



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

Carrera 10 No. 12 – 15 Palacio de Justicia – Pedro Elías Serrano Abadía - Piso 12

J07cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

(602) 8986868 Ext. 4072

Sentencia No.83

Santiago de Cali, 27 de noviembre de 2023

Clase de Proceso: Verbal
Radicado: 760013103007-2018-00298-00
Demandante: JAIME SALÁZAR RAMÍREZ
Demandados: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. – SBS
SEGUROS COLOMBIA S.A.
Vinculados: PROMOTORA AIKI S.A.S. Y PROMOTORA MARCAS
MALL CALI S.A.S.
Llamada en garantía: SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Objeto a Decidir

Procede el suscrito Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali a proferir sentencia escrita anticipada que ponga fin a la instancia, en aplicación de la causal segunda del artículo 278 del C.G.P. teniendo en cuenta que no quedan pruebas pendientes por practicar, dado que previamente fueron agotadas en su totalidad en la audiencia de instrucción y juzgamiento celebrada el 21 de junio del presente año, previa síntesis de la demanda y su contestación en los términos del artículo 280 del Código General del Proceso, en tal sentido, se prescindirá del agotamiento de la etapa de alegatos de conclusión.

Parte Descriptiva

1.1. Pretensiones de la demanda

JAIME SALAZAR RAMÍREZ presentó demanda verbal contra ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. (en adelante ASF) y SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. (en adelante (SBS), esta última también llamada en garantía por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Pretende el demandante que se declare civilmente responsable a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por incumplir al demandante, "sin justificación legal o contractual", el procedimiento de ejecución de las garantías fiduciarias respectivamente incluidas en los contratos de fiducia mercantil que crearon los fideicomisos FA-2351 MARCAS MALL, FA-2280 SAMÁN DE CRISTALES y FA-2784 RECURSOS SAMÁN DE CRISTALES, en virtud de los compromisos que adquirió con demandante al firmar los certificados de garantía individuales expedidos a su favor, por lo que reclama el pago de perjuicios materiales a título de daño emergente en cuantía de \$494.162.014 por concepto del certificado de garantía correspondiente al fideicomiso FA-2352 MARCAS MALL, más \$50.000.000 por concepto del certificado de garantía correspondiente a los fideicomisos FA-2280 SAMÁN DE CRISTALES y FA-2784 RECURSOS SAMÁN DE CRISTALES., más los intereses moratorios que se causen sobre esas sumas a partir del momento en que debieron ser pagadas.

Como consecuencia de lo anterior, pide el actor que se declare que la demandada SBS SEGUROS COLOMBIA S.A, como aseguradora de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A, está obligada a responder por cualquier condena que se imponga a la referida sociedad fiduciaria.

1.2. Sustento Fático

1.2.1. Hechos relativos al Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall

1. Entre la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., como fideicomitente y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (en adelante ASF o la Fiduciaria), como fiduciaria, suscribieron el 28 de marzo de 2014 contrato de fiducia mercantil inmobiliaria que dio origen al Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, cuyo objeto era el desarrollo del proyecto de urbanización y construcción denominado Marcas Mall de características mencionadas al hecho tercero de la demanda, contrato que fue modificado por el Otro Sí No.1 el 24 de diciembre de 2014, "con el fin de permitir la expedición de certificados de garantía, constitución de fuentes de pago, hipotecas y cualquier otro gravamen sobre los bienes Fideicomitidos".

2. ASF como vocera y administradora del fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, contactó al demandante con la finalidad de obtener recursos para la financiación del proyecto inmobiliario Centro Comercial Marcas Mall Cali bajo la figura de inversionista, ofreciendo como garantía la expedición de un certificado de garantía emitido contra los bienes e ingresos del referido fideicomiso, bajo instrucciones precisas de la Promotora Marcas Mall, por lo que el actor aceptó entregando la suma de \$494.162.014, que con precisas instrucciones de ASF "fueron consignados en Cartera Colectiva Abierta Acción Uno", por la fiduciaria "como una devolución de aportes de los dineros" del actor "depositados en un fideicomiso de su propiedad denominado Fideicomiso Los Andes, administrado por esa sociedad fiduciaria".

3. Así fue que se expidió el certificado de garantía y fuente de pago de fecha 15 de octubre de 2015 por ASF a favor del demandante hasta por la suma de \$650.000.000, monto que estaría garantizado con el inmueble con matrícula inmobiliaria No.370-695292, por lo que una vez finalizado el proyecto el certificado de garantía recaería única y exclusivamente sobre dos locales comerciales ubicados dentro del proyecto, identificados como locales 2-045 y 2-050" y adicional a la calidad de acreedor garantizado, se incluyó en el numeral décimo primero del certificado la calidad de destinatario de fuente de pago del fideicomiso FA-2351, consistente en la garantía de pagos hasta por la suma de \$500.000.000 con cargo a los recursos que ingresaran a las cuentas del fideicomiso FA-2351 provenientes de dineros depositados por Inversiones Uropan y Cia. S. en C., para la adquisición de locales comerciales.

4. Vencidos los plazos para el pago de las obligaciones y tras gestiones de cobro, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. no ha realizado los aludidos pagos, como tampoco lo hizo ASF en ejecución de la fuente de pago expedida a favor del demandante, con lo que incumplió las obligaciones legales y contractuales que tenía para con el actor, por cuanto la respuesta que dio ASF a otros acreedores fue que entregó "a Marcas Mall la totalidad de los recursos recibidos por los adquirentes de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario", sin destinar "primeramente los aludidos recursos para atender la fuente de pago" que le expidió al actor, "incurriendo en un

supuesto de responsabilidad civil que compromete directamente su propio patrimonio por faltar a sus deberes legales, profesionales y contractuales.”, que en efecto ocasionó que el acreedor garantizado “no pueda obtener el pago de las obligaciones a cargo del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall.”.

1.2.2. Hechos relativos a los Fideicomisos FA-2280 Samán de Cristales y FA-2784 Recursos Samán de Cristales

1. Conforme al contenido del certificado de garantía del fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales y a la constancia de destinación de la fuente de pago del fideicomiso FA-2784 Recursos Samán de Cristales, cuya fideicomitente es la Promotora Aiki S.A.S., Acción Sociedad Fiduciaria S.A. es vocera y administradora de acuerdo al clausulado del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria que suscribieron esas dos sociedades el 10 de diciembre de 2013, contrato que fue modificado el 28 de noviembre de 2014, dando origen al fideicomiso primeramente anunciado, al igual que suscribieron el 23 de octubre de 2014 el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria que dio origen al restante fideicomiso.

2. El objeto del fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales “es el desarrollo del proyecto de urbanización y construcción” denominado con ese mismo nombre, mientras que el fideicomiso FA-2784 Recursos Samán de Cristales tenía como finalidad la realización de pagos a los acreedores de la Promotora AIKI S.A.S., con cargo a los recursos que ingresen al fideicomiso provenientes del 15% del desembolso del crédito constructor y de los pagos que llevaran a cabo los inversionistas o terceros que adquirieran unidades inmobiliarias del proyecto.

3. ASF como vocera y administradora de los fideicomisos mencionados en el hecho anterior, contactó al demandante con la finalidad de obtener recursos para la financiación de ese proyecto inmobiliario y como garantía de la inversión ofreció “expedirle un certificado de garantía del Fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales y una constancia de destinatario de fuente de pago del Fideicomiso FA-2784 Recursos Samán de Cristales, emitido contra los bienes e ingresos de los referidos Fideicomisos”, acentuando que estos los expediría ASF “siguiendo precisas instrucciones del fideicomitente Promotora AIKI S.A.S.”, por lo que el actor aceptó la propuesta, entregando la suma de \$50.000.000 a ASF transfiriéndolo al Fondo Acción Uno de propiedad de ASF.

4. Así que de conformidad con el certificado de garantía expedido el 25 de enero de 2017 a favor del demandante hasta por la suma de \$450.000.000, respondería la garantía otorgada que recaía sobre el inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-2874 y su expedición obedeció al seguimiento de “instrucciones irrevocables recibidas por la Fiduciaria el 24 de enero de 2017 por parte de Promotora AIKI S.A.S.”.

5. Vencidos los plazos para el pago de estas obligaciones y tras “importantes gestiones de cobro” tanto AIKI como ASF no le han realizado al actor el pago “en ejecución de la fuente de pago” expedida a su favor. Además, tras peticiones elevadas ante La Fiduciaria para la ejecución de la garantía, fue puesto en su conocimiento la respuesta que ASF recibió de AIKI informando su desconocimiento de las instrucciones para la expedición del certificado de garantía y la constancia de destinatario de la fuente de pago con cargo a los recursos de los dos encargos fiduciarios constituidos para el desarrollo del proyecto Samán de los Cristales, por lo que desconoce la acreencia del demandante como inversionista, concluyendo

el demandante que ante ello ASF incumplió “sus deberes legales y contractuales” causando perjuicios al demandante con dicho comportamiento.

6. A la fecha de presentación de esta demandada el demandante no ha recibido nueva comunicación de ASF ni tampoco se le ha realizado el pago de la obligación ni se ha ejecutado la garantía, lo cual se traduce en serios perjuicios a su patrimonio.

2. Contestación de la demanda, excepciones de mérito y llamamiento en garantía

2.1. Acción Sociedad Fiduciaria (ASF)

Contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda mediante distintas excepciones de mérito, replicando que su representada no es contractualmente responsable por los perjuicios reclamados por el actor, por cuanto los certificados de garantías que entrañan la acción los expidió actuando única y exclusivamente como vocera y administradora de los patrimonios autónomos citados por el demandante, obedeciendo las instrucciones que para tales efectos impartieron los fideicomitentes Promotora Marcas Mall y Aiki S.A.S., por lo que las garantías fueron expedidas por los Fideicomisos no por ASF, por lo que son aquellos los deudores, lo que conlleva a una falta de legitimación en la causa por pasiva de ASF.

En escrito separado llamó en garantía a la demandada SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., que fue admitida por auto de fecha 13 de julio de 2020, para que concurra al pago de la condena al pago de perjuicios que eventualmente se imponga en su contra teniendo en cuenta la existencia de la póliza de seguros 1000099 con vigencia del 30 de septiembre de 2017 al 30 de septiembre de 2018 que ampara la responsabilidad civil profesional.

2.2. SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Por su parte, SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., contestó la demanda principal y el llamamiento oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones expuestas en el libelo introductorio y en el llamamiento en garantía, con excepciones de mérito dirigidas a demostrar la inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la asegurada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por cuanto en el expediente no se prueba una acción u omisión que fuese contraria a lo dispuesto en el contrato celebrado por Promotora Marcas Mall y Aiki S.A.S., ni tampoco contraria a lo dispuesto en los diferentes certificados de garantía que fueron expedidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A con cargo a los fideicomisos FA-2351 Marcas Mall, FA-2784 Recursos Samán de Cristales y FA-2280 Samán de Cristales, por lo que no se presenta el presupuesto del daño para la activación de la cobertura otorgada mediante la póliza de responsabilidad profesional que le expidió a la sociedad asegurada, amén que destaca que ésta ni Acción Sociedad Fiduciaria S.A. son codeudoras o fiadoras de la obligación dineraria que el demandante pretende le sea indemnizada en este proceso, al paso que también opone

2.3. PROMOTORA AIKI S.A.S.

Mediante el auto interlocutorio No. 421 de fecha 30 de junio de 2022 para

vincular de forma oficiosa a la PROMOTORA MARCAS MALL y PROMOTORA AIKI S.A.S. en calidad de litisconsortes cuasi necesarios. Una vez se surtió su notificación presentó contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones negando haber otorgado instrucciones a ASF mediante la comunicación escrita del 24 de enero de 2017 para emitir certificados de garantía, como tampoco otorgó instrucciones contractuales a ASF para constituir garantías, afirmando, además, que es de conocimiento público que el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, abusando de sus atribuciones, como representante legal de ASF, generó dicho certificado de garantía a favor del demandante incumpliendo el contrato de fiducia mercantil celebrado entre AIKI y ASF.

2.4. PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. en Liquidación

No contestó la demanda a pesar de haber sido debidamente notificada.

3. Alegatos de las partes

Cada una de las partes ratificó los argumentos de su defensa.

4. Presupuestos procesales y legitimación en la causa.

Concurren en el presente asunto los presupuestos procesales que permiten decidir el fondo de la controversia, esto es los requisitos necesarios que regulan la constitución y desarrollo formal y válido de la relación jurídico-procesal y no existe discusión sobre el presupuesto material de la pretensión relativo a la legitimación en la causa, no existiendo duda que en el caso bajo estudio la misma se encuentra acreditada tanto por activa como por pasiva.

5. Problema jurídico

La presente controversia se resume en los siguientes problemas jurídicos:

1. Determinar si ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en su calidad de vocera y administradora del fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali incumplió sus deberes contractuales y legales frente el demandante por el no pago de la obligación garantizada con el certificado de garantía y fuente de pago del fideicomiso FA-2351, expedido el 14 de octubre de 2015 con cargo a los recursos provenientes del pago de dos locales que se construirían en desarrollo del proyecto Marcas Mall Cali.
2. Determinar si ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en su calidad de vocera y administradora de los fideicomisos FA-2784 Recursos Samán de Cristales y FA-2280S Samán de Cristales incumplió sus deberes contractuales y legales frente el demandante por el no pago de la obligación garantizada con la constancia de destinatario de fuente de pago FA-2784-1 y el certificado de garantía No.007 Fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales.
3. De encontrarse probado el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales por parte de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., deberá determinarse la relación de causalidad entre ese incumplimiento y los perjuicios que reclama el demandante, así como el monto de los mismos.

4. Como problema jurídico subyacente, deberá determinarse de manera previa a la resolución de los anteriores problemas jurídicos si ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., por medio de su representante legal ÁLVARO JOSÉ SALAZAR, como vocera y administradora de los fideicomisos en mención, al otorgar los certificados de garantía y fuentes de pago obró o no en cumplimiento de instrucciones contractuales otorgadas por los fideicomitentes.
5. Con respecto a la responsabilidad de SBS Seguros Colombia S.A., como demandada directa y llamada en garantía, se deberá determinar si hay lugar o no a condenarla al pago de la eventual condena que se imponga a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

6. Tesis del Despacho

La tesis a exponer por este Despacho consiste en afirmar que ASF es civilmente responsable por los perjuicios reclamados por el demandante por incumplir sus deberes profesionales como fiduciaria al haber expedido sendos certificados de garantía y fuentes de pago con cargo a los fideicomisos FA-2351 MARCAS MALL y FA-2280 SAMÁN DE CRISTALES, sin contar con facultades contractuales para ello en cuanto al fideicomiso Marcas Mall y, por haber mentido al demandante respecto al supuesto otorgamiento de autorización previa para otorgar el certificado de garantía y la constancia de fuente de pago por parte del fideicomitente Promotora AKI S.A.S. en cuanto al fideicomiso Samán de Cristales, que era un requisito necesario e ineludible establecido en el contrato fiduciario para otorgar certificados de garantía, todo lo cual conllevó a que el demandante no pudiera hacer efectiva las garantías ni las fuentes de pago y, en consecuencia, no haya podido recuperar su inversión ni percibir utilidad alguna, ocasionándole perjuicios de índole patrimonial que deben ser indemnizados por la demandada por incumplir con sus deberes como fiduciaria al haber utilizado de manera abusiva la representación legal de tales fideicomisos y su reputación en el mercado fiduciario para captar mediante engaños recursos del demandante.

Por último, no hay lugar a condenar solidariamente por la responsabilidad civil contractual de ASF a SBS Seguros Colombia S.A., en tanto tal responsabilidad es consecuencia del negligente y abusivo ejercicio profesional de la asegurada al fallar los controles previos que debía realizar frente a los actos dolosos ejercidos por su entonces representante legal, lo cual constituye una exclusión dentro de los amparos declarados en la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros de Colombia S.A., conforme las condiciones generales del seguro consignadas en los numerales 3.7. y 3.14.

La tesis se sostendrá con fundamento en los siguientes argumentos fácticos y jurídicos:

7. Hechos relevantes probados

7.1. Hechos relevantes con relación al certificado de garantía y fuente de pago Fideicomiso FA-2351

Primero. Está demostrado que ASF ofició como vocera y administradora del Fideicomiso de administración FA-2351 MARCAS MALL CALI, tal como lo aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por su representante legal en la audiencia inicial, como también ello se demuestra con

la copia del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria constitutivo del fideicomiso denominado FA-2351 MARCAS MALL CALI suscrito el 28 de marzo de 2014 entre PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S. como fideicomitente y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA como fiduciaria, como consta en la cláusula segunda de este contrato anexa a la demanda.

Segundo. Mediante documento privado de fecha 24 de diciembre de 2014 se suscribió entre PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S. y ASF el otrosí No.1 al contrato de fiducia mercantil, **con la finalidad de ampliar su objeto a la expedición de certificados de garantía y constitución de fuentes de pago**, entre otras modificaciones, **tal como se estableció en los numerales 8 y 9 de la cláusula segunda de ese contrato** aportado como anexo de la demanda.

Tercero. Mediante documento privado de fecha 15 de junio de 2015 se suscribió entre PROMOTORA MARCAS MALL S.A.S. y ASF el otrosí No.3 al contrato de fiducia mercantil acordando modificarlo **con la finalidad de limitar su objeto solo a la modalidad de fiducia inmobiliaria, subtipo administración** y pagas y ampliar la forma de vinculación de terceros, permitiendo tener promitentes compradores y beneficiarios de área, como consta en el antecedente octavo de ese otrosí.

Cuarto. El 14 de octubre del año 2015 ASF expidió el CERTIFICADO DE GARANTÍA Y FUENTE DE PAGO FIDEICOMISO FA-2351 MARCAS MALL, **cuando ya no contaba con facultades contractuales para ello**, a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, en calidad de acreedor garantizado y destinatario de la fuente de pago, indicándose como valor de la obligación la suma de \$500.000.000 y como valor de la fuente de pago la suma de \$650.000.000. Asimismo, se indicó que los recursos con cargo a los cuales se constituía la fuente de pago correspondían al dinero proveniente del pago de los locales comerciales LC- 2-045 y LC 2-050 que resultarían del desarrollo del proyecto Marcas Mall Cali. También se estableció que la obligación se garantizaría tanto con los locales en mención como con el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 370-695292 donde se desarrollaría el proyecto Marcas Mall Cali.

Quinto. ASF por medio de su representante legal, ÁLVARO JOSÉ SALAZAR RAMÍREZ, **mintió al afirmar en la cláusula séptima del certificado de garantía y fondo de pago, que Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. en calidad de fideicomitente, la instruyó irrevocablemente mediante comunicación escrita remitida el 14 de octubre de 2015**, para que en su calidad de vocera y administradora del fideicomiso FA-2351 otorgara ese certificado de garantía a favor del demandante, puesto que como afirmó en su declaración testimonial, el señor FERNANDO ENRIQUE AMOROCHO QUIROGA, en su calidad de representante legal de la fideicomitente, nunca otorgó instrucciones para ese endeudamiento y ese endeudamiento nunca existió para el proyecto Marcas Mall Cali, afirmación que no pudo ser desmentida por ASF ya fuera mediante el documento escrito contentivo de la instrucción de otorgamiento de ese certificado o cualquier otra prueba idónea que demostrara lo contrario.

Sexto. El demandante afirmó, tanto en el hecho quinto de la demanda, como en su interrogatorio de parte, haber entregado a ASF la suma de \$494.162.014 el 16 de octubre de 2015, siguiendo las instrucciones dadas por la fiduciaria, mediante consignación realizada en el fondo Cartera Colectiva Abierta Acción Uno, dinero transferido por Alianza Fiduciaria S.A., tal como consta en la certificación expedida por esa sociedad el día 10 de diciembre de 2018, acompañada de los respectivos soportes de giro,

documentos todos que fueron aportados junto con la demanda. Esta consignación también fue aceptada por la demandada en su contestación al hecho quinto de la demanda. A su vez, el testigo FERNANDO ENRIQUE AMOROCHO QUIROGA, en su calidad de representante legal de la fideicomitente manifestó que esa misma suma aparecía ingresada en los movimientos del mes de octubre del año 2015 del fideicomiso como provenientes de Alianza Fiduciaria S.A. y de Bancolombia, corroborando lo dicho por el demandante, pero que ASF ingresó ese dinero como un préstamo de "patrimonios autónomos" sin ordenamiento por parte del fideicomitente, que fue movido totalmente por A.S.F. y que ese endeudamiento nunca existió para el proyecto, afirmaciones que de igual manera no fueron refutadas por ASF.

Séptimo. El demandante no recibió el pago prometido en las fechas establecidas en la cláusula décima primera del certificado de garantía, como tampoco ha podido hacer efectiva la garantía, ni ha recibido la devolución de la suma entregada a ASF a través del fondo Cartera Colectiva Abierta Acción Uno, por lo que se le ha ocasionado un detrimento patrimonial.

7.2. Hechos relevantes relacionados con la constancia de destinatario de fuente de pago FA-2784-1 y el certificado de garantía No.007 Fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales

Primero. Está demostrado que ASF ofició como vocera y administradora del Fideicomiso FA-2784 Recursos Samán de Cristales, contrato fiduciario celebrado el 23 de octubre de 2014, donde obra PROMOTORA AIKI S.A.S. como fideicomitente y ASF como fiduciaria, tal como lo aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por su representante legal en la audiencia inicial, lo que también se demuestra con el documento denominado "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FA-2784 FIDEICOMISO RECURSOS SAMÁN DE CRISTALES" aportado con la contestación de la demanda por PROMOTORA AIKI S.A.S.

Segundo. Está demostrado que ASF ofició como vocera y administradora del Fideicomiso FA-2280 Samán de Cristales, contrato fiduciario celebrado el 10 de diciembre de 2013, donde obra PROMOTORA AIKI S.A.S. como fideicomitente y ASF como fiduciaria, tal como lo aceptó en la contestación de la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por su representante legal en la audiencia inicial, como también ello se demuestra con el documento denominado "CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN FA-2280 FIDEICOMISO SAMÁN DE CRISTALES" aportado con la contestación de la demanda por PROMOTORA AIKI S.A.S.

Tercero. Está demostrado que ASF expidió el documento denominado "CONSTANCIA DESTINATARIO FUENTE DE PAGO FA-2784" a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, por la suma de \$300.000.000, con cargo a los recursos que ingresaran a las cuentas de ese fideicomiso provenientes del 15% del desembolso del crédito constructor y de los pagos que realizaran los inversionistas o terceros para la adquisición de unidades inmobiliarias dentro del proyecto Samán de Cristales, constancia que fue suscrita el 25 de enero de 2017 por el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO en calidad de representante legal de ASF.

Cuarto. Está demostrado que ASF expidió el documento denominado "CERTIFICADO DE GARANTÍA No.007 FIDEICOMISO SAMAN DE CRISTALES" a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, en calidad de acreedor vinculado, por el valor garantizado de \$300.000.000 y como valor del certificado la

suma de \$450.000.000, con cargo al lote de terreno ubicado en la cra 25 No.5-186 Oeste, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-2874 de la ORIP de Cali.

Quinto. Está probado que el demandado consignó ante Acción Sociedad Fiduciaria S.A. la suma de \$50.000.000 el día 24 de enero de 2017, un día antes de la expedición de la constancia de destinatario de fuente de pago y del certificado de garantía mencionados en los hechos tercero y cuarto, como consta en el recibo de consignación identificado con el consecutivo No.35210 visible al folio 63 del cuaderno principal del expediente físico.

Sexto. ASF no logró demostrar que PROMOTORA AIKI S.A.S., como fideicomitente del Fideicomiso FA-2280, haya entregado instrucciones para que expidiera el certificado de garantía No. 007 Fideicomiso FA-2280 SAMAN DE CRISTALES a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, requisito exigido por la cláusula segunda del otrosí No.1 al contrato de fiducia mercantil FA-2280, como también por el párrafo segundo de la misma cláusula.

Séptimo. ASF no logró demostrar que PROMOTORA AIKI S.A.S., como fideicomitente del Fideicomiso FA-2784, haya instruido la expedición de la constancia de destinatario de fuente de pago FA-2784 a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, instrucción que en todo caso no se encuentra incluida en el contrato fiduciario FA-2784 ni en su otrosí No.01.

Octavo. El demandante no recibió el pago prometido tanto en la constancia de destinatario de fuente de pago FA-2784 como en el certificado de garantía No.007 del Fideicomiso FA-2289 Samán de Cristales, como tampoco ha podido hacer efectiva la garantía, ni ha recibido la devolución de la suma entregada a ASF, por lo que se le ha ocasionado un detrimento patrimonial.

7.3. Hechos relevantes relacionados con la póliza de responsabilidad civil profesional No.1000099 expedida por AIG SEGUROS COLOMBIA S.A. (Hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) como asegurador y ACCIÓN SOCIEDAD FINANCIERA como asegurado

Primero. Que ACCIÓN FIDUCIARIA S.A. suscribió con AIG SEGUROS S.A. (hoy SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.) la póliza de seguros No. 1000099 que contaba entre otros amparos con el de responsabilidad civil profesional, con vigencia del 30 de septiembre de 2017 al 30 de septiembre de 2018, en la cual se pactó la exclusión de la responsabilidad por el incorrecto ejercicio profesional de la asegurada conforme a las condiciones generales del seguro consignadas en los numerales 3.7. y 3.14.

8. Recuento normativo, jurisprudencial y doctrinario aplicable al caso

8.1. Del Contrato en General y de la Responsabilidad Civil Contractual

El artículo 864 del Código de Comercio define el contrato así: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.”* A su vez el artículo 870 ib. señala las consecuencias del incumplimiento contractual, mientras que el artículo 871 consagra el principio de buena fe en las relaciones comerciales, indicando que: **“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado**

expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Por remisión expresa del artículo 822 del Código de Comercio en materia de obligaciones y contratos se aplicará el Código Civil en todo aquello que no se encuentre regulado por la legislación comercial, para efectos de lo cual se debe dar aplicación a los artículos 1602 a 1617 del Código Civil sobre la responsabilidad contractual. Al respecto el artículo 1604 establece una graduación de la culpa entre culpa grave, culpa leve y levísima, indicando que la culpa leve es aquella que compete al deudor incumplido en los contratos recíprocos, mientras que los artículos 1613, 1614, 1615 y 1616 hacen referencia a la indemnización de perjuicios, distinguiendo las categorías de lucro cesante y daño emergente, así como la responsabilidad del deudor por los perjuicios irrogados al contratante cumplido, en función del desmedro patrimonial que se le ocasione.

Ahora, en materia responsabilidad civil contractual el elemento subjetivo es un criterio determinante para la definición y el alcance de la responsabilidad, como quiera que el contrato en general, y en particular el comercial, es un acto que se desenvuelve por excelencia en el terreno de la *previsibilidad* y se rige por el postulado de la autonomía de la voluntad, asumiendo cada parte de manera espontánea, libre y consciente el cumplimiento de las obligaciones a su cargo en pro de un beneficio económico, teniendo el deber de perseguir el fin que inspiró el convenio guiados por el principio transversal de la buena fe por el cual se obligan a cumplir no solamente el clausulado contractual sino también todo lo que corresponda a la naturaleza del contrato en virtud de la ley, la costumbre y la equidad natural, preservando el justo equilibrio contractual y actuando con la debida lealtad y transparencia, **de manera que el incumplimiento de las obligaciones será castigado con la reparación por el deudor del perjuicio causado a la parte cumplida, tal como se deduce del contenido normativo del artículo 870 del C. Co.** Lo anterior, en armonía con el imperativo normativo contenido en el artículo 1602 del Código Civil, *«todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales»*, en concordancia con el artículo 864 del C. Co.

Consecuente con lo anterior, se ha dicho de manera reiterada por el alto Tribunal Civil que, para la prosperidad de la acción de responsabilidad contractual estará llamado el demandante a acreditar la existencia de los siguientes supuestos: *«i) que exista un vínculo concreto entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato); ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una obligación que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante del ameritado vínculo (incumplimiento culposo), iii) y en fin, que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la privación injusta de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño) de no mediar la relación tantas veces mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño)»* (CSJ SC 380-2018 del 22 de feb. de 2018, Rad. 2005-00368-01).

8.2. Fiducia Mercantil

El contrato de fiducia mercantil encuentra su definición el artículo 1226 del Código de Comercio, así: *“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere*

uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Ahora, en cuanto a los límites de la responsabilidad del fiduciario, el artículo 1243 ib., determina que responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión, concepto que en materia empresarial equivale a la conducta que se espera de un buen hombre (o mujer de negocios) en la administración y manejo de sus propios negocios, por lo que se encuentra ligado al actuar responsable y, por lo tanto, diligente, cuidadoso, honesto, leal y apegado a ley.

Esta definición por ser incompleta al no incorporar los negocios fiduciarios donde no hay transferencia de bienes a la sociedad fiduciaria encargada de su administración, encuentra su complemento en la Circular Básica Jurídica 007 de la Superintendencia Financiera, modificada para la fecha de los hechos objeto de debate por la Circular Externa 046 de 2008, la cual definió el contrato de fiducia o negocio fiduciario como “(...) aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero.

(...)

“Cuando haya transferencia de la propiedad de los bienes se estará ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio. Si no hay transferencia de la propiedad se estará ante un encargo fiduciario.” (...) ¹

En consideración de lo anterior, la fiducia mercantil se erige como un auténtico contrato de representación, dado que la compañía fiduciaria asume con la suscripción del contrato fiduciario en cualquiera de sus distintas y variadas modalidades, la representación y la vocería del patrimonio autónomo que de él surge y que se constituye con el propósito de alcanzar el fin propuesto cualquiera que fuera, siempre que sea lícito. Por lo tanto, la fiduciaria estará facultada solamente para adelantar los negocios y demás actos cuya gestión se le hayan encomendado dentro del marco del clausulado contractual para el cumplimiento del propósito para el cual se constituyó el contrato fiduciario, afirmación que encuentra sustento en los deberes del fiduciario consagrados en el artículo 1234 del Código de Comercio, así como en a los artículos 97, 146 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero normas cuyo alcance ha sido aclarado y desarrollado por la doctrina oficial de la Superintendencia Financiera por medio de la CBJ 007 (modificada por la C.E. 046 de 2008)², además de las propias que corresponden a la naturaleza del contrato fiduciario, en concordancia con lo establecido el artículo 840 ib.

Ahora, cuando la fiduciaria actúe en ausencia o extralimitación de facultades contractuales **será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa, como lo señala el artículo 841 siguiente.**

¹ Circular Externa 046 de 2008, Título V, Capítulo primero, 1.1.

² Título V, Capítulo I 2.2.

8.3 Inexistencia

El inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio prescribe que: *Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.*

Al respecto, el eminente tratadista José Ignacio Narváez, distingue la inexistencia de la nulidad absoluta estipulada en el artículo 899 ib. así: *Se insiste en que mientras la noción de negocio inexistente se basa en la falta de requisitos exigidos de modo general o en concreto para su validez, o de un elemento esencial para su configuración válida (nulidad radical o estructural), el concepto de negocio jurídico nulo se fundamenta en la infracción de la prohibición legal. Pero este puede ser saneado o susceptible de convalidación en casos excepcionales, verbigracia, en los previstos en la proposición final del artículo 106 del Código de Comercio;...*³

A su vez, este tratadista considera que el concepto de inexistencia aparece consagrado como uno de los supuestos de *nulidad estructural*, generada ... por la falta de alguno de los elementos esenciales del acto o negocio jurídico. Y se diferencia de la nulidad absoluta en que esta proviene de incurrir en una prohibición de la ley (art. 899)⁴.

En la misma línea, el tratadista Fernando Jiménez Valderrama, considera que *El contrato no existe cuando hay ausencia de uno de sus requisitos de existencia (consentimiento, objeto y causa)*⁵.

De vieja data y para la tradición de la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia la inexistencia se presenta cuando en un acto jurídico está ausente de uno de sus elementos, por lo que queda incompleto y no puede surtir ninguno de los efectos que la ley asocia a su formación: **Todo acto jurídico está constituido por la reunión de ciertos elementos esenciales que deben necesariamente hallarse en él. Si está ausente uno de esos elementos, el acto queda incompleto, no puede surtir ninguno de los efectos que la ley asocia a su formación, o se dice que es inexistente; es un puro hecho sin existencia legal.** Por ejemplo, según la definición dada aquí, todo acto jurídico supone una manifestación efectiva de la voluntad, ora sea porque ha obrado el agente en un acceso de enajenación mental, ora porque era muy joven para comprender lo que hacía, el acto no puede nacer o no existe ante los ojos de la ley.⁶ (negritas fuera del texto original)

Corresponde entonces determinar cuáles son los elementos esenciales de los contratos. Al respecto el inciso segundo del artículo 1501 del Código Civil establece que *Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en contrato diferente;...* Es así, como el artículo 1502 ib., determina que, *Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1. que sea legalmente capaz. 2. que consienta en dicho acto. 3. que recaiga sobre un objeto lícito. 4. que tenga una causa lícita.* Por tal razón, faltando alguno cualquiera de estos elementos de la esencia del contrato el mismo se tornará

³ Narváez García, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano, Obligaciones y Contratos Mercantiles, 2a edición, Legis Editores S.A., pp. 257-258.

⁴ *Ibidem*

⁵ Jiménez Valderrama, Fernando. Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico, primera edición, Legis Editores S.A., pp. 112.

⁶ Gaceta Judicial No.1900, Tomo XLII, Corte Suprema de Justicia, abril 10 de 1936.

inexistente.

9 Análisis del Caso Concreto

9.1 Legitimación en la causa

Encuentra el Juzgado en primera medida que están acreditados los presupuestos de la legitimidad tanto por activa como por pasiva, por ser el señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ quien suscribió como acreedor garantizado tanto el certificado de garantía y fuente de pago Fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL, como el certificado de garantía No.007 Fideicomiso FA-2280 SAMAN DE CRISTALES, así como también por figurar como destinatario de fuente de pago, tal como figura en la constancia de destinatario de fuente de pago FA-2784-1 y a su vez, estos certificados y la constancia fueron suscritos por el señor ÁLVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO, como representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en su calidad de vocera de los fideicomisos en mención, documentos en los que constan los negocios jurídicos que han dado lugar a esta demanda, en la que se alega el incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta demandada en relación con su obligación de aplicación del procedimiento de ejecución de las garantías otorgadas y por el incumplimiento de la obligación de pago como destinatario de fuentes de pago a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, en virtud de lo pactado en tales documentos.

Todo lo anterior conduce, sin mayor esfuerzo argumentativo, a concluir que no está llamada a prosperar la excepción de *“falta de legitimación por pasiva”* propuesta por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., y SBS Seguros COLOMBIA S.A., concurriendo a su vez la denegación de la excepción denominada por ASF como *“Error de la identificación del contrato celebrado”*, pues ninguno de los contratos fiduciarios enunciados corresponden al objeto de discusión planteado por el demandante en las pretensiones de la demanda de discusión en este proceso, dado que no se discute su legalidad, como tampoco el demandante reclama una indemnización por incumplimiento de su clausulado, por lo que en nada aporta al proceso realizar un juicio de identidad contractual, más allá de desviar el real foco de atención, que no es otro distinto que la responsabilidad de ASF al haber expedido los certificados de garantía y fuente de pago sin contar con facultades para ello.

9.2. Sobre el litisconsorcio cuasinecesario

Por otro lado, la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., fue convocada a este proceso como litisconsorte necesario en su calidad de fideicomitente del fideicomiso FA-2351 Marcas Mall que sirvió de instrumento para el desarrollo del proyecto inmobiliario Marcas Mall Cali, como también fue vinculada AIKI S.A.S. en igual condición como fideicomitente de los fideicomisos FA-2280 Samán de Cristales y FA-2784 Recursos Samán de Cristales. No obstante, no puede pasarse por alto que tanto los hechos de la demanda como en sus pretensiones se hace referencia de manera coherente, congruente, clara e insistente, a la responsabilidad de ASF como administrador fiduciario y ha sido esa su voluntad y real intención, sin que haya planteado ninguna pretensión de la cual se pueda inferir que no podría condenarse a la Fiduciaria sin imponer análoga condena a la promotora del proyecto inmobiliario o que se vean perjudicados los intereses de las vinculadas por la condena que se impondrá ASF, por lo que no basta con partir de la premisa cierta e indiscutible de la existencia de contratos coligados para concluir la existencia de una relación que dé lugar a la constitución de un litisconsorcio cuasinecesario, menos cuando el acto principal en cuestión radica en la actuación de ASF en

franca extralimitación y ausencia de facultades contractuales y legales para la constitución y otorgamiento de garantías y fuentes de pago con cargo a los fideicomisos antes mencionados, por lo que mal se haría en extender la responsabilidad por un ejercicio abusivo de responsabilidad legal a quien no lo ha propiciado, como son en este caso las vinculadas.

En función de lo dicho, deberá desligarse a la PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. y a la PROMOTORA AIKI S.A.S. de este proceso por no encontrarse configurados los elementos axiológicos del litisconsorcio necesario.

9.3. Sobre la responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Como se dejó dicho en el acápite de hechos relevantes probados, resulta palmaria la ausencia de facultades de ASF para constituir y otorgar garantías y fuentes de pago. No obstante, y a sabiendas de ello, ASF por medio de su representante legal y en ejercicio de la representación de los fideicomisos SAMÁN DE CRISTALES y MARCAS MALL, procedió, de manera irregular, por no decir fraudulenta, a expedir tales documentos, incurriendo en un abuso por extralimitación de sus facultades contractuales y legales, previa captación de recursos propios del demandante en cuantía de \$50.000.000 con respecto a SAMÁN DE CRISTALES y \$450.000.000 respecto a MARCAS MALL, recursos que ingresaron al fondo Acción Uno de ASF, pero que no fueron destinados al cumplimiento de los fines propios de los fideicomisos, ni ingresaron a sus cuentas, como tampoco los fideicomitentes supieron nunca de la celebración de esos contratos hasta la notificación de la demanda, por lo que los mismo se tornan en inexistentes por la ausencia absoluta del requisito esencial del consentimiento que debían otorgar los fideicomitentes y cuyo efecto no sería otro distinto que retornar las cosas al estado previo a la constitución de los mencionados actos y ordenar restituciones mutuas si en cuenta no se tuviera la mala fe con que actuó el representante legal de ASF al actuar como vocera y administradora de los fideicomisos, con lo que se demuestra ASF un absoluto descuido por parte de la demanda en su deber de vigilancia de sus subordinados.

En el mismo sentido, resulta llamativo que a fecha de hoy se desconozca el paradero del dinero aportado por el demandante y que no solo no se cumplió la promesa de rentabilidad otorgada al demandante, sino que no ha sido reintegrado a su patrimonio y se pretende por parte de la demandada que la víctima de esta operación engañosa, es decir, el señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, no sea indemnizado por ello, lo cual constituye a todas luces un enriquecimiento sin causa que debe ser debidamente indemnizado.

Al respecto, debe reiterarse que por mandato expreso del artículo 841 del Código de Comercio establece que cuando el representante actúe en ausencia o extralimitación de facultades contractuales **será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.** En tal sentido, se encuentra debidamente probado la existencia de un vínculo de causalidad entre la acción fraudulenta desplegada por el representante legal de ASF en pleno ejercicio de sus funciones y el desmedro económico ocasionado al demandante por no haber podido hasta la fecha recuperar el dinero que puso a disposición de ASF en la cuenta del fondo Acción Uno de su propiedad, como bien quedó establecido en el interrogatorio de parte de la representante legal de ASF y también de los documentos aportados con la demanda donde constan tales consignaciones. En el mismo sentido, también se encuentra probado que el demandante tampoco recibió el rendimiento

prometido, todo lo cual da cuentas de la existencia de los perjuicios patrimoniales causados al señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ a título de daño emergente con respecto al dinero pagado por entregado por éste a ASF y de lucro cesante por el no pago del provecho que esperaba recibir el demandante, que deben ser indemnizados por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA en cumplimiento del principio indemnizatorio consagrado en el artículo 1613 del Código Civil, según el cual la indemnización de perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Ahora, es deber del juzgador al momento de imponer la condena, sujetarse a los límites impuestos por el demandante en las pretensiones de la demanda en ejercicio de la autonomía de su voluntad. En tal sentido, el demandante ha pretendido obtener el reembolso de las sumas entregadas a ASF como daño emergente y el pago de intereses moratorios a su cargo a partir del día siguiente a la presentación de la demanda a título de lucro cesante. Asimismo, en cumplimiento del principio de equidad reconocido por el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso, siempre que se ordene la restitución de sumas de dinero debe ordenarse que se restituyan debidamente indexadas atendiendo la depreciación de la moneda. Es por ello por lo que se reconocerá a favor del demandante la restitución de las sumas de dinero consignadas a ASF debidamente indexadas desde la fecha de su entrega hasta el día de la presentación de la demanda y a partir del día siguiente se condenará a ASF pagar intereses moratorios sobre esas sumas hasta la fecha en que se efectúe su pago total, de la siguiente manera:

Indexación

- Capital: \$ 50.000.000 correspondientes a certificado de garantía FA-2280 Samán de Cristales
- IPC enero de 2017: 94.07
- IPC diciembre de 2018: 100.00

$$VA = 50.000.000 \frac{100.00}{94.07} = 53.151.908$$

Total capital indexado por este concepto = \$53.151.908

- Capital: \$ 494.162.014 correspondientes a certificado de garantía y fuente de pago FA-2351
- IPC octubre de 2015: 86.98
- IPC diciembre de 2018: 100.00

Fórmula: $Capital \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$

$$VA = 494.162.014 \frac{100.00}{86.98} = 568.132.920$$

Total capital indexado por este concepto = \$568.132.920

Intereses moratorios

CAPITAL	
VALOR	\$ 53.151.908,00
ACTIVADO	
TIEMPO DE MORA	
FECHA DE INICIO	13-dic-18
DIAS	17
TASA EFECTIVA	29,10
FECHA DE CORTE	28-nov-23
DIAS	-2
TASA EFECTIVA	38,28
TIEMPO DE MORA	1785
TASA PACTADA	40,50
PRIMER MES DE MORA	
ABONOS	
FECHA ABONO	
INTERESES PENDIENTES	\$ 0,00
ABONOS A CAPITAL	\$0,00
SALDO CAPITAL	\$0,00
INTERÉS (ANT. AB.)	\$ 0,00
INTERÉS (POST. AB.)	\$ 0,00
TASA NOMINAL	2,15
INTERESES	\$ 647.567,41
RESUMEN FINAL	
TOTAL MORA	\$ 72.512.845
INTERESES ABONADOS	\$ 0
ABONO CAPITAL	\$ 0
TOTAL ABONOS	\$ 0
SALDO CAPITAL	\$ 53.151.908
SALDO INTERESES	\$ 72.512.845
TOTAL INTERESES DE MORA	\$ 125.664.753
CERTIFICADO DE GARANTÍA Y FUENTE DE PAGO	FA-2280 y FA-2784

CAPITAL		
VALOR	\$ 568.132.920,00	ACTIVADO
TIEMPO D	E MORA	
FECHA DE INICIO		13-dic-18
DIAS	17	
TASA EFECTIVA	29,10	
FECHA DE CORTE		28-nov-23
DIAS	-2	
TASA EFECTIVA	38,28	
TIEMPO DE MORA	1785	
TASA PACTADA	40,50	
PRIMER MES DE MORA		
ABONOS		
FECHA ABONO		
INTERESES PENDIENTES	\$ 0,00	
ABONOS A CAPITAL	\$0,00	
SALDO CAPITAL	\$0,00	
INTERÉS (ANT. AB.)	\$ 0,00	
INTERÉS (POST. AB.)	\$ 0,00	
TASA NOMINAL	2,15	
INTERESES	\$ 6.921.752,74	
RESUMEN FINAL		
TOTAL MORA	\$ 775.079.124	
INTERESES ABONADOS	\$ 0	
ABONO CAPITAL	\$ 0	
TOTAL ABONOS	\$ 0	
SALDO CAPITAL	\$ 568.132.920	
SALDO INTERESES	\$ 775.079.124	
TOTAL INTERESES DE MORA	\$ 1.343.212.044	
CERTIFICADO DE GARANTÍA Y FUENTE DE PAGO FA-2351		
MARCAS MALL		

9.4. Ausencia de cobertura de la póliza de seguros No.1000099

Respecto a la responsabilidad de la demandada directa y llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A., como aseguradora del riesgo profesional asumido por ASF en virtud de la póliza de seguros No.1000099, se declarará probada la excepción de ausencia de cobertura de la póliza por cuanto el incumplimiento contractual por el cual será condenada la Fiduciaria se deriva de los actos profesionales fraudulentos en que incurrió ASF a través del señor Álvaro José Salazar, quien se desempeñó como su gerente y representante legal de la sucursal Cali para la fecha de ocurrencia de los hechos generadores de la responsabilidad civil actos fraudulentos aceptados como tal por la representante legal de ASF durante el interrogatorio de parte, conducta que se encuentra taxativamente estipulada como exclusión en el numeral 3.7 literal B. de la sección III de la Póliza No. 1000099.

Al respecto, debe resaltarse que por ministerio de ley consagrado en el artículo 1055 del Código de Comercio prescribe que el dolo y la culpa grave

del asegurado son inasegurables, por lo que no es necesaria su exclusión expresa en las pólizas de seguro, razón por la cual para el presente caso bastaba con la sola demostración de la grave infidelidad a los deberes profesionales del administrador fiduciario por parte de ASF para que procediera, aun de oficio, la declaración de la excepción perentoria de exclusión del amparo de la responsabilidad profesional.

En respaldo a esta conclusión se traen a colación a partes de la reciente sentencia SC2879 de 2022, en la cual la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en un caso donde se analizó la responsabilidad de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA por las maniobras fraudulentas de su representante legal en ejercicio de la administración y la vocería del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, determinó lo siguiente:

Respecto al argumento de la demandada según el cual las conductas fraudulentas del representante legal no gozan de certeza porque aún no existe una decisión judicial que así lo declare, baste decir que ésta sería exigible en caso de que se alegara la configuración de la exclusión 3.7 en su literal A, no así cuando se discute la configuración del literal B, que simplemente exige la admisión por parte de la asegurada de esas conductas.

En tal virtud, la existencia de las conductas deshonestas o fraudulentas del representante legal de la fiduciaria pueden acreditarse en el proceso por otros medios de convicción. Debe recordarse que cuando se trata de una conducta de tal naturaleza en la ejecución del contrato, el llamado dolo contractual (entendido como la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno), no tiene las connotaciones propias del derecho sancionatorio[1] y, por ende, no es necesaria la existencia de una decisión penal o disciplinaria para acreditar su existencia, pues aquel puede derivarse de otras pruebas que lleven al juzgador a la certeza de su comisión.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

«Si bien al tenor del artículo 1516 ejusdem el dolo debe ser demostrado, salvo en los casos en que lo presume la ley, ello no quiere decir que exista una tarifa legal o prueba determinada para llevar al fallador al convencimiento de su ocurrencia, razón por la cual, en aplicación del principio de la sana crítica, se puede llegar a su establecimiento como consecuencia de deducciones lógicas fruto del mérito dado a los medios de convicción debidamente aportados al proceso.» (CSJ SC, 5 jul. 2012, radicado 200500425-01).

Pero además del interrogatorio, las pruebas documentales evidencian el reconocimiento que hizo la fiduciaria del actuar ilícito de su representante legal Álvaro José Salazar, a través de la denuncia elevada por los delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, obstrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal y estafa; así como de la reclamación que la misma entidad hiciera a la aseguradora, afectando el amparo de infidelidad, incluido en la póliza integral para bancos y entidades financieras, también contratada bajo el contrato de seguro 1000099.

Del interrogatorio de parte de la representante legal de la fiduciaria se desprende que la entidad no sólo elevó la reclamación por infidelidad a causa de la conducta de Álvaro José Salazar relacionada con varios fideicomisos a cargo de la oficina de Cali, entre ellos el de Marcas Mall, sino

que en virtud de dicha reclamación recibió más de catorce mil millones de pesos como pago por parte de la aseguradora[1]:

...

Así mismo, se encuentra acreditado que el incumplimiento contractual fue causado por la administración inadecuada que el representante legal de la oficina de Cali dio al negocio inmobiliario Marcas Mall, cuyas maniobras deshonestas o fraudulentas fueron reconocidas por la demandada, a través del interrogatorio de parte, la denuncia elevada y la reclamación por el amparo de infidelidad.

10. Decisión judicial

Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se procede a proferir la siguiente condena:

Medidas concretas

PRIMERO. DECLARAR INEXISTENTES las garantías y las fuentes de pago constituidas por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. por concepto de los fideicomisos FA-2351 MARCAS MALL, FA-2280 SAMÁN DE CRISTALES y FA-2784 a favor del señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a restituir al señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ debidamente indexadas la suma de \$50.000.000 por concepto del certificado de garantía y la fuente de pago constituidas sobre los fideicomisos FA-2280 SAMÁN DE CRISTALES y FA-2784, desde la fecha de su entrega hasta la fecha de la presentación de la demanda, lo cual asciende a la suma de \$53.151.908.

TERCERO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a restituir al señor JAIME SALAZAR RAMÍREZ debidamente indexadas la suma de \$494.162.014 por concepto del certificado de garantía y la fuente de pago constituidas sobre el fideicomiso FA-2351 MARCAS MALL, desde la fecha de su entrega hasta la fecha de la presentación de la demanda, lo cual asciende a la suma de \$568.132.920.

TERCERO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. intereses moratorios sobre las anteriores sumas de dinero a partir del día siguiente de la fecha de presentación de la demanda hasta que se haga efectivo su pago, tal como se dejó establecido en las consideraciones de esta sentencia, cuyo valor total hasta hoy asciende a un total de \$1.468.876.797.

CUARTO. DESVINCULAR de este proceso a PROMOTORA AIKI S.A.S y a PROMOTORA MARCAS MALL CALI.

QUINTO. DECLARAR probada la excepción de "ausencia de cobertura de la póliza 1000099" propuesta por la llamada en garantía SBS Seguros de Colombia S.A., por las razones que se exponen en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIRIA S.A. en agencias en derecho a favor de JAIME SALAZAR RAMÍREZ \$44.066.304.

QUINTO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIRIA S.A. en agencias en

derecho a favor de SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. por la suma de \$44.066.304.

SEXTO. CONDENAR a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIRIA S.A. en agencias en derecho a favor de PROMOTORA AIKI S.A.S. por la suma de \$44.066.304.

SÉPTIMO. ORDENAR el archivo del proceso una vez quede ejecutoriada esta sentencia.

Notifíquese,

LIBARDO ANTONIO BLANCO SILVA
Juez Séptimo Civil del Circuito de Cali

Firmado Por:
Libardo Antonio Blanco Silva
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 007
Cali - Valle Del Cauca

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

Código de verificación: **2b9f1678f5f8620d1e82f798b4b5d79ecf55597b7da72043209979f4b4617862**

Documento generado en 29/11/2023 04:37:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>