicó lo siguiente:

“Aclarado este aspecto, ha de tenerse en cuenta que en ambos escenarios, estamos en pólizas cuya tipología de amparo es por reclamos o descubrimiento, -claims made-, por ende, “En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.”¹(Subrayado y resaltado fuera de texto)

Mas adelante concluyó:

“Esto sin más traduce a que su amparo puede darse es por vía de reclamación incluso con efecto retroactivo ora por descubrimiento, es decir, cubre los eventos descubiertos en el lapso de su vigencia con independencia que estos sucedan en fechas anteriores incluso para cuando esta fue tomada, y, por ende, poco importa la vigencia o no de esta para el momento de la ocurrencia del siniestro, ya que prima, salvo pacto en contrario se haya realizado la solicitud del amparo en su tiempo de vigencia con el lleno de los requisitos exigidos para ello y sobre conductas (siniestros) que claramente no eran de conocimiento del tomador, pues de lo contrario, se termina vulnerando la misma esencia del contrato y se actuaría en contravía del abuena fe contractual”² (Subrayado y resaltado fuera de texto)

El entendimiento de la primera instancia sobre la modalidad de cobertura bajo reclamación o “claims made” es equivocado y en contra de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 389 de 1997:

“Artículo 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término

¹ Pág. 64 del documento “Sentencia Escrita Accede” de fecha 04 de diciembre de 2024, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

² Ibidem.

estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten."*

La norma es clara en establecer que para dos tipos de seguros o amparos hay dos clases de modalidad de cobertura; por un lado, para los de manejo y riesgos financieros bajo descubrimiento de pérdidas durante la vigencia y, para el de responsabilidad, la cobertura podrá pactarse a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia así se trate de hecho ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Nótese que las modalidades de delimitación del riesgo o la forma en que el asegurador otorga la cobertura son diferentes, por lo tanto, no hay ningún asidero jurídico para referirse a estas como lo hizo la Delegatura al indicar que "estamos en pólizas cuya tipología de amparo es por reclamos o descubrimiento, -claims made". La modalidad bajo reclamación o "claims made" opera, tal y como la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el siguiente extracto:

"Con antelación a esta última reforma, el artículo 1131 del Código de Comercio era claro en señalar que, en materia de seguro de responsabilidad, el siniestro se entendía ocurrido en el momento de acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado, quedando cubierto por la póliza vigente para dicho momento.

Sin embargo, a partir de la citada ley, se consagró la posibilidad de que, por un pacto expreso entre los contratantes, se limite temporalmente la cobertura, o incluso, se extienda a hechos anteriores a su vigencia, siempre que ambos casos se cumpla con la exigencia de que la reclamación se haga dentro del lapso de vigencia de la convención.

Se permitió, entonces, no sólo los seguros basados en la ocurrencia del daño (losses occurrence), que constituyen la regla general en el derecho continental, sino también los que se fundamentan en la reclamación (claims made), caracterizados porque el amparo únicamente se activa si, durante la vigencia del seguro, se hace el reclamo, de suerte que cesa el deber indemnizatorio después de extinguido .

Esto no significa que el requerimiento sea requisito para que se configure el siniestro, como lo aduce la recurrente, sino que, por el acuerdo de las partes -prevalido de la legislación sobre la materia-, la aseguradora únicamente pagará aquellos cuya reclamación sea realizada en el decurso de la póliza, siempre y cuando se haya configurado la situación originadora de la responsabilidad cubierta."³

En este orden de ideas, no hay ninguna duda que, en los seguros de responsabilidad civil, que sujetan su operancia a la modalidad bajo reclamación o "claims made", el detonante de la cobertura del seguro es el reclamo al asegurado o aseguradora y no, como lo entendió el a quo al expresar que "cubre los eventos descubiertos en el lapso de su vigencia".

A la anterior conclusión también se debía llegar de haber estudiado con atención las pólizas de LA PREVISORA y LA EQUIDAD, puesto que en ambas, pero particularmente en la Póliza No. 1001231 de la primera de las aseguradoras, es claro que se contrató el amparo de responsabilidad profesional o "PI":

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia SC10300 -2017 del 18 de junio de 2017

<p>LÍMITE DE RESPONSABILIDAD BBB / PI USD20,000,000 todo y cada reclamo y USD40,000,000 en el agregado anual.</p> <p>DEDUCIBLE:</p> <p>PI USD 200,000 por cada reclamo con respecto a Credicorp Capital y subsidiarias y otras subsidiarias de Credicorp Ltd.</p> <p>USD 10% del monto de la pérdida con un mínimo de USD 300,000 y un máximo de USD 600,000 por reclamo con respecto a Banco de la Microempresa S.A. (MiBanco)</p> <p>Excepto cantidades menores según se establezca en el presente.</p> <p>(Hoja Anexa No.1 del Certificado No.0)</p>	<p>CONDICIONES DE SEGURO:</p> <p>Este seguro está sujeto a todos los términos y condiciones de la Póliza original en la medida en que sean aplicables a este seguro:</p> <p>PI</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cláusula de control de reclamos, según se adjunta. - Endoso de la Exclusión por Terrorismo y Guerra NMA2919, según se adjunta. - No existe Cláusula de Renovación Automática o Tácita - Por el presente se entiende y acepta que no habrá una renovación automática o tácita de este seguro. - Con respecto al Grupo 3 únicamente, la referencia a la "póliza original" en el presente contrato, significará la póliza emitida a Credicorp Capital y subsidiarias y filiales y a MiBanco – Banco de la Microempresa de Colombia S.A. y subsidiarias y filiales por La Previsora Compañía de Seguros S.A. para el periodo desde el 1 de enero 2023 hasta el 29 de septiembre de 2023 ambos días a la 00.00.01 hora local, en el domicilio comercial del asegurado original, para el seguro de responsabilidad civil. - Los aseguradores aceptan otorgar, si fuese necesario, una prórroga de 30 días en las mismas condiciones del vencimiento y la prima se calculará de manera proporcional. - IMA 3100 Cláusula de Sanciones, según se adjunta. - IMA5479 Cyber and Data Exclusion, como adjunta. <p>(Hoja Anexa No. 2 del Certificado No. 0)</p>
<p>CONDICIONES ORIGINALES:</p> <p>PI</p> <p>Todos los términos y condiciones según los términos de la póliza del seguro de Responsabilidad civil 2016 de Willis se encuentran en formato de copia impresa. Incluye lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Fecha del Litigio Anterior y Pendiente: Ninguna, excepto el 4 de junio de 2012, con respecto a Credicorp Capital únicamente. 2. Cláusula de arbitraje, según se adjunta con respecto al Grupo 3 únicamente 3. Cláusula de Cancelación NMA 355, según se adjunta. 4. Exclusión de Litigio Específico, según se adjunta. 5. Condición 7 modificada, significado de las Disposiciones del Aviso de Reclamos de Terceros durante la vigencia de la póliza. <p>Condiciones Originales</p>	<p>TITULAR DE LA PÓLIZA: CREDICORP LIMITED Y SUBSIDIARIAS TERMINOS DE LA PÓLIZA</p> <p>En vista del pago o acuerdo de pago de la prima, el asegurador y el titular de la póliza acuerdan lo siguiente:</p> <p>1. COBERTURA DEL SEGURO 1.1 Responsabilidad civil</p> <p>El asegurador pagará en nombre del asegurado, los siniestros que surjan de un reclamo ocurrido durante la vigencia de la póliza (o el periodo de descubrimiento, si corresponde).</p> <p>(Hoja Anexa No. 7 del Certificado No. 0)</p>

A partir de la Hoja Anexa No. 1 del Certificado 0, se encuentra todas las cláusulas que regulan el seguro de responsabilidad profesional, que sobre la modalidad de cobertura refiere:

1. COBERTURA DEL SEGURO
 - 1.1 Responsabilidad civil

El asegurador pagará en nombre del asegurado, los siniestros que surjan de un reclamo ocurrido durante la vigencia de la póliza (o el periodo de descubrimiento, si corresponde).

El periodo de descubrimiento señalado entre paréntesis no significa que el contrato de seguro se haya otorgado bajo la modalidad con esa denominación, sino que refiere a un periodo en el cual el asegurado – CREDICORP- podrá poner en conocimiento de la aseguradora un reclamo o circunstancias que podrían implicar uno. Veamos la definición contenida en la póliza:

2.1 Período de descubrimiento de no renovación
 El titular de la póliza (en nombre de todos los asegurados) tendrá derecho a un periodo de descubrimiento de no renovación si la presente póliza no se renueva con una póliza de seguros de responsabilidad civil totalmente continúa o con una póliza de seguros similar:

(a) automáticamente por noventa (90) días sin prima adicional; o

(b) por un (1) año, después del pago o acuerdo de pago de la prima aplicable especificada en el Artículo 6 (b) de las condiciones particulares.

Si el periodo de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior es adquirido por el titular de la póliza, el periodo de descubrimiento de no renovación establecido en (a) anterior será parte de, y no un agregado de, el periodo de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior.

En el caso de que el periodo de descubrimiento de no renovación especificado en (b) anterior sea cancelado en cualquier momento por el titular de la póliza, la prima adicional no devengada se reembolsará inmediatamente al titular de la póliza, con la condición de que no se hayan pagado siniestro(s) o se haya hecho una reserva para reclamo(s) o circunstancia(s) y el titular de la póliza haya proporcionado al asegurador una declaración por escrito mediante la cual exonera al asegurador de toda responsabilidad bajo la presente póliza. El titular de la póliza debe solicitar el periodo de descubrimiento de no renovación establecido en (b) anterior por escrito antes de los treinta (30) días después del vencimiento de la vigencia de la póliza y pagar la prima aplicable dentro de sesenta (60) días después del vencimiento de la vigencia de la póliza

Lo anterior se réplica en la Póliza No. 1002143, por ende, es absolutamente claro que los contratos de seguro de responsabilidad profesional o "PI" se expidieron bajo la modalidad de reclamación o "claims made".

En cuanto a la Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425 de LA EQUIDAD, sólo basta acudir a los regulado en la cláusula 5.5. de las condiciones del seguro de responsabilidad profesional:

5.5 Reclamos efectuados durante la vigencia de la póliza

La cobertura de conformidad con esta póliza se brinda únicamente con respecto a los siniestros que surjan de reclamo(s) realizados durante la vigencia de la póliza contra el asegurado durante la vigencia de la póliza (o el periodo de descubrimiento, si corresponde) o de aquellas que se considere que se han realizado contra el asegurado durante la vigencia de la póliza (o el periodo de descubrimiento, si corresponde) de conformidad con la condición general 5.8 (Reclamos o circunstancias relacionadas).

Que en lo atinente al "pero de descubrimiento", al igual que en las pólizas anteriores, refiere lo siguiente:

Artículo 6. Periodos de descubrimiento de no renovación y primas adicionales (si corresponde)

(a)	Noventa (90) días:	Ninguno
(b)	Un (1) año:	Cien por ciento (100%) de la prima total por año especificada

En vista de todo lo explicado, se demuestra que la Superintendencia Financiera se equivocó al haber entendido, desde que un seguro o amparo de responsabilidad civil se podía expedir bajo la modalidad de descubrimiento, pues la ley no habilita tal forma de pacto. Ello sumado a que no valoró correctamente los condicionados de las pólizas, con los que hubiera podido evidenciar que todas las pólizas operan bajo el sistema de reclamación o “claims made”.

2. IMPROCEDENCIA DE APLICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE “CIRCUNSTANCIAS O EVENTOS CONOCIDOS POR EL ASEGURADO CON ANTERIORIDAD AL INICIO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS”, PACTADAS EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA, DEBIDO A SU INEFICACIA

Se pone de presente que la exclusión “*de circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas*”, no se encuentra en caracteres destacados o resaltados en forma continua e ininterrumpida después de los amparos, tal y como lo establece el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 la Superintendencia Financiera

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC2879-2022 (decisión reiterada en sentencia SC098-2023) dispuso que “*en las pólizas de seguro los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, a partir de la primera página de la póliza, en forma continua e ininterrumpida.*”. Entendiéndose como la primera página de la póliza el “*folio inicial del clausulado general de cada seguro contratado*”, puesto que a partir de este debe quedar debidamente plasmada la delimitación del riesgo, con las coberturas y exclusiones correspondientes.

En este asunto, las pólizas de LA EQUIDAD y las de LA PREVISORA, no contienen esa exclusión después de los amparos básicos. La primera, a pesar de que tiene caracteres destacados, la exclusión se encuentra después de cláusulas como legislación aplicable y jurisdicción, cláusula de control de reclamos, bonificación por no siniestralidad, cláusula de arbitraje y cláusula compromisoria.

La otra está en una peor situación, dado que su expedición en nada favorece al cumplimiento del deber de información, puesto que todos los caracteres de las condiciones particulares son iguales, ninguno se destaca más que otro y la exclusión se encuentra en la página 7 del Certificado No. 0 de la Póliza No. 1001231, después de cláusulas como legislación aplicable y jurisdicción, cláusula de control de reclamos, bonificación por no siniestralidad, cláusula de arbitraje y cláusula compromisoria.

Esta falencia de gran envergadura provoca que no esas exclusiones sean ineficaces y, en esa medida, que no se puedan aplicar para resolver los llamamientos en garantía promovidos por CREDICORP contra LA EQUIDAD y LA PREVISORA.

3. INDEBIDO ENTENDIMIENTO Y APLICACIÓN DE SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DE “CIRCUNSTANCIAS O EVENTOS CONOCIDOS POR EL ASEGURADO CON ANTERIORIDAD AL INICIO DE VIGENCIA DE LAS PÓLIZAS” PACTADA EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA.

El *a quo* estimó que CREDICORP conocía de las circunstancias que generaron su responsabilidad antes del inicio de las pólizas de LA EQUIDAD y LA PREVISORA, por ende, aplicó las exclusiones referentes a ausencia de cobertura por eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia.

Las pólizas por las que se efectuaron los llamamientos en garantía tienen las siguientes vigencias:

- La Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425, emitida por LA EQUIDAD, tiene una vigencia entre el 29 de septiembre de 2021 y 31 de diciembre de 2022.
- La Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por LA PREVISORA tiene una vigencia entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023.
- La Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 101243, expedida por LA PREVISORA, tiene una vigencia entre el 29 de septiembre de 2023 y 29 de septiembre de 2024.

En las consideraciones del fallo apelado se indica que, para septiembre de 2021, mi mandante tenía conocimiento sobre “situaciones que claramente podrían dar lugar a reclamos a propósito de su responsabilidad profesional” porque en el proceso se comprobó que “el proyecto ya presentaba problemas en su desarrollo, síntomas a verificar por la sociedad fiduciaria (...) que fueron acrecentándose y confluir ya en solicitudes de reintegros de recursos y denuncias de los vinculados para los años 2022 en adelante”

Para sustentar lo indicado previamente, se trajo a colación quejas presentadas por los beneficiarios del proyecto inmobiliario y correos internos de CREDICORP, particularmente dos que decían lo siguiente lo siguiente:

Fecha	Contenido
14/10/2020	<p>Nos llega esta solicitud de comprador del encargo fiduciario en nombre de Alexander Mesa (...) y Sabrina Molina Gallego (...).</p> <p>Ellos quieren saber y validar cuál es el procedimiento a seguir con el encargo fiduciario, debido a que no se ha cumplido por parte del constructor la entrega del inmueble. El mismo ya fue cancelado 100%</p>
23/09/2021	<p>Por favor ayuda con la actualización de las siguientes obligaciones del FAI OBRASDE ANDALUCIA, el negocio se encuentra en alerta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Avance de obra por parte del constructor e interventor - Informe formal del estado de escrituración de Etapa 1 en especial, y las acciones que se han tomado para sacarlo adelante (proyecto inició escrituración desde el 2018) - Legalizar los anticipos, desde octubre 2020 no recibimos reportes y al 31-08-2021 tiene por legalizar 11.052.759.431 (remitir Excel y PDF por el portal)

De igual manera, en aplicación del artículo 97 del CGP, tuvo por ciertos los hechos 15, 17 y 18 de la demanda porque, supuestamente, no fueron contestados debidamente, ello a pesar de que en esos hechos no podían considerarse como una confesión presunta porque no tienen una descripción única de tiempo, modo y lugar. No obstante, esos hechos refieren a la ausencia de interventor desde el 2021 e inactividad de la fiduciaria para designar uno, la suspensión del proyecto desde el año 2021 y la rendición de un informe en octubre de 2022 a los promitentes compradores.

La Delegatura equivocadamente concluye que por el hecho de haber incumplimientos del constructor OBRASDE antes del inicio de cualquiera de las pólizas, CREDICORP debía conocer que su responsabilidad, como fiduciaria, estaba comprometida. Es decir, aplica e interpreta de manera genérica la exclusión, sin tener en cuenta que el hecho conocido tiene dos acepciones; por un lado, ser un hecho relacionado con el riesgo amparado es decir una circunstancia que pueda generar responsabilidad y, por otro lado, que sea conocida por el asegurado.

Ninguna de esas dos condiciones cumple el calificativo hecho conocido, pues, en primer término, ninguna de las quejas de los beneficiarios del proyecto inmobiliario iba dirigidas a reprochar la actuación de

CREDICORP o su responsabilidad como fiduciaria y el correo interno referente a que el negocio está en alerta se circunscribe a cuestiones inherentes al proyecto de construcción. Luego, ante la ausencia de un hecho que pueda dar lugar a la aplicación de la exclusión, no hay nada por conocer para mi mandante.

Hay que resaltar que los contratos de seguro nos permiten entender qué significa un “hecho conocido”, pues este debía entenderse como un aviso de circunstancia o reclamo. El primero, según el condicionado Certificado No. 2 – Hoja Anexa 1 de la Póliza No. 1001231 de LA PREVISORA y la condición 6 del clausulado del seguro de responsabilidad profesional de LA EQUIDAD, “una circunstancia que, a juicio de una persona responsable, puede razonablemente dar lugar a un reclamo contra un asegurado dando lugar a un siniestro que podría ser cubierto por la presente póliza”.

El reclamo a su turno está definido en las pólizas así:

“Reclamo

- (i) *Una demanda, aviso o denuncia, juicio, demanda recíproca o contrademanda por escrito o documento similar o aviso formal de una orden judicial, citación, solicitud u otro procedimiento legal, civil, administrativo o regulador que se origine o arbitraje, conciliación, o procedimiento de mediación o proceso alternativo de resolución de conflictos que busque compensación, u otra compensación legal o recurso especial, incluido, sin limitación, medida cautelar o compensación o recurso no monetario, para cualquier **acto(s) ilícito(s)**; o*
- (ii) *Aviso formal de un procedimiento o acusación penal, incluido, sin limitación, un procedimiento presentado de conformidad con la Ley de sobornos de 2010 (Reino Unido), por un **acto(s) ilícito(s)**; o*
- (iii) *Aviso formal de **procedimiento(s) disciplinarios o de cumplimiento.***

Un reclamo también significa:

- (a) *Un reclamo(s) o demanda(s) presentada a un **organismo oficial** de conformidad con la extensión 2.6 (Indemnización, resarcimiento y medidas correctivas de organismos oficiales); o*
- (b) *una **investigación(es)** (ya sea que un **acto ilícito(s)** se ha especificado o no) solamente a los fines de la cobertura proporcionada por la cláusula*
- (c) *un **procedimiento(s) disciplinario o de cumplimiento, procedimiento(s) de extradición y/o situación(es) de crisis legislativa(s)**, solamente a los fines de la cobertura proporcionada por la cláusula 3 (Costos y gatos); o*
- (d) *la recepción de parte del **asegurado** de una solicitud por escrito para cobrar un período o plazo de prescripción que puede ser aplicable a un **reclamo** (según se describe en (i) a (iii) o (a) a (c) anteriores) que se puede presentar para un **acto ilícito** de un **asegurado.**”*

Ninguna de las quejas o correos internos, pueden dar lugar a una fiduciaria razonablemente hubiera podido considerar que se podría dar lugar a un reclamo de responsabilidad profesional. Incluso, la suspensión del proyecto y ausencia de interventor podrían conllevar a esa conclusión.

Tampoco hubo un reclamo en los términos definidos en los mismos contratos de seguro porque CREDICORP antes de la presentación de esta demanda no había recibido una igual, *“aviso o denuncia, juicio, demanda recíproca o contrademanda por escrito o documento similar o aviso formal de una orden judicial, citación, solicitud u otro procedimiento legal, civil, administrativo o regulador que se origine o arbitraje, conciliación, o procedimiento de mediación o proceso alternativo de resolución de conflictos que busque compensación, u otra compensación legal o recurso especial, incluido, sin limitación, medida cautelar o compensación o recurso no monetario”*.

Mi representada el 18 de abril de 2023, de conformidad con el hecho 33 de la demanda, recibió una comunicación de los acá demandantes en la que solicitaban *“la devolución de las sumas entregadas por mis poderdantes como beneficiarios de área”*: convirtiéndose este en el reclamo en los términos de las pólizas de LA EQUIDAD y LA PREVISORA, lo cual no fue anterior a ninguno de esos contratos de seguro como erradamente lo sostuvo la Superintendencia Financiera.

De conformidad con lo expuesto, la primera instancia se equivocó al haber aplicado la exclusión de responsabilidad *“circunstancias o eventos conocidos por el asegurado con anterioridad al inicio de vigencia de las pólizas”* porque, en los términos de las pólizas, no había un hecho conocido previo a la entrada en vigencia de las Pólizas de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425, emitida por LA EQUIDAD, y de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por LA PREVISORA.

Así mismo, constituyó un error haber deducido de las quejas, comunicados y correos a y de la fiduciaria que la responsabilidad profesional de CREDICORP estaba comprometida. En el mismo sentido, hay desacierto al haber considerado que los hechos 15, 17 y 18 no fueron contestados debidamente y aplicó las consecuencias del artículo 97 del CGP.

4. LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA OMITIÓ CONSIDERAR EL PERIODO DE RETROACTIVIDAD ILIMITADO O, EN SU DEFECTO, HASTA EL 4 DE JUNIO DE 2012 PACTADO EN LAS PÓLIZAS EMITIDAS POR LA EQUIDAD Y LA PREVISORA

El profesor Nicolás Uribe explica con suficiencia el pacto o no de la retroactividad en los seguros que nos ocupan:

“los seguros de responsabilidad bajo el sistema por reclamación o “claims made” se pueden otorgar con periodo de retroactividad o sin él. Bajo el sistema por reclamación sin periodo de retroactividad es necesario que tanto el hecho dañoso o acto incorrecto, como la reclamación dirigida con el asegurado o directamente contra el asegurador se verifiquen en vigencia de la póliza, con lo cual es más estricta la delimitación temporal del amparo otorgado. Cuando se concede con periodo de retroactividad será necesario que la reclamación se produzca durante la vigencia del seguro o de la póliza, pero no el hecho dañoso (acto incorrecto) que dé pie o lugar a la reclamación se verifique durante la misma, pues bastará que el mismo haya ocurrido con posterioridad a la fecha máxima de retroactividad pactada. Bajo ese entendimiento se podrán amparar reclamos realizados en vigencia de la póliza, así los hechos que del lugar a los mismos se hubieren producido con anterioridad al inicio del seguro.

Es importante destacar que cuando se ofrece cobertura bajo el sistema de delimitación temporal por reclamación con periodo de retroactividad, se incorpora el seguro de responsabilidad una forma de aseguramiento similar al riesgo putativo, pues se terminan cubriendo hechos pasados, pero bajo la condición de que los mismos o por lo menos sus efectos y consecuencias sean

desconocidos por el asegurado y no haya debido conocerlos.”⁴

En el asunto que nos ocupa, ninguna de las pólizas de LA EQUIDAD y LA PREVISOR establecen una fecha de retroactividad específica, la única referencia que retroactividad es el siguiente sentido:

4.19 Fecha de retroactividad

Reclamo que surja de, con base en, o atribuible a:

- (a) un acto(s) ilícito(s);
- (b) un evento asegurado con respecto a problemas, que ocurran o surjan antes del 4 de junio de 2012.

Esta exclusión únicamente aplicará a un reclamo entablado o presentado contra Capital Credicorp S.A.

La disposición normativa no es clara, por una parte, podría plantearse que no hay una fecha específica de retroactividad porque no se dice de manera expresa, lo que conllevaría aplicar el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, para concluir que hay amparo “*así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación*”. En otras palabras, al no haber una fecha de estructuración, se entiende que se otorgo la protección de manera ilimitada porque así lo dispone la ley.

No obstante, si se trata de dar algún sentido a la referencia un evento asegurado con respecto a problemas que ocurran o surjan antes del 4 de junio de 2012, se debería concluir que esa es la fecha de retroactividad, todo lo anterior a esa fecha no tiene amparo.

Cualquiera que sea la posición que se adopte lleva a la conclusión que, en el presente asunto, aunque los hechos hayan sido anteriores al inicio de la vigencia de los contratos de seguro emitidos por LA EQUIDAD y LA PREVISORA, la retroactividad ilimitada o limitada el 4 de junio de 2012 significa que el evento gozaba de amparo.

El anterior análisis no fue realizado por el *a quo*, pues de haber lo hecho hubiera concluido que existía cobertura de las o alguna de las pólizas en virtud de las cuales CREDICORP realizó el llamamiento en garantía.

5. LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA NO TUVO EN CUENTA QUE EN ESTE ASUNTO QUE EL PRIMER RECLAMO FUE EL EFECTUADO EL 18 DE ABRIL DE 2023.

De conformidad con el hecho 33 de la demanda, 18 de abril de 2023, CREDICORP recibió una comunicación de los acá demandantes en la que solicitaban “*la devolución de las sumas entregadas por mis poderdantes como beneficiarios de área*”; siendo este el reclamo en los términos de la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por LA PREVISORA, puesto que se dio en su vigencia pactada entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023.

Recuérdese que dentro de la definición de reclamo se encuentra el “*aviso formal de una orden judicial, citación, **solicitud** u otro procedimiento legal, civil, administrativo o regulador que se origine o arbitraje, conciliación, o procedimiento de mediación o proceso alternativo de resolución de conflictos **que busque compensación**, u otra compensación legal o recurso especial*”.

En este asunto, la solicitud elevada por los demandantes, a través de su apoderado, constituye un reclamo que, como se explicó en el primer reparo concreto, como la cobertura de responsabilidad profesional está pactada bajo la modalidad de reclamación o “*claims made*”, su detonante de responsabilidad es el requerimiento al asegurado o aseguradora. En los siguientes términos se encuentra estipulado el alcance de la cobertura en el mencionado contrato de seguro:

⁴ TEORÍA GENERAL DEL SEGURO. Los Seguros en Particular. Nicolas Uribe Lozada María A. Brijaldo Acosta. Editorial Temis S.A. 2023. El Seguro de D&O, Nociones Básicas y Problemáticas Vigentes. Pág. 138.

1. COBERTURA DEL SEGURO
1.1 Responsabilidad civil
El asegurador pagará en nombre del asegurado, los siniestros que surjan de un reclamo ocurrido durante la vigencia de la póliza (o el período de descubrimiento, si corresponde).

Luego, como el reclamo ocurrió en vigencia de la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, la aseguradora llamada a responder por los llamamientos en garantía efectuados por CREDICORP es LA PREVISORA. Esta conclusión obedece a considerar que, si bien los hechos son anteriores a la póliza, el periodo de retroactividad ilimitado o al 4 de junio de 2012, permiten sostener hay amparo, sumado a que no opera ninguna causal de exclusión pues, aunque los hechos sean conocidos, estos o por lo menos sus efectos y consecuencias eran desconocidos por mi representada y no debía conocerlos.

De conformidad con lo explicado, se reprocha que la primera instancia no haya analizado la cobertura en los términos esbozados, para así concluir que debía declarar procedentes las pretensiones del llamamiento en garantía contra LA PREVISORA.

6. LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA OMITIÓ CONSIDERAR QUE, ANTE LA AUSENCIA DE COBERTURA DE LAS PÓLIZAS DE LA PREVISORA, DEBÍA ACCEDER AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FORMULADO A LA EQUIDAD.

En línea con lo planteado en el reparo anterior, si la Superintendencia Financiera hubiera analizado correctamente la modalidad de cobertura de las pólizas, la inaplicabilidad de la exclusión y el periodo de retroactividad ilimitado o, en su defecto, hasta el 4 de junio de 2012, lo que le correspondía era verificar cuál de los contratos de seguro, en atención a su vigencia, debía afectarse.

Debido a que el reclamo se formuló el 18 de abril de 2023, en principio la Póliza de Infidelidad de Riesgos Financieros No. 1001231, expedida por LA PREVISORA, con una su vigencia pactada entre el 1 de enero y el 29 de septiembre de 2023 sería la llamada a afectarse.

Sin embargo, en el remoto evento de que se realice un análisis que pretenda establecer el conocimiento de CREDICORP en una fecha anterior, se debe precisar que, bajo ese escenario, la Póliza de Seguro Manejo Entidades Financieras No. AA054425, emitida por LA EQUIDAD, con una vigencia entre el 29 de septiembre de 2021 y 31 de diciembre de 2022 sería la que se tendría cobertura.

Al respecto, es pertinente memorar que, si la Delegatura fija el reclamo por las quejas presentadas por los beneficiarios de obra en la vigencia del contrato de seguro, esta será la aseguradora que deba responder. Sin olvidar que el periodo de descubrimiento o reporte adicional otorga 90 días adicionales sin lugar al pago de prima. Veamos:

En el artículo 6 del condicionado se indica lo siguiente:

Artículo 6.	Periodos de descubrimiento de no renovación y primas adicionales (si corresponde)
(a)	Noventa (90) días: Ninguno
(b)	Un (1) año: Cien por ciento (100%) de la prima total por año especificada

De igual manera, en el artículo 7 del condicionado se señala que el periodo de descubrimiento está "extendido," lo que significa que está cubierto según lo dispuesto en el texto del mencionado artículo al referir:

Artículo 7. Coberturas de seguro, extensiones y costos y gastos:
Únicamente las coberturas de seguro, extensiones y costos y gastos designados como "Cubiertos", "Extendidos" o "Incluidos" a continuación se encuentran dentro del alcance de la presente póliza.

(...)

Extensión

Extensión 2.1 (Periodo de descubrimiento de no renovación):

Extendida

(...)

Si los términos "no cubierto", "no extendido" o "no incluido" están insertados arriba en oposición a una cobertura de seguros, extensión o cláusula especificada, dicha cobertura de seguros, extensión o cláusula y otra referencia a las mismas en la presente póliza se considerarán eliminadas de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, como la vigencia de la Póliza se extendía hasta el 31 de diciembre de 2022, los 90 días del periodo de descubrimiento o notificación adicional por parte del asegurado sin pago de prima, se extienden hasta el 1 de abril de 2023.

Por consiguiente, ante un análisis de cobertura implique concluir que hubo un reclamo o aviso de circunstancia antes del 1 de abril de 2023, deberá despacharse favorablemente la pretensión del llamamiento en garantía formulado contra LA EQUIDAD

Del señor Delegado, Atentamente,

GABRIEL MEDINA S.

C.C. No. 80.421.371 de Bogotá D.C.

T.P. No. 92.920 del C.S.J.

Canal Digital: gmedina@medinaestudiolegal.com