

Honorable
CONSEJO DE ESTADO
Sección Tercera
Subsección C
Atn. Mag. Nicolas Yépez Corrales
E. S. D.

Rad. No.: 250002325000201201618-01
Demandante: Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación
Demandado: Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. y otros.

Asunto: Alegatos de conclusión Segunda Instancia

MARIA ISABEL ZUREK GARCÍA HERREROS, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía No. 60.329.161 y portadora de la tarjeta profesional de abogado No. 70.941 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la Flota Mercante en Liquidación¹ (“CIFM”, “la Flota Mercante” o “la Demandante”) y de la Federación Nacional de Cafeteros (en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café)², me permito presentar ALEGATOS DE CONCLUSIÓN de segunda instancia, dentro de la oportunidad procesal dispuesta en el artículo 212 del Decreto 01 de 1984 (“CCA”), en el marco del presente proceso iniciado en contra de la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. (“Fiduagraria” o “la Liquidadora”), así como respecto de las aseguradoras Mapfre Seguros S.A. (“Mapfre”), ACE Seguros S.A. - hoy Chubb Seguros Colombia S.A.- (“Chubb”), QBE Seguros S.A. - hoy Zurich Colombia Seguros S.A.- (“Zurich”) y Seguros Colpatria S.A. - hoy Axa Colpatria- (“Axa”) (en conjunto “las Aseguradoras”).

Con el objeto de darle una estructura lógica y ordenada a los diversos temas y aspectos que han de desarrollarse para demostrar que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda inicial y que por tanto, debe revocarse la sentencia proferida, se seguirá el orden temático que se indica a continuación:

¹ Cuyos derechos litigiosos fueron cedidos en su integridad a la Federación Nacional de Cafeteros.
² Fls. 724-730 del Cuaderno Principal No. 4 - Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la Sección Tercera.

Tabla de contenido

I. MANIFESTACIÓN PRELIMINAR – RESUMEN DE LA CONTROVERSIA Y DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA CIFM.....	5
II. HECHOS PROBADOS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS APLICABLES AL CASO	7
1. Asuntos generales.....	7
1.1. Régimen aplicable a la controversia (Código de Comercio y Ley 222 de 1995)	7
1.2. Responsabilidad y estándar de conducta que se exigía de Fiduciaria como liquidadora (administradora).....	10
1.3. Todos los actos cometidos Óscar Antonio Hernández Gómez en perjuicio de la CIFM fueron a su vez actos de la propia Fiduciaria	15
1.4. Hechos probados que dan cuenta de la negligencia de Fiduciaria como liquidadora de la CIFM y relacionados con la controversia en general	16
1.5. Sentencia de primera instancia.....	26
2. Incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales	27
2.1. La prioridad del pago de las mesadas pensionales en la liquidación de la CIFM	28
2.2. La Sentencia SU-1023 de 2001	28
2.3. Las consignaciones que la FNC hizo a la CIFM para cumplir con el pago de las mesadas pensionales	30
2.4. La presunción de culpa en el obrar de Fiduciaria	33
2.5. El daño sufrido por la Demandante.....	37
2.6. La indebida valoración probatoria del <i>a quo</i> con respecto a los perjuicios causados a la demandante por este concepto	41
3. Los perjuicios sufridos por la negligencia en la terminación de los contratos laborales de los 18 marinos.....	45
3.1. La diligencia esperada frente a la situación de los 18 exmarinos, una vez quedó ejecutoriada la primera sentencia que decidió sobre la suspensión de los contratos	47
3.2. El indebido manejo de los contratos laborales con los exmarinos, una vez fueron reincorporados a la planta de la Flota Mercante.....	49
3.3. Los perjuicios sufridos por las sumas que la CIFM debió pagar a los exmarinos con ocasión de la negligencia de Fiduciaria.....	553.4.
Perjuicios por la contratación de los abogados para atender los procesos ante la indebida liquidación de los exmarinos	70

3.5. Indebida liquidación aportes a la Seguridad Social (pensión y salud) tras el reintegro de los 18 exmarinos	73
4. Contratación no autorizada y sin contrato escrito de abogados.	83
4.1. Hechos relevantes.....	83
4.2. Incorrecta valoración probatoria del Tribunal respecto de la condición de perjuicio de las sumas que se reclaman por este concepto.....	86
4.3. Los perjuicios sufridos por la Flota Mercante	90
5. Contratación de celular en contravía de lo dispuesto por la SuperSociedades.....	92
5.1. Insuficiente e incorrecta valoración de las pruebas que dan cuenta del uso no autorizado del celular	93
5.2. Del perjuicio que se probó en el proceso	95
6. Indebida contratación de Setecsa.....	95
6.1. Indebida valoración de los hechos y las pruebas que dan cuenta de la inconveniencia de mantener un contrato leonino para la liquidación	96
6.2. El perjuicio que se acreditó en el proceso por este concepto.....	97
7. Reclamaciones administrativas en Ecuador.....	98
7.1. La imposición de un estándar irracional de prueba del perjuicio	104
7.2. El perjuicio probado	106
III. IMPROCEDENCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FIDUAGRARIA	106
1. No operó la caducidad parcial de la acción	107
2. Inexistencia de cosa juzgada	111
3. No hubo un hecho de un tercero, y en todo caso la responsabilidad sería solidaria.....	112
4. Irrelevancia de que haya renunciado a 50% de honorarios.....	113
IV. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL	114
V. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA AXA COLPATRIA Y LA IMPROCEDENCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR ELLA	118
1. Aspectos generales de la responsabilidad civil profesional	120
1.1. Noción y alcance de la responsabilidad civil profesional y su aseguramiento	120
1.2. En Colombia, la culpa grave hace parte del amparo de la póliza de responsabilidad civil profesional.....	124

1.3.	La delimitación temporal del riesgo en la póliza de responsabilidad civil profesional	125
1.4.	El siniestro en la póliza de responsabilidad civil profesional y su prueba....	127
2.	La Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, amparo de Responsabilidad Civil Profesional de Entidades Financieras del Lloyd's, Texto NMA 2273 expedida por AXA	129
2.1.	Amparos y vigencias	129
2.2.	Valor asegurado y deducible	129
2.3.	Fecha retroactiva.....	130
2.4.	Alcance del amparo de Indemnización Profesional de Entidades Financieras del Lloyd's, Texto NMA 2273 - Clausulado por Reclamos Hechos ("CLAIMS MADE")	131
2.5.	El reclamo hecho por el tercero al asegurado, Fiduagraria.....	132
2.6.	Definición de Administradores y empleados	133
3.	Con respeto a la responsabilidad de Axa e improcedencia de las excepciones propuestas por dicha aseguradora.	135
3.1.	Improcedencia de la excepción de Inexistencia de responsabilidad atribuible a Fiduagraria.....	135
3.2.	Caducidad del medio de control de reparación directa	135
3.3.	Falta de legitimación en la causa por activa respecto del reclamo de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social.	136
3.4.	Improcedencia de la excepción denominada "EN TODO CASO, EL ÚNICO LLAMADO A RESPONDER ES EL GARANTE EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 165 DE LA LEY 222 DE 1995"	137
3.5.	Improcedencia de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa para reclamar cualquier prestación derivada del contrato de seguro No. 8001000152	138
3.6.	Improcedencia de la excepción de no realización del riesgo asegurado y por lo tanto no existe obligación indemnizatoria a cargo de Axa.	139
3.7.	Improcedencia de la excepción de falta de cobertura temporal del contrato de seguro	139
3.8.	Improcedencia de la excepción de falta de cobertura temporal del amparo de indemnización profesional del contrato de seguro.....	140
3.9.	Improcedencia de la excepción de falta de cobertura como consecuencia de la fecha de retroactividad y limitación de descubrimiento.....	141



3.10.	Improcedencia de la excepción de que la aseguradora no puede ser responsable por hechos pretéritos.	141
3.11.	Improcedencia de la garantía, nulidad del contrato de seguro por aplicación del artículo 1061 del Código de Comercio.....	142
3.12.	Improcedencia de la excepción respecto de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro.	143
3.13.	Improcedencia de la excepción de falta de cobertura por cuanto el reclamo de la CIFM no cumple con los lineamientos del condicionado general del contrato de seguro.	144
3.14.	Improcedencia de la excepción de nulidad del contrato de seguro como consecuencia de la reticencia del asegurado.	144
3.15.	Improcedencia de la excepción sobre la facultad de Axa de retener la prima a título de pena como consecuencia de la declaratoria de la reticencia del contrato de seguro.	145
3.16.	Con respecto a la aplicación de las condiciones generales del contrato de seguro relacionadas con la coexistencia de seguros.....	145
3.17.	Con respecto a la aplicación de deducible pactado	146
3.18.	Sobre la procedencia de la solicitud del pago de los intereses moratorios.	147
3.19.	Improcedencia de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.	148
4.	Cuántía de la pérdida sufrida por la CIFM que debe ser indemnizada por Axa en los términos previstos en el Seguro de Manejo Global Bancario No. 8001000152, amparo de Indemnización Profesional NMA 2273.	149
VI.	FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA FIDUAGRARIA	151
VII.	LA CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS POR PARTE DE LA CIFM A LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.....	157
VIII.	SOLICITUDES	157
IX.	ACTUALIZACIÓN DE NOTIFICACIONES	158

I. MANIFESTACIÓN PRELIMINAR – RESUMEN DE LA CONTROVERSIA Y DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA CIFM

La presente controversia versa sobre las múltiples irregularidades que cometió Fiduagraria en su condición de liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota

Mercante durante el proceso de liquidación, sociedad que otrora era motivo de orgullo para los colombianos cuando se identificaba como Flota Mercante Gran Colombiana³, pero cuyo declive por diferentes razones conllevó su liquidación.

Como se detallará más adelante, en el periodo en que Fiduararia estuvo a cargo de la liquidación de la CIFM (desde noviembre de 2000 y agosto de 2007), la persona designada por ella como Agente especial adoptó decisiones que aumentarían exponencialmente los pasivos de la compañía y dilapidarían los activos de la sociedad, en grave perjuicio para los acreedores y, principalmente, para sus trabajadores y pensionados. La falta de rigor en la administración de la liquidación forzó a que muchos pensionados debieran acudir a la acción de tutela, a fin de obtener la protección de sus derechos, lo que a su vez implicó que la Federación Nacional de Cafeteros, tuviera que asumir con recursos públicos (del Fondo Nacional del Café) el pago de las pensiones de los extrabajadores a cargo de la sociedad, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional (SU-1023 de 2001).

Aun cuando la Junta Asesora de la liquidación de la CIFM puso de presente a la Superintendencia de Sociedades diferentes situaciones que generaban duda sobre el recto actuar de Fiduararia y a lo largo de la gestión requirió explicaciones al señor Hernández, en realidad la negligente gestión y los perjuicios irrogados a la empresa sólo se pudieron evidenciar con ocasión de la renuncia de la hoy demandada a su calidad de liquidadora, pues la llegada de un nuevo liquidador permitió evidenciar múltiples falencias en el proceso de liquidación adelantado por Fiduararia.

Después de que este proceso cursara ante cinco despachos diferentes, y que hubiera iniciado en el año 2008, finalmente llegó la oportunidad para que Fiduararia y las Aseguradoras que ampararon la responsabilidad de ésta y de sus administradores indemnicen todos los perjuicios que aquella sociedad causó a la CIFM y que, consecuentemente, tuvo que asumir la FNC.

Los perjuicios a los que hacemos alusión pueden resumirse de la siguiente manera:

³ En el Periódico el Universal se afirmó: “La flota mercante Grancolombiana, creada a mediados del siglo pasado con capital colombiano, venezolano y ecuatoriano, marcó una época de gloria de la marina mercante en el país pues impulsó la exportación de productos locales como el banano, el algodón y el café, que pagaban cantidades mínimas en fletes y llegó a emplear a más de 2 mil marinos colombianos. Su flota llegó a ser de 45 barcos.” Columna “¿Por qué no hay una marina mercante en Colombia? Estas son las razones” por Tania Flórez Dechamps, que puede ser recopilado de <https://www.eluniversal.com.co/especial/maritimo/por-que-no-hay-una-marina-mercante-en-colombia-estas-son-las-razones-XY2881635>

Concepto	Valor	Actualizado IPC Agosto 2024
Sustituciones pensionales - Recursos no consignados a ordenes de juzgados	\$ 976.288.425	\$ 2.183.767.055
Contratación Abogados para atender procesos de sustituciones pensionales	\$ 4.544.315	\$ 10.164.748
Contratación de abogados para atender procesos iniciados por 18 exmarinos	\$ 464.561.315	\$ 1.018.829.555
Indebida liquidación de aportes 18 marinos	\$ 960.476.041	\$ 1.934.009.710
Contratación de Abogados sin aprobación junta y sin contrato escrito	\$ 277.619.595	\$ 608.847.614
Uso no autorizado del Celular	\$ 26.751.702	\$ 59.838.347
Contratación Setecsa	\$ 109.443.103	\$ 240.019.701
Indebida liquidación 18 exmarinos	\$ 7.759.717.468	\$ 16.220.553.014
Costas y agencias en derecho	\$ 351.498.006	\$ 565.096.597
Sanción Ministerio del Trabajo del Ecuador	\$ 1.940.469.408	\$ 4.346.542.561
Total	\$ 12.871.369.378	\$ 27.187.668.901

II. HECHOS PROBADOS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS APLICABLES AL CASO

1. Asuntos generales

1.1. Régimen aplicable a la controversia (Código de Comercio y Ley 222 de 1995)

Resulta de cardinal importancia comenzar analizando el régimen aplicable a los hechos materia del proceso. Según se explicará enseguida, las normas a aplicar son aquellas de naturaleza comercial, que se relacionen con los administradores y su responsabilidad, así como las disposiciones especiales que rigen la actividad de los liquidadores (principalmente el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995).

A su vez, con el ánimo de no incurrir en reiteraciones innecesarias, procederemos a exponer los hechos probados más relevantes, que abarcan la totalidad de las reclamaciones sub examine.



Mediante el Auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000,⁴ la Superintendencia de Sociedades (“SuperSociedades”) ordenó la liquidación de la Flota Mercante. En la misma providencia dispuso designar Fiduciaria Petrolera S.A. como el liquidador de la CIFM (en su Núm. 7^{o5}).

El mandato encomendado a la Fiduciaria Petrolera culminaría a los pocos meses, el 29 de noviembre de 2000, momento en que Fiduagraria fue designada como liquidadora por la SuperSociedades⁶.

Es menester aclarar que, si bien el nombramiento inicial se hizo en favor de Sociedad Fiduciaria Industrial S.A (“Fiduifi”), el 1º de noviembre de 2003, esta sociedad fue absorbida por Fiduagraria⁷⁸. En tal virtud, la hoy demandada ejerció su labor desde el 29 de noviembre del 2000 hasta el 6 de junio de 2007, fecha en que la SuperSociedades aprobó su forzada “renuncia”⁹.

Fiduagraria es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, como consta en el certificado de existencia y representación legal¹⁰. En atención a su naturaleza, según lo dispuesto en el artículo 97¹¹ la Ley 489 de 1998, su actividad ordinaria se rige por las reglas de derecho privado. Por esta razón es que la CIFM presentó la demanda que dio inicio al presente proceso ante la jurisdicción ordinaria (inicialmente tenía el radicado 2008-00080), y, aunque no compartimos la decisión adoptada por el Juzgado Civil

⁴ Prueba Documental 2.1 de la demanda, fl. 46-95 del Cuaderno de anexos de la demanda, Tomo I.

⁵ Ibid., fl. 91.

⁶ Prueba Documental No. 2.3 de la demanda. Auto 440-22174 del 29 de noviembre de 2000, fl. 94 del Cuaderno de anexos de la demanda, Tomo I.

⁷ Según lo establecido en el artículo 172 del CCo: “Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva. (...) La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.”

⁸ Fiduagraria reconoció este hecho como cierto, en su contestación al hecho 1.4 de la demanda.

⁹ Según lo dispone el artículo 175 de la Ley 222 de 1995: “**ARTICULO 172. CESACION DE FUNCIONES.** Las funciones del liquidador cesarán en los siguientes casos:

1. Como consecuencia de renuncia debidamente aceptada, y una vez su reemplazo se inscriba en el registro mercantil o en el registro correspondiente.”

¹⁰ Fl. 4-Anverso del Tomo I – Anexos de la demanda.

¹¹ “**ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA.** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.”

19 del Circuito de Descongestión¹², se determinó que la jurisdicción contencioso-administrativa era la competente para conocer de la controversia.

De igual manera, Fiduagraria cumplió la función de liquidadora por ser un acto propio de su objeto social¹³, al amparo de la expresa autorización otorgada por el artículo 163¹⁴ de la Ley 222 de 1995, consistente en que las sociedades fiduciarias pueden ser designadas como liquidadoras.

Aclaramos que, dado que el periodo en que Fiduagraria fungió como administradora de la CIFM, la expedición de la Ley 1116 de 2006 no derogó la aplicación del Título II de la Ley 222 de 1995, por expresa disposición del artículo 117 de aquella norma¹⁵, por lo que la Ley 1116 no debe ser tenida en cuenta para desatar las desavenencias objeto de la litis, posición que fue acogida a su vez por la SuperSociedades¹⁶.

Como conclusión de lo expuesto hasta el momento, la responsabilidad de Fiduagraria por su gestión en la liquidación de la CIFM se rige por las normas comerciales especiales (principalmente la Ley 222 de 1995 y el Código de Comercio).

¹² Auto del 20 de enero de 2012, fls. 143-147 del Cuaderno Principal No. 3 - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN SEGUNDA.

¹³ Según consta en su certificado de existencia y representación legal “EL OBJETO SOCIAL DE FIDUAGRARIA SERA, (sic) EL DESARROLLO DE NEGOCIOS Y SERVICIOS FIDUCIARIOS EN GENERAL (...)”. Prueba Documental X.

¹⁴ “ARTÍCULO 163. REQUISITOS. (...) PARAGRAFO. Podrán ser designados como liquidadores, las sociedades fiduciarias, las sociedades y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea asesoría en la recuperación y liquidación de empresas. Pero en todo caso, deberán designar la persona o personas naturales que en su nombre ejecutarán el encargo.” (Se destaca).

¹⁵ “**ARTÍCULO 117. CONCORDATOS Y LIQUIDACIONES OBLIGATORIAS EN CURSO Y ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN.** Las negociaciones de acuerdos de reestructuración, los concordatos y liquidaciones obligatorias de personas naturales y jurídicas iniciados durante la vigencia del Título II de la Ley 222 de 1995, al igual que los acuerdos de reestructuración ya celebrados y los concordatos y quiebras indicados en el artículo 237 de la Ley 222 de 1995, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley. (...)”

¹⁶ En el Oficio No. 220-043168 del 24 de febrero de 2009 la Entidad aclaró: “Me refiero a su escrito radicado en esta Superintendencia con el número 2009-01-008994, mediante el cual solicita se adicione el Oficio 220-130854 del 15 de diciembre de 2008, por medio del cual esta oficina atendió su consulta relacionada con el trámite a seguir frente al incumplimiento del acuerdo concordatario celebrado entre una persona natural comerciante y sus acreedores durante la vigencia de la Ley 222 de 1995, en el sentido de informarle “...cuál es la ley aplicable a la sociedad que está en proceso de liquidación obligatoria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 222 de 1995. Para los efectos anteriores se sigue aplicando la Ley 222 de 1995 o la Ley 1116 de 2006”.

1.2. Responsabilidad y estándar de conducta que se exigía de Fiduciaria como liquidadora (administradora).

Como primera premisa, el liquidador de una sociedad **funge como administrador de una sociedad**, según lo dispone el artículo 22 de la Ley 222 de 1995:

“Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.” (Subrayas son nuestras).

Por consiguiente, se deben acudir a las normas propias del régimen de los administradores, complementadas por las que regulan la responsabilidad especial de los liquidadores.

Enseguida se expondrán las fuentes bajo las cuales es dable afirmar que: i) El estándar de diligencia para el liquidador es calificado, debiendo actuar como un buen hombre de negocios; ii) Existen ciertos deberes fiduciarios que los administradores siempre deben cumplir, en especial el de lealtad y buena fe con la sociedad y sus accionistas; iii) La ley ha establecido presunciones de culpa ante ciertos actos que realicen los administradores; y iv) Existen deberes específicos para los liquidadores, aplicables a su vez a Fiduciaria.

1.2.1. El estándar calificado de conducta que se exigía de Fiduciaria

Sobre el estándar calificado de los administradores, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, **dada la importante labor que desempeñan sus administradores**, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad.



Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían¹⁷, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad.”¹⁸

En sentido similar, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló al respecto:

“2.2.3. Deber de diligencia de un buen hombre de negocios: La connotación que destaca este deber, es que se trata de una obligación general, cuya satisfacción no exige una conducta concreta, sino la adecuación de las tareas o compromisos propio es del administrador, con arreglo a un estándar o modelo de comportamiento específico, esto es, el de un “buen hombre de negocios”, diferente, como ya se dijo, al patrón medio para evaluar la conducta en el derecho común, referido al del buen padre de familia.

(...)

Es decir, en otros términos, que el administrador en relación con las obligaciones legales, estatutarias y contractuales que asume en razón de su cargo de representación y gestión, ha de ser visto por un deudor de carácter cualificado, cuya diligencia ha de ir más allá que la empleada de ordinario por una persona promedio en sus negocios, porque, se reitera, se trata de un deber o diligencia **profesional**, que como bien lo apunta la doctrina extranjera, “consistirá en una mayor previsión y prudencia en las actuaciones, al igual que una actitud distinta ante las situaciones planteadas, una actitud que manifiesta una superior iniciativa y capacidad técnica”.¹⁹

Posteriormente, la misma Corporación dispuso:

“En ese contexto así lo doctrinó esta corporación al señalar que:

Basta con resaltar que, en el campo societario, la Ley 222 de 1995 contempló en su artículo 23 que es deber de los administradores «obrar de

¹⁷ “El artículo 200 del Código de Comercio, sin las modificaciones introducidas por la Ley 222 de 1995 consagraba: Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Al respecto de la modificación a éste artículo ver comentario, OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo. Teoría general de los actos o negocios jurídicos, vol. 2. Editorial Temis, Bogotá, 1983, pág. 332”.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios», todo ello en «interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados»[.]

(...)

De ahí que si los gerentes, miembros de juntas o quienes desempeñen funciones de similar índole, se alejan del principio rector de desarrollar el objeto social, incumplen sus obligaciones legales y estatutarias o asumen comportamientos que atentan contra su representada, quedan obligados en los términos del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el 24 de la Ley 222 de 1995, según el cual «[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros». (...) (CSJ, SC18594 de 2016, rad. 2010-00703).”²⁰

Como se observa, no son de poca monta las consecuencias que se derivan de la desatención del liquidador de sus deberes fiduciarios. En concordancia con el artículo 200 del Código de Comercio (“CCo”) citado en la sentencia, el artículo 167 de la Ley 222 de 1995 estableció específicamente para los liquidadores que:

“El liquidador responderá **al deudor**, a los asociados, **acreedores y terceros, y si fuere del caso a la entidad deudora**, por el patrimonio que recibe para liquidar, razón por la cual, para todos los efectos legales, los bienes inventariados y el avalúo de los mismos realizado conforme a las normas previstas, determinarán los límites de su responsabilidad. De la misma manera, **responderá de los perjuicios que por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes cause a las mencionadas personas.**” (Destacado es nuestro).

1.2.2. Las presunciones dispuestas legalmente de cuando los administradores obran con culpa

Es menester, para los efectos del presente caso, destacar los eventos en que se presume la culpa del administrador, a voces del inciso 3º del mismo artículo 200 del CCo, se presumirá la culpa del administrador cuando:

- Incumpla o se extralimite de sus funciones; o

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2022, MP Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

- i) Viole la ley o los estatutos, que se traduce en acatar el deber consignado en el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 -“2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”-

Sobre estas presunciones, la Corte se pronunció en los siguientes términos:

“(…) cuando se está en presencia de alguno de esos eventos concretos que hacen operante la referida presunción, por ejemplo, cuando se afirma que el daño cuya reparación se persigue proviene de un acto u omisión del administrador violatorio de un mandato legal, el actor queda eximido de la carga de probar el dolo o negligencia del demandado, por expresa voluntad legislativa.

Por lo mismo, correrá para el administrador accionado, ante la presunción iuris tantum que pesa en su contra, la carga de demostrar la ausencia de dolo o culpa en su actuar o abstención profesional, o que concurre a su caso alguna de las hipótesis de exclusión de la responsabilidad, esto es, no haber tenido conocimiento de la acción u omisión, o haber votado en contra de ella absteniéndose de ejecutarla (art. 24, inc. 2o). Además, por supuesto, de todas las otras que autoriza el derecho común en temas de responsabilidad.”²¹ (Subrayas no hacen parte del texto).

Esta providencia se ocupó de ahondar en la presunción atinente a la violación de los estatutos o la ley, en los siguientes términos:

“No hay duda, entonces, que en casos como el citado de violación de las obligaciones de orden legal, la imputación que se hace al administrador a título de dolo o culpa se mantendrá enhiesta en el proceso, a menos que éste la desvirtúe (sic), como se indicó, probando alguna de las causas de exoneración previstas en la ley[.]

(…)

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995 no solo estableció la triada de deberes fiduciarios, de estructura abierta como se explicó, sino que también tipificó unos deberes específicos de diligencia y lealtad, entre ellos, interesa para lo que acá incumbe, el de “Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”, o también denominado deber de cumplimiento normativo[.]

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

(...)

Precisamente, al advertir la importancia de este deber específico, la pluricitada Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades, anotó que

“Los administradores deberán observar y verificar el cumplimiento de las disposiciones de naturaleza **laboral**, fiscal, ambiental, comercial, contable, de protección al consumidor, de propiedad intelectual, de promoción y respeto de la competencia, entre otras, que regulan el funcionamiento de la sociedad y sus relaciones con los distintos interesados. Igualmente, deben acatar y velar por la observancia de las estipulaciones de carácter estatutario, comoquiera que las mismas recogen la voluntad de los asociados y regulan sus relaciones entre sí y con la compañía”²².²³

1.2.3. Los deberes específicos de los liquidadores, fuera de aquellos aplicables en general para los administradores

El artículo 166 de la Ley 222 de 1995 estableció funciones específicas para los liquidadores, cuya inobservancia se traduce en que opera la presunción explicada en profundidad líneas arriba, esto es que, si su actuar constituyó una omisión a los mandatos legales, se presume la culpa/dolo.

Entre las múltiples funciones consignadas en el artículo referido, destacamos las siguientes:

- “Ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos y celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación, con las limitaciones aquí establecidas, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten la cancelación del pasivo.” (Núm. 4º).
- “Continuar con la contabilidad del deudor en los mismos libros, siempre y cuando se encuentren debidamente registrados. En caso de no ser posible, deberá proveer a su reconstrucción e iniciar la contabilidad de la liquidación, en libros que deberá registrar en la Cámara de Comercio.” (Núm. 5º).
- “Atender con los recursos de la liquidación, todos los gastos que ella demande, cancelando en primer término el pasivo externo, observando el orden de prelación establecido en la providencia de graduación y calificación.” (Núm. 8º).

²² “Circular Externa 100-006 de 2008.”

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

- “Rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en esta Ley.” (Núm. 10º).
- “Mantener y conservar los archivos del deudor.” (Núm. 12º).”

1.3. Todos los actos cometidos Óscar Antonio Hernández Gómez en perjuicio de la CIFM fueron a su vez actos de la propia Fiduciaria

Aunque pudiera sobrar la explicación que a renglón seguido se realiza, no puede pasar desapercibido que todas las conductas desplegadas por el representante de la Fiduciaria - Óscar Hernández- son actos cometidos directamente por Fiduciaria, principalmente por dos razones:

- ii) La jurisprudencia dilucidó de antaño que la responsabilidad de las personas jurídicas, causada por sus dependientes, es propia del régimen de responsabilidad del acto propio²⁴. De ahí que la SuperSociedades pertinentemente señalara en su momento que “[...] es claro que la responsabilidad del ejercicio del cargo recae en cabeza del liquidador designado por el juez del proceso, **en este caso FIDUAGRARIA**”²⁵.
- iii) En el contrato celebrado entre Fiduciaria y Óscar Hernández se estipuló en la Cláusula Sexta que éste representaría a aquella como su apoderado especial, y que “[...] EL CONTRATISTA no podrá tomar ninguna decisión de manera autónoma y unilateral **sin la previa consulta y visto bueno de LA FIDUCIARIA**”²⁶. (El destacado es intencional).

²⁴ Verbigracia, la Corte Constitucional señaló sobre el particular: “La persona jurídica debe responder por los perjuicios resultantes de los actos cometidos por los subalternos, cualquiera que sea el vínculo jurídico que cree esta subordinación, siempre y cuando ellos actúen en ejercicio de las funciones encomendadas por la persona jurídica, o con motivo de las mismas. Porque allí “no se le llama a responder por los actos de sus dependientes, sino de las consecuencias de sus propios actos””. Sentencia T-909 de 2011 MP Juan Carlos Henao Pérez.

²⁵ Prueba 2.18 de la demanda. Auto de la Superintendencia de Sociedades No. 440-006206 del 3 de mayo de 2007, fl. 118 del Tomo I – Anexos de la demanda.

²⁶ La Cláusula Sexta dispuso lo siguiente: “Sexta. – Obligaciones del Contratista. Además de las generadas del contexto del presente contrato y de las normas pertinentes del Código de Comercio, el Contratista adquiere las siguientes obligaciones: (...). Prueba 2.19 de la demanda. Recurso de reposición radicado por pensionados y acreedores de CIFM el 10 de mayo de 2007, fl. 124-125 del Tomo I – Anexos de la demanda.

2. Actuar como asesor y apoderado especial de La Fiduciaria.

3. Coordinar el desarrollo de todas las actuaciones requeridas para adelantar el proceso de liquidación obligatoria de la sociedad Compañía de Inversiones de la Flora Mercante en Liquidación Obligatoria. (...)

iv) Oscar Antonio Hernández Gómez representó a Fiduararia mientras esta sociedad fungió como liquidadora de la CIFM²⁷.

1.4. Hechos probados que dan cuenta de la negligencia de Fiduararia como liquidadora de la CIFM y relacionados con la controversia en general

Delimitado el régimen aplicable a la presente controversia, traemos a colación hechos probados que son de cardinal importancia para evaluar la prosperidad de las pretensiones:

Cuando Fiduararia comenzó sus gestiones como liquidadora de la CIFM, el 29 de noviembre de 2000, la SuperSociedades nombró una Junta Asesora de la liquidación de la CIFM ("la Junta Asesora"), cuyas funciones se encuentran definidas en el artículo 178 de la Ley 222 de 1995.

Entre tales funciones la vocación de la junta es asesorar, pero sobre todo fiscalizar la gestión del liquidador. Igualmente, la junta debe revisar las cuentas presentadas por el liquidador y sobre éstas puede realizar observaciones y comentarios. En caso de que el liquidador ejerza sus acciones de manera inadecuada, puede solicitar su remoción ante la SuperSociedades.²⁸

Durante las gestiones de Fiduararia, diferentes actores solicitaron en varias ocasiones a la SuperSociedades la remoción del señor Hernández como agente especial designado por la Liquidadora²⁹. Sin perjuicio de las pruebas a las que haremos referencia enseguida, esta situación fue relatada por el testigo Dr. Luis Felipe Acero quien hizo parte de la Junta Asesora de la liquidación, así:

“A raíz de las varias quejas que habían presentado no solo las asociaciones de pensionados, sino todos en general de la Junta Asesora, de los acreedores de la liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues la Superintendencia ya había tomado algunas decisiones,

5. Actuar de manera coordinada con la La Fiduciaria, conforme a las instrucciones que por escrito le imparta ésta; de esta forma, El Contratista no podrá tomar ninguna decisión de manera autónoma y unilateral sin la previa consulta y visto bueno de La Fiduciaria. (...)

9. Cumplir fielmente con los deberes que el cargo de Liquidador le impone a la luz de los artículos 165 y 166 de la ley 222 de 1995.

10. Actuar con la mayor diligencia y cuidado en el ejercicio de sus funciones.”

²⁷ Tal y como se comprueba en la contestación de Fiduararia a los hechos 1.3 y 1.5.

²⁸ Cfr. Oficio 220-049950 del 11 de octubre de 2007 de la SuperSociedades.

²⁹ Por ejemplo, se presentó en noviembre de 2001 y diciembre del mismo año una solicitud por parte de la Junta Asesora, de la cual da cuenta el Auto del 3 de mayo de 2002, Cuaderno exhibición Fiduararia Tomo I, fl. 161-170.

que yo recuerde, había retirado del ejercicio como liquidador anteriormente a Fiduifi y después a Fiduagraria de otras liquidaciones hasta donde tengo memoria.”³⁰

Los pensionados, en su calidad de acreedores privilegiados de CIFM mediante solicitud del 3 de abril de 2007³¹, requirieron a la Superintendencia de Sociedades con el objeto de que procediera a la remoción del representante especial de Fiduagraria S.A.

- 1) La Junta Asesora también solicitó que Óscar Hernández fuera removido de su cargo.

El testigo Luis Felipe Acero, como miembro de la Junta Asesora, relató otro tipo de ‘hazañas’ reprochables cometidas por el señor Hernández, y agregó que el motivo por el cual Fiduagraria no le terminó el contrato correspondía a la indemnización que ella hubiera tenido que pagarle:

“En términos generales, la Junta Asesora de la liquidación hizo observaciones serias. El señor Oscar Hernández recibió innumerables tutelas para el pago de obligaciones laborales y pensionales por parte de los acreedores, las asociaciones de pensionados y demás, e incluso fue no recuerdo si denunciado penalmente o ante la Superintendencia de Sociedades por parte de las asociaciones de pensionados, porque evadía a la justicia, en la medida en que suministraba un número de cédula como invertido dentro de las diligencias, de manera que cuando iban a notificarlo pues no correspondía, digamos, tenía cantidad de formas de evadir las órdenes judiciales y las solicitudes que hacían las asociaciones de pensionados y extrabajadores y de la misma Junta Asesora, para rendir las cuentas que siempre brillaban por su ausencia.

*Me acuerdo que la misma Superintendencia lo requirió en muchas oportunidades y **no le aprobaron ni los revisores ni la misma Superintendencia las cuentas que rendía el liquidador.** Nosotros como representantes de los accionistas fuimos a la Fiduagraria a hablar con la representante legal para manifestarle pues nuestras preocupaciones de por qué ese proceder de su agente liquidador y lo que nos manifestó la*

Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 1:18:55 en adelante.

³¹ Prueba Documental 2.17 de la Demanda: Memorial de solicitud de “Remoción del Representante Especial de Fiduagraria S.A.” radicado por pensionados y acreedores de CIFM el 3 de abril de 2007.

representante legal, la Dra. Zúñiga, es que pues este era un contrato que venía desde FiduiFi, que ellos habían tenido que mantener porque las condiciones para darlo por terminado eran muy onerosas para la Fiduciaria en la medida en que según tengo entendido el contrato del señor Hernández, lo que establecía era que él tenía derecho al 50% de los honorarios provisionales y definitivos que fijara la Superintendencia por el proceso liquidatorio y por supuesto la fiduciaria no estaba dispuesta a cancelar esos honorarios al señor Hernández, y, mucho menos, no habiéndole sido aprobadas esas cuentas que presentó durante su ejercicio.

Entiendo que esa fue la razón para que la propia Fiduciaria renunciara a ejercer como liquidadores, en la medida en **que ni siquiera pudieron obtener una especie de fenecimiento o aprobación de las cuentas que les radicaba a la Superintendencia de Sociedades**, digamos en términos generales es lo que tengo presente señor magistrado del actuar del agente especial liquidador Oscar Hernández.³² (El resaltado es nuestro).

El mismo testigo puso de presente que Fiduciaria le daba una destinación diferente a los recursos de la CIFM a la que correspondía:

“Por supuesto, como no había sido acreditado en su momento el pago, tenía que pagar la totalidad de las mesadas atrasadas y por supuesto conseguir recursos porque los recursos ya le habían sido girados entonces tenía que obtenerlos de otras fuentes de la liquidación, tengo presente por ejemplo, algún arbitramento que teníamos en Londres, en ese momento Termaikos o Dorikos algo así, y ese conflicto le representó un ingreso de alrededor de 6 millones de dólares a la liquidación, o sea, los recursos si existían, de hecho, no solo desde esas fuentes que la liquidación estaba obteniendo, sino del giro por la venta de los activos y el liquidador le estaba dando una destinación diferente y por lo tanto pues evidentemente tenía que pagar por las consecuencias del atraso correspondiente a los sustitutos pensionales aparte de los costos en que incurrió por contratar abogados, a mi juicio, absolutamente innecesarios en casos que no estaban disputados.”³³ (Resaltado y subrayas son nuestras)

- 2) Incluso, con anterioridad a los hechos relevantes para la presente controversia, el administrador mostró deplorables conductas que fueron

³² Audiencia del 21 de septiembre de 2021, No. 58 del expediente digital.

³³ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 00:41:28 en adelante.

oportunamente advertidas por la Junta Asesora y corregidas por el señor Hernández, como lo fue desviar recursos de la liquidación a sus cuentas personales, lo que devino en la primera solicitud de la Junta Asesora de su remoción:

“DR. ENRIQUE GÓMEZ

Informe si recuerda en 2001, que el revisor fiscal, en actuante en aquel entonces denunció y encontró que el agente especial había transferido de manera no autorizada recursos de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante a sus cuentas personales, lo que generó la primera solicitud de remoción del liquidador a la SuperSociedades, recuerda ese hallazgo?

LUIS FELIPE ACERO

Si señor, efectivamente lo recuerdo, y pues las consecuencias son las que usted indica, eso motivó la solicitud de remoción.”³⁴ (El destacado es nuestro).

- 3) El actuar del Señor Hernández era diametralmente contrario a la diligencia de un buen hombre de negocios frente a la CIFM. Prueba de ello fue el manejo que le dio a muebles de la sociedad; buscó la aprobación de la Junta Asesora para que ciertos activos fueran excluidos del patrimonio de la CIFM, aun cuando su valor no era despreciable:

“el señor Hernández en varias oportunidades pretendió que la Junta Asesora autorizara dar de baja activos porque según la contabilidad que el presentaba estaban valorados en ceros y por lo tanto como se trataba de limpiar entre comillas los estados financieros, para presentar a la Superintendencia pues entonces que había que darlos de baja.

Realmente, haciendo ya un estudio más detallado con compañeros de la Junta Asesora, que también habían trabajado en la Flota Mercante como el capitán Sigifredo Ramírez -que representaba a las asociaciones de pensionados y el suscrito-, pues nos dimos a la tarea de revisar y lo que encontramos es que el Señor Hernández, estaba tratando de dar de baja una serie de activos que si bien podrían ser entre comillas menores, porque pues, frente a obligaciones pensionales de 600 mil o 500 mil millones de pesos, pues, una colección de obras de arte o cubiertos de plata, vajillas francesas pues a lo mejor no eran representativas. Pero si lo eran, en una

³⁴ Testimonio de Luis Felipe Acero, Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 00:48:05 en adelante.

cuantía importante y esos eran los activos que en su momento (vajillas, cubiertos, obras de arte) estaban pretendiendo ser castigadas o se presentaban a la Junta Asesora para ser castigadas[.] (...) **Esos activos posteriormente fueron avaluados, posteriormente fueron enajenados y la liquidación obtuvo recursos o ingresos que en su momento pretendieron, dijéramos desviarse** si se le puede llamar así, porque, no se presentaban correctamente los rubros de los estados financieros que si tenían a la postre un valor económico y que se nos estaban presentado como en ceros para ser castigados.”³⁵

Esta situación también se encuentra relatada en el Acta No. 41 de la Junta Asesora, de la cual sacamos los siguientes extractos:

“4.2.2.2. Hecho el cruce correspondiente, el Representante Especial encontró las siguientes inconsistencias:

(...) 4.2.2.2.2. Hay “...**382 bienes muebles incluidos en el Inventario Inicial (...) pero que no aparecen físicamente en la actualidad (...)**” En consecuencia solicita a la Junta Asesora su “... **autorización para tramitar el inventario (...) una baja respecto de los 382 bienes muebles que no pudieron ser avaluados por no haber sido encontrados físicamente.**” (Ver Anexo No. 1ª del Informe del Liquidador)

4.2.2.2.5. El Miembro Ramírez dice que está totalmente de acuerdo con lo expuesto por el Miembro Acero, según se describe en el numeral 4.2.2. anterior; y agrega que, para empeorar las cosas, encuentra que en el mencionado Anexo 1-A, página 2, entre los 382 ítems desaparecidos están 3 cajas fuertes, las cuales existen, pues él tiene el avalúo de tales 3 cajas fuertes (...) concluye el Miembro Ramírez diciendo que esta incongruencia demuestra que el listado en mención está mal hecho y que debe ser reexaminado. (...)”³⁶

Curiosamente, los miembros de la Junta Asesora que fueron a revisar los bienes muebles localizaron casi todos los que no aparecían en el anexo que Fiduagraria había entregado en la sesión que fue registrada en el Acta No. 41:

“En síntesis hay lo siguiente:

³⁵ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 1:30:12 en adelante.

³⁶ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 422-426, Acta No. 41 del 24 de mayo de 2002, págs. 8-12.

3.6.4.1. Bienes sobrantes que deben quedar incluidos en el Inventario Adicional: 285.

3.6.4.2. Bienes inventariados que no aparecen (faltantes): 37.”³⁷ (El subrayado es intencional)

Nuevamente destacamos algunas conductas cuestionables desplegadas por el señor Hernández, que si bien no se materializaron en un perjuicio, y por ello no son objeto del presente proceso, si ponen en tela de juicio el obrar de Fiduarria y su agente especial.

Aun cuando el señor Hernández fue removido de la lista de liquidadores, por no cumplir las condiciones de idoneidad para ejercer este tipo de cargos, **Fiduarria mantuvo al mencionado señor como su representante en la liquidación de la CIFM y se abstuvo de removerlo.**

El 12 de noviembre de 2004 la SuperSociedades negó la renovación de Óscar Hernández en el listado de liquidadores.³⁸ En el oficio remitido por la SuperSociedades a la Presidente de Fiduarria, se indicó que tal decisión se había adoptado por los siguientes motivos:

“1. Consultada la Central de Información Financiera, el doctor ÓSCAR ANTONIO HERNÁNDEZ GÓMEZ, está reportado con dos obligaciones castigadas con el Banco Superior, una calificación en C con el Banco de Crédito y una obligación castigada con Comcel, lo cual demuestra que la moralidad comercial del citado señor no es calificada como idónea para desempeñarse como liquidador de la Superintendencia de Sociedades.

[...]

Por lo expuesto, este despacho lamenta no poder actualizar el nombre del doctor ÓSCAR ANTONIO HERNÁNDEZ GÓMEZ en la lista de liquidadores, ni autorizarlo como delegado de Fiduarria S.A. en los procesos de liquidación Obligatoria.”³⁹

No obstante, Fiduarria le continuó encomendando las gestiones como su agente ante la CIFM, tal y como lo explica en su contestación al hecho 1.7 de la demanda⁴⁰. Esta determinación fue tomada aun cuando la

³⁷ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fl. 450, Acta No. 42 del 24 de mayo de 2002, pág. 16.

³⁸ Prueba 2.5 de la demanda. Oficio No. 155-060036 del 12 de noviembre de 2004 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduarria S.A., fl. 97 del Tomo I – Anexos de la demanda.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ En la pág. 2 de la contestación, Fiduarria señaló: “no es cierto que Fiduarria “mantuvo” como su apoderado especial al señor Oscar Antonio Hernández Gómez hasta dicha fecha. Como lo señalé

SuperSociedades en múltiples ocasiones requirió a Fiduagraria para que le informara sobre la nueva persona designada:

- a. En primer lugar, la SuperSociedades remitió el oficio 155-045300 del 19 de agosto de 2005⁴¹ pidiendo la sustitución del señor Hernández.

Ante el silencio de Fiduagraria, la Entidad volvió a requerirlo el 3 de marzo de 2006⁴², señalando que Fiduagraria se había comprometido a designar a otra persona para continuar con la liquidación dentro del mes siguiente a la comunicación de agosto de 2005.

Fiduagraria había afirmado que el señor Hernández normalizó sus deudas para que no fuera renovado en la lista de liquidadores, pero la SuperSociedades volvió a negar su inscripción por continuar registrado en las centrales de riesgo el 2 de junio de 2006⁴³.

- b. En marzo de 2007, la Superintendencia volvió a hacer el requerimiento tantas veces señalado⁴⁴.

Aun cuando Fiduagraria alega en su contestación de la demanda que la SuperSociedades dejó sin efectos el requerimiento anterior mediante el Oficio No. 155-017806 del 2 de abril de 2007⁴⁵, lo cierto es que eso sucedió porque días antes, el 22 de marzo de 2007, Fiduagraria presentó su renuncia⁴⁶.

Estas situaciones no pasaron desapercibidas por parte de los acreedores de la CIFM, en especial los pensionados. Se evidenció claramente la negligencia de Fiduagraria en continuar encomendando la labor de agente al señor Hernández, así:

al dar contestación al hecho 1.5., mi representada simplemente se limitó a seguir adelante con la ejecución del citado contrato de prestación de servicios que Fiduifi había celebrado con el señor Hernández Gómez.”

Para dar claridad, el hecho 1.7 de la demanda es del siguiente tenor: “Fiduagraria S.A. como liquidadora del CIFM mantuvo como su agente o apoderado especial a Oscar Antonio Hernández Gómez hasta el 12 de junio de 2007 fecha en que la citada sociedad dejó de ejercer como liquidador por renuncia aceptada por la Superintendencia de Sociedades mediante auto 440-08693 del 12 de junio de 2007.”

⁴¹ Prueba 2.6 de la demanda. Oficio No. 155-045300 del 19 de agosto de 2005 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 98 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁴² Prueba 2.7 de la demanda. Oficio No. 155-011257 del 3 de marzo de 2006 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 99 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁴³ Prueba 2.9 de la demanda. Oficio No. 155-030234 del 2 de junio de 2006 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 99 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁴⁴ Prueba 2.10 de la demanda. Oficio No. 155-009124 del 21 de febrero de 2007 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 99 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁴⁵ Pág. 3 de la contestación de la Demanda.

⁴⁶ Prueba 2.20 de la demanda. Comunicación de renuncia al cargo de liquidador por parte de Fiduagraria S.A. radicado el 22 de marzo de 2007, fls. 127-130 del Tomo I – Anexos de la demanda.

“III. PETICIONES

[...]

3. ¿La renuencia de FIDUAGRARIA S.A. Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., a cumplir un mandato de la Superintendencia de Sociedades emitido hace más de 2 años y 4 meses y repetido en otras 5 providencias, no amerita su destitución como Liquidador?

4. ¿Si a juicio de la Superintendencia de Sociedades, Juez de la Liquidación Obligatoria de la CIFM, el Dr. ORCAR ANTONIO HERNÁNDEZ GOMEZ no reúne las calidades morales para ser Liquidador, en qué quedan la seguridad y la confianza de los pensionados de la CIFM, sometidos como estamos a las actuaciones del citado señor?” (Destacado intencional).⁴⁷

Fiduagraria presentó su renuncia al cargo de liquidador el 22 de marzo de 2007⁴⁸. No obstante, hasta su salida, continuaría faltando a la verdad en su rol de liquidadora. En efecto, el 30 de abril de 2007 informó a la Junta Asesora que continuaba en sus funciones, omitiendo flagrantemente informar que ya había renunciado⁴⁹.

El 6 de junio de 2007 la SuperSociedades aprobó la “renuncia” a la que se vio forzada la sociedad liquidadora demandada, ante la evidencia de los hechos que daban cuenta de la cuestionable labor que había efectuado. Fidagraria cesó sus funciones a partir de la inscripción en el certificado de existencia y representación legal⁵⁰. La SuperSociedades dejó constancia en el auto por medio del cual aceptó la renuncia, de que “existen serios

⁴⁷ Prueba 2.17 de la demanda. Memorial de solicitud de “Remoción del Representante Especial de Fidagraria S.A.” radicado por pensionados y acreedores de CIFM el 3 de abril de 2007, fl. 115 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁴⁸ Acta No. 94 del 21 de agosto de 2007, Fls. 1485 – 1495. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, pág. 3: “FIDUAGRARIA SA. Presentó renuncia como liquidador de la CIFM con las cartas P.e. 023 de 22 de marzo y P.e. 0332 del 30 de abril de 2007 (...)”.

⁴⁹ Acta No. 93 del 30 de abril de 2007 pág. 22, Fls. 1464 - 1484. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II: “4.1. El Miembro Ramírez pregunta al Representante Especial y al Dr. Mauricio Ramos [de Fidagraria] si la gestión de FIDUAGRARIA S.A., Liquidador de la CIFM sigue sin cambios ni tropiezos. Ambos responden afirmativamente.”

⁵⁰ Según lo dispone el artículo 175 de la Ley 222 de 1995: “**ARTICULO 172. CESACION DE FUNCIONES.** Las funciones del liquidador cesarán en los siguientes casos:

1. Como consecuencia de renuncia debidamente aceptada, y una vez su reemplazo se inscriba en el registro mercantil o en el registro correspondiente.”

cuestionamientos a varios de los contratos celebrados por el liquidador o su agente especial [...]”.⁵¹

- 4) Al momento de la aceptación de la renuncia no habían sido aprobados los informes de rendición de cuentas correspondientes a 2004 y 2005, y que el correspondiente al 2006 había sido presentado de forma indebida, según se dejó constancia en el Auto No. 440-08693 del 12 de junio de 2007⁵².

En el auto referido del 12 de junio de 2007 la SuperSociedades nombró al Doctor Felipe Negret como nuevo liquidador, quien comenzó a descubrir el sinfín de irregularidades cometidas por Fiduagraria como su antecesora⁵³.

Fiduagraria debía presentar los estados financieros del 1º de enero de 2007 al cierre de sus gestiones (31 de julio de 2007). Sin embargo, la Revisoría Fiscal de la CIFM puso de presente que la Demandada se abstuvo de presentarlos y que la rendición final realizada por los revisores **“no incluye la Memoria detallada de las actividades realizadas durante el periodo de su gestión,** según lo requerido por el artículo 168 de la Ley 222 de 1995”⁵⁴ (Negritas hacen parte del texto).

Fiduagraria **tampoco presentó el Informe de Gestión** para el año 2007 (desde el 1º de enero hasta el 22 de agosto), tal y como fue constatado por la Revisoría Fiscal de la CIFM⁵⁵. Aunque la SuperSociedades había ordenado en el Auto No. 440-008693 que éste se presentara dentro del mes siguiente a la aceptación de su renuncia (debió entregarse en septiembre de 2007), hasta el 20 de junio de 2008 fue presentado⁵⁶. No obstante, para varios miembros de la Junta Asesora el informe contenía información faltante, por lo que no podía ser aceptado⁵⁷.

La falta de rendición de cuentas para enero-agosto del año 2007 por parte Fiduagraria dio lugar a que la SuperSociedades impusiera una multa de 50

⁵¹ Prueba Documental No. 2.23 de la Demanda. Auto 440-008693 del 12 de junio de 2007 de la Superintendencia de Sociedades fl. 139 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁵² Prueba Documental No. 2.23 de la Demanda. Auto 440-008693 del 12 de junio de 2007 de la Superintendencia de Sociedades fl. 139 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁵³ Ibid., fl. 142.

⁵⁴ Acta No. 100 de la Junta Asesora del 6 de marzo de 2008, fl. 74710. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

⁵⁵ Acta No. 100 de la Junta Asesora del 6 de marzo de 2008, fl. 74710. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

⁵⁶ Acta No. 100 de la Junta Asesora del 6 de marzo de 2008, fl. 74713. Liquidación Obligatoria Actuación 276 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

⁵⁷ Acta No. 102 de la Junta Asesora del 25 de junio de 2008, fls. 77517-77519. Liquidación Obligatoria Actuación 276 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

SMLMV⁵⁸, por la abierta transgresión del deber consignado en el numeral 10º del artículo 166 de la Ley 222 de 1995. Hasta el 6 de junio de 2008 fue entregado un informe, que en todo caso era impreciso e incompleto.

Igualmente, la información entregada por Fiduagraria al Dr. Felipe Negret para el empalme fue confusa e insuficiente⁵⁹, incumpliendo de contera lo ordenado por la SuperSociedades en el auto que aceptó su renuncia, consistente en presentar los estados financieros para los primeros meses de 2007:

“El Liquidador y el Contador dicen que FIDUAGRARIA S.A. tampoco cumplió con su obligación de presentar los Estados Financieros a la fecha de entrega del cargo de Liquidador al Dr. FELIPE NEGRET, es decir el 24 de agosto de 2007, de acuerdo con el Acta radicada en la Superintendencia de Sociedades bajo el No. 2007-01-150440 de esa misma fecha.

La Junta Asesora dice que este incumplimiento también es muy grave y que sumado a la falta de entrega del Informe de Gestión y cierre de Cuentas a 31 de diciembre de 2007 (...) implica que FIDUAGRARIA S.A. no entregó la información contable necesaria al nuevo Liquidador (...)”⁶⁰

Tal era la magnitud de las irregularidades que prontamente fue necesario presentar la demanda que dio inicio al presente proceso, apenas 8 meses después de la designación del doctor Negret, esto es, el 14 de febrero de 2008. Se destaca que la solicitud de conciliación -como pre-requisito del libelo genitor- había sido radicada el 27 de diciembre de 2007⁶¹.

A lo largo de los 6 años y siete meses en los cuales Fiduagraria se desempeñó como liquidadora de CIFM, no realizó ningún tipo de auditoría contable, de personal o de gestión a la labor adelantada por Oscar Antonio Hernández Gómez. Esta negación indefinida se confirma con la ausencia de alguna prueba que Fiduagraria presentara en sentido contrario.

- 5) El 10 de mayo de 2010, la CIFM cedió a la Federación Nacional de Cafeteros (“FNC”) los derechos litigiosos de las pretensiones que aquí se despacharán,

⁵⁸ Auto No. 405-003530 del 27 de marzo de 2008, fls. 210-212. Cuaderno de Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 Tomo I.

⁵⁹ Acta No. 94 del 21 de agosto de 2007, Fls. 1485 – 1495, Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, págs. 6 y 7.

⁶⁰ Acta No. 95 del 25 de octubre de 2007, Fls. 1496 - 1517. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, pág. 3.

⁶¹ Anexo No. 8 de la demanda, fls. 43-45 del Tomo I de Anexos de la Demanda.

como dación en pago por las sumas que ésta ha tenido que sufragar para el pago de las pensiones por orden de la Sentencia SU-1023 de 2001, la cual será objeto de análisis más adelante.

6) El 28 de agosto de 2012 la SuperSociedades expidió el Auto No. 400-010928, mediante el cual⁶²:

- v) Declaró terminado el proceso liquidatorio de la CIFM.
- Declaró extinguida la persona jurídica de la CIFM.
- vi) Ordenó a la FNC continuar pagando las mesadas pensionales que estaban anteriormente a cargo de la CIFM.

1.5. Sentencia de primera instancia

Por medio de sentencia del veinticuatro (24) de abril de 2024, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió en primera instancia la litis negando las pretensiones de la demanda.

A través de la sentencia recurrida, y cuya revocación se solicita con sustento en los hechos probados y los argumentos esgrimidos en este escrito, el Tribunal de primera instancia consideró equivocadamente para cada uno de los conceptos reclamados, que el daño antijurídico no se acreditó dentro del proceso, incurriendo en diversos yerros probatorios que se expondrán de manera detallada en este escrito.

Así mismo, en algunos apartes de la providencia se observa cómo el a quo despacha desfavorablemente las pretensiones de la demanda, que contaban con el debido soporte probatorio, pero, considerando equívocamente que el agente liquidador había observado una conducta ajustada a derecho, como es el caso de los perjuicios ocasionados a mi representada por la negligencia en la terminación de los contratos laborales de los 18 ex marinos y la contratación y uso abusivo de la línea celular.

En definitiva, los errores en el razonamiento y sobre todo en la apreciación probatoria en que incurrió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sede de primera instancia, se expondrán y se explicarán en el acápite correspondiente a cada uno de ellos, conforme con el orden en el que se derarollan los alegatos de conclusión.

⁶² Fls. 97801-97824. Liquidación Obligatoria Actuación 346 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

2. Incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales

Desde antes de que comenzara el procedimiento para la liquidación obligatoria de la CIFM, la preocupación principal de la SuperSociedades y de todos los intervinientes consistió en la debida atención de los pasivos pensionales⁶³ debido a su magnitud, que para agosto del 2011 ascendía a \$467.830.255.590⁶⁴.

Teniendo en cuenta la anterior introducción, en este apartado se demostrará que: i) Desde que se inició el proceso de liquidación, la prioridad consistió en pagar la totalidad de las mesadas pensionales; ii) la Corte Constitucional profirió la Sentencia SU-1023 de 2001 que ordenó a la Liquidadora pagar con absoluta prioridad las mesadas pensionales y los aportes a salud de los pensionados con cargo a los recursos disponibles; iii) En cumplimiento de la sentencia aludida, la CIFM siempre contó con los recursos necesarios para sufragar las mesadas, toda vez que la FNC giraba periódicamente las sumas de dinero para tal fin con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café; iv) En contravención a la ley, e incurriendo en un claro desacato a una orden proferida por la Corte Constitucional, Fiduagraria no destinó los recursos provistos por la FNC para el pago de las mesadas pensionales por situaciones que se desconocen a la fecha; y v) Este actuar negligente, por decir lo menos, generó graves perjuicios para la CIFM.

Frente a ello, y descendiendo a las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia, debe indicarse desde ya que las pruebas obrantes en el plenario que dan cuenta de la falta de pago de estas obligaciones preferentes de carácter laboral fueron objeto de contradicción y se incorporaron debidamente al acervo probatorio y no fueron valoradas por el a quo. Entre otras pruebas obrantes en el expediente⁶⁵⁶⁶⁶⁷, se encuentra el dictamen pericial financiero y contable P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S⁶⁸ que no fue objeto de pronunciamiento alguno de la contraparte quien, además, tampoco demostró haber efectuado un pago frente a la negación hecha por la parte activa sobre la ausencia del mismo, principio básico del derecho probatorio en cuanto a las negaciones indefinidas.

⁶³ Prueba Documental No. 2.1, auto 411-11731 del 31 de julio de 2000 de la Superintendencia de Sociedades, fl. 70.

⁶⁴ Pág. 9 del Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012 expedido por la SuperSociedades, fl. 97810.

⁶⁵ Prueba documental 2.25 de la demanda Copia informe contable relativo a las mesadas pensionales de pensionados fallecidos

⁶⁶ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299.

⁶⁷ Audiencia de pruebas. Testimonio de Luis Felipe Acero. Minuto 33:00 a 1:56:00.

⁶⁸ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S

2.1. La prioridad del pago de las mesadas pensionales en la liquidación de la CIFM

Además de constituirse en una obligación legal, el Auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000 de la Superintendencia de Sociedades fue claro en ordenar la liquidación de la CIFM, debiendo darle prevalencia al cumplimiento en el pago de las mesadas pensionales:

“Todo lo anterior conduce a concluir que es procedente decretar de inmediato la liquidación obligatoria de la compañía en desarrollo de las facultades propias de esta Superintendencia. Liquidación dentro de la cual deberá tenerse de presente que la regularización de los créditos pensionales pendientes, esto es, la satisfacción completa de todas las mesadas atrasadas, demanda la mayor agilidad posible en el desarrollo de las previsiones pertinentes de la Ley 222 de 1995 [...]

3. MESADAS PENSIONALES

Si bien la ley concursal es clara en el sentido que las mesadas pensionales causadas con posterioridad a la iniciación de la liquidación forman gastos de administración de la liquidación y por tanto deben pagarse de preferencia, el despacho ordenará al liquidador que una de las primeras gestiones sea la elaboración de un plan de pagos que permita honrar las obligaciones de todos y cada uno de los pensionados.⁶⁹

2.2. La Sentencia SU-1023 de 2001

Durante el año 2000 fueron interpuestas múltiples acciones de tutela en contra de la CIFM, algunas de ellas además en contra de la Federación Nacional de Cafeteros, en su calidad de matriz de la sociedad en liquidación. Todas ellas estuvieron encaminadas a que se reanudaran los pagos suspendidos de las pensiones y aportes a salud a cargo de la Flota Mercante. Ellas serían acumuladas y resueltas mediante la **Sentencia SU-1023 de 2001**⁷⁰.

Durante el trámite de las acciones constitucionales, Fiduciaria elaboró un informe fechado el 4 de julio de 2001, en el que reconocía que “[a]ctualmente la Compañía

⁶⁹ Fls. 86 y 88 del Tomo I Anexos de la Demanda.

⁷⁰ MP Jaime Córdoba Triviño.

tiene 772 pensionados dentro de los cuales se incluyen 22 que residen en el exterior. Hay otros 82 que pertenecen a la nómina del Ecuador.”⁷¹

Las siguientes consideraciones realizadas en la Sentencia C-1023 de 2001 resumen el estado en que se encontraba la CIFM, respecto de la cesación de pagos de las pensiones adeudadas:

- “En junio de 2001, con cargo a recursos entregados a la CIFM por la Federación Nacional de Cafeteros como consecuencia de operaciones REPO, el liquidador canceló a todos los pensionados las mesadas correspondientes a los meses de agosto de 2000 a mayo de 2001 y la mesada adicional de diciembre de 2000, las cuales corresponden a las mesadas causadas a partir del decreto de liquidación obligatoria de la Compañía.”
- “está pendiente el pago de las mesadas causadas con anterioridad a la decisión de declarar la liquidación obligatoria, es decir de septiembre de 1999 a julio de 2000, de los pensionados no amparados por las acciones de tutela o de quienes no hicieron uso de este mecanismo de protección, cuya cuantía asciende a la suma \$14.000 millones.”
- “Según lo expuesto por el actual liquidador de la Compañía, no se dispondrá en el mediano plazo de recursos para pagar mesada pensional alguna a los jubilados de la CIFM en tanto la obtención de nuevos recursos depende únicamente de la venta de los activos de la Flota.”

Determinó entonces la Corte Constitucional que “se evidencia la vulneración de derechos fundamentales de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante. De los 772 pensionados de la CIFM, 641 son mayores de 60 años, de los cuales 363 son mayores de 70 años.”

Con base en lo antedicho, decidió:

- **Darle absoluta prioridad al pago de las mesadas pensionales** “en consideración a los dineros disponibles que se vayan recaudando, sin que para el efecto sea necesario esperar la terminación del proceso de liquidación obligatoria.” Posteriormente señalaría la Corporación que: “las obligaciones laborales, [...] **por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden** en relación con los demás

⁷¹ Acápites III de la Sentencia C-1023 de 2001, denominado “PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL”.

créditos de la empresa en liquidación [...] razón por la cual ordenará al liquidador que cumpla, con carácter prioritario, la obligación principal de pagar oportunamente las mesadas a todos los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.” (Destacado es nuestro).

- Se presumió con carácter transitorio que la Federación Nacional de Cafeteros, como matriz, debía responder subsidiariamente del pago de las mesadas pensionales -mientras los jueces ordinarios deciden sobre este particular-. En este sentido determinó “[l]a orden que da la Corte en este caso a la Federación Nacional de Cafeteros-Fondo Nacional del Café es que destine los dineros suficientes y necesarios o que le proporcione la liquidez de recursos al liquidador, de tal manera **que se garantice el pago** de las mesadas pensionales adeudadas y las que sean exigibles hacia futuro.” (Negritas y subrayado no hacen parte del texto).
- Aclaró entonces que la responsabilidad de la FNC “será hasta del ciento por ciento del valor a que ascienda el pago oportuno de las mesadas pensionales y de los aportes en salud, en atención al dinero en efectivo que le falte al liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante para efectuar oportunamente estos pagos.” (Subrayado intencional).

vii) Extender los efectos a todos los pensionados de la CIFM, aun cuando no integraran la parte activa en el trámite resuelto (efectos inter communis).

2.3. Las consignaciones que la FNC hizo a la CIFM para cumplir con el pago de las mesadas pensionales

Ante la necesidad por parte de la FNC de cumplir con la orden de la Corte Constitucional, se celebró con la CIFM el 22 de marzo de 2002 un contrato de promesa de compraventa de los activos del establecimiento de comercio⁷². En virtud de dicho contrato, la FNC pagaría \$138.333.759.484 de la siguiente forma: durante los primeros 12 meses la suma de 11.000 SMLMV y en adelante 5.500 SMLMV mensual hasta agotar el precio del contrato.⁷³

En este punto es menester exponer por qué debe descartarse la posición de Fiduagraria manifestada en la contestación a la demanda, donde indicó cuestionablemente que, si bien es cierto que la FNC consignó la totalidad de los

⁷² Prueba Documental No. 2.24 de la Demanda. Copia del contrato de promesa de compraventa No. 029 de 2002 suscrito entre la CIFM y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia fl. 145 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁷³ Ibid., fl. 147.

recursos necesarios para pagar las mesadas pensionales, tales recursos podían utilizarse para otros fines porque la Corte se limitó a indicar que ellos debían destinarse “prioritariamente” a las pensiones.

La razón es simple: la misma Fiduagraria desmiente la posición sostenida en este proceso en su carta presentada a la SuperSociedades, mediante la cual renunció a su condición de liquidadora:

“Realización de activos: En este punto es del caso destacar que teniendo en cuenta la calidad de matriz que ostenta la Federación Nacional de Cafeteros sobre la CIFM, por la administración que la primera ejerce sobre el Fondo Nacional del Café, la Corte Constitucional en sentencia SU 1023 de 2001, dispuso que la Federación debía garantizar el flujo de recursos para el pago del pasivo pensional a cargo de la CIFM a favor de los trabajadores (sic) de dicha entidad. Fue así como el 22 de marzo de 2002, mediante el contrato número 29, la CIFM vendió sus activos a la Federación Nacional de Cafeteros para que estos recursos se garantizaran los pagos correspondientes al pasivo pensional.”⁷⁴

El informe de rendición de cuentas elaborado por Fiduagraria para el año 2003 reconoció que “[l]a Federación Nacional de Cafeteros como administrador del Fondo del Café, tiene a su cargo la obligación de continuar cancelando el valor convenido conforme al negocio que se perfeccionó [refiriéndose al contrato de promesa de compraventa suscrito entre la CIFM y la FNC], estando dichos recursos destinados al pago de las mesadas pensionales [...]”⁷⁵. (El subrayado y las palabras entre paréntesis son nuestras).

De igual manera, los extractos traídos a colación en páginas precedentes de la Sentencia SU-1023 de 2001 dispusieron que debía “garantizarse el pago” de las mesadas pensionales.

Y es que Fiduagraria desvió los fondos destinados al pago de las pensiones ocultando tal información a la Junta Asesora, como fue atestiguado por Luis Felipe

⁷⁴ Prueba Documental No. 2.20 de la Demanda. Copia de comunicación de renuncia al cargo de liquidador por parte de Fiduagraria S.A. radicado el 22 de marzo de 2007 fl. 129 del Tomo I – Anexos de la demanda.

⁷⁵ Prueba Documental No. 2.28 de la Demanda. Informe de Rendición de Cuentas presentado por Fiduagraria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes al año 2003. Fl. 587 del Tomo I – Anexos de la demanda.

Acero, miembro de la Junta Asesora durante la administración de la Demandada como liquidadora de la CIFM:

“(...) la liquidación lo que hacía era presentar el listado de los pensionados. Se lo presentaba a la Federación de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café y la Federación le giraba de acuerdo con ese monto que presentaba.

Entonces fallecían pensionados podía ser alrededor de 3, 4, hasta 10 pensionados al mes y los pensionados que fallecían seguían apareciendo en la nómina con una nota en el sentido de que habían fallecido pero que se consignaría a órdenes del despacho mientras se daban los procesos de sustitución pensional o un Juez de la República decidía quién era el que tenía mejor derecho a una sustitución pensional.

Lo que ocurría es que no se pagaba y obviamente la Junta Asesora no tenía acceso a esa información porque siempre se le ocultó entonces si al señor José Joaquín Borrero (ejemplo concreto) falleció, a la viuda nunca se le consignó la mesada pensional, sino que por el contrario, lo que se hacía era contratar abogados, me imagino que con cargo a ese rubro, porque nosotros como Junta Asesora nunca tuvimos acceso a esa particularidad de la información e incluso se contrataron abogados sin que la junta tuviera conocimiento para atender o disputar la sustitución pensional, en el caso del ejemplo concreto, no había ninguna duda, una señora que había estado casada más de 60 años con el señor y ninguna otra solicitud, o sea, no había disputa para esa sustitución pensional y sin embargo eso estuvo como 3 años, si mi memoria no me falla, en proceso judicial y a la señora no le pagaron un peso y cuando se fue a pagar el retroactivo porque obviamente tenía derecho a que se le pagara desde la fecha del fallecimiento del pensionado pues no estaban los recursos por que no habían sido consignados a ordenes de ningún despacho (...)”⁷⁶

La misma situación fue descrita por el Dr. Felipe Negret, al poco tiempo de asumir el cargo de liquidador sucesor de Fiduagraria:

“el Liquidador dice que (...) el Representante Especial de FIDUAGRARIA S.A. tenía unas posiciones muy injustas y arbitrarias con los pensionados, y cita

⁷⁶ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 45:47 en adelante.

especialmente el retardo en el reconocimiento de las sustituciones pensionales, como en el caso de la Sra. María Rincón, viuda del Sr. José Joaquín Borrero Sánchez, a quien se le negó la sustitución de la pensión durante tres (3) años: desde fines de 2004.”⁷⁷

El señor Acero también aclaró que no conoció ningún proceso de sustitución pensional en que se fallara a favor de la CIFM⁷⁸.

En ese orden de ideas, es este el panorama legal y fáctico con el que contaba el a quo en lo concerniente a la negligencia comprobada del liquidador frente a la asunción del pasivo pensional que constituía el mayor pasivo de la liquidación. Así, el indebido razonamiento del Tribunal frente al daño antijurídico ocasionado a la parte demandante le impidió dilucidar también lo concerniente a la presunción de culpa del liquidador, que se expone en el siguiente punto.

2.4. La presunción de culpa en el obrar de Fiduciaria

La Corte Constitucional fue clara en señalar que todos los recursos con los que contaba la CIFM durante su liquidación debían estar destinados en primera medida, y por encima de cualquier obligación, para el pago de las mesadas pensionales. Esto lo sostuvo con base en las disposiciones constitucionales que se vulneraban en caso contrario (derechos fundamentales como el mínimo vital, la seguridad social, o la vida en condiciones dignas⁷⁹), así como en la Ley 50 de 1990.

De igual manera, es claro el artículo 157 del Código Sustantivo de Trabajo cuando establece que “Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, las cesantías y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código

⁷⁷ Acta No. 95 del 17 de octubre de 2007 – Primera Parte, Fls. 1496 - 1517. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, pág. 2.

⁷⁸ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, No. 58 del expediente digital, Min. 49:11 en adelante: “**Dr. ENRIQUE GÓMEZ:** ¿En alguno de esos casos de sustitución las defensas contratadas por Fiduciaria tuvieron éxito, previnieron la sustitución, usted recuerde?

LUIS FELIPE ACERO: No conozco ningún caso en que se hubiera evitado una sustitución pensional porque no le asistía derecho al reclamante.”

⁷⁹ En la Sentencia SU-1023 de 2001 se determinó: “en las distintas sentencias - algunas de las cuales han contado con un amplio número de actores - la Corte, siguiendo jurisprudencia ya muy decantada, ha señalado que el derecho a la seguridad social puede adquirir el carácter de fundamental cuando el no pago de las mesadas pensionales vulnera o amenaza vulnerar derechos fundamentales, como los derechos a la vida o a la salud. Ello ocurre en los casos en los que la ausencia de pago de las pensiones pone en peligro el mínimo vital de los jubilados, situación muy común en aquellos que ya pertenecen a la tercera edad, puesto que ya no se encuentran en condiciones de poder ingresar al mercado del trabajo y que, generalmente, derivan su sustento de manera exclusiva de la mesada.”

Civil y tienen privilegio excluyente sobre todo los demás.” Del mismo primer orden hacen parte los aportes a la seguridad social, entre los que se encuentran los aportes a salud (ex art. 270⁸⁰ de la Ley 100 de 1993).

Así pues, Fiduararia no sólo debía conocer por su condición de profesional y experto en liquidaciones que estas disposiciones legales tenían que ser acatadas, sino que contaba con una sentencia de una alta Corte que la obligaba a ello. En otras palabras, claramente operó la presunción consignada en el inciso 3º del artículo 200 del CCo, objeto de estudio en páginas precedentes.

Recordemos, además -como se expuso más arriba- que la Corte Suprema de Justicia reconoció que el incumplimiento de las obligaciones laborales hace que opere sin miramientos la presunción dispuesta en el artículo 200 del CCo⁸¹.

Para el caso de marras, resulta inexplicable que Fiduararia, en su condición liquidadora, decidiera no continuar consignando las mesadas pensionales a órdenes de juzgados laborales del circuito de Bogotá para los procesos de sustitución pensional, a partir del mes de octubre de 2004 a pesar de contar con los recursos girados para ello. Los casos de procesos de sustitución pensional en que no se procedió con la consignación de las pensiones a órdenes de los juzgados ni se constituyó una provisión contable para el efecto, generando un perjuicio por la negligencia en el actuar de la CIFM, son los siguientes:

- Efraín Bara
- Hernando Casalini Convers
- Danfor Montaña
- Armando Gordillo
- Juan Pedro Mosquera
- Marino Otero Córdoba
- Francisco Vargas Roa
- Álvaro Herrán Mesa
- Gilberto Vásquez Montaña
- Marco A. Vásquez Ibarra
- Eubar López Cárdenas

⁸⁰ “**ARTÍCULO 270. PRELACIÓN DE CRÉDITOS.** Los créditos exigibles por concepto de las cotizaciones y los intereses a que hubiere lugar, tanto en el Sistema General de Pensiones como en el Sistema de Seguridad Social en Salud, pertenecen a la primera clase de que trata el artículo 2495 del Código Civil y tienen el mismo privilegio que los créditos por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales”

⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 7 de julio de 2021, MP Álvaro Fernando García Restrepo.

- Presentación Ordóñez Arboleda
- Raúl Caraballo Díaz
- José Antonio Palacio Bula

Esta situación creó una abismal diferencia entre: i) Lo que la FNC consignaba a la CIFM para que estuviera al día en el pago de mesadas pensionales; y ii) Los desembolsos que efectivamente el liquidador Fiduagraria iba realizando por estos conceptos.

Como fuera anunciado en la demanda (hecho 3.4), a la fecha de su presentación, de los recursos que la FNC había desembolsado, \$1.442.712.440,41 no fueron consignados a órdenes de los juzgados, por lo que éstos debían estar en la caja de la CIFM. No obstante, apenas había \$633.000.000, sin que Fiduagraria acreditara en este proceso el destino de la brecha entre las dos sumas aludidas, esto es, \$809.712.440,41.

En su contestación, Fiduagraria se limitó a indicar que:

“El hecho 3.4. no es cierto como está formulado. Como atrás se dijo, en cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, los recursos provenientes de la Federación Nacional de Cafeteros debían destinarse prioritariamente, pero no exclusivamente, al pago de las mesadas pensionales (sic). Como por otra parte tampoco es cierto que la liquidadora hubiera desatendido las obligaciones legales realmente exigibles en esa materia, del mismo modo no puede serlo que se hubiera incurrido en un “desvío de recursos pensionales (sic)”.

De la contestación al hecho de la demanda y las pruebas aportadas al proceso devienen que fue probado, conforme se afirmó en el hecho 3.4 de la demanda, que Fiduagraria:

- **No refutó el valor del pago realizado por la FNC que no fue consignado a ordenes de los juzgados (\$1.442.712.440,41), como tampoco explicó la diferencia con los recursos existentes en la caja de la CIFM (\$809.712.440,41).**
- **Nunca se probó que, en efecto, hubiera una recomendación por parte de los asesores jurídicos para abstenerse de pagar las mesadas pensionales.**



- No pudo justificar el destino de los recursos, ni los gastos que se sufragaron.
- Dado que los recursos que la FNC consignaba a la CIFM tenían una destinación exclusiva al pago de las mesadas pensionales, por el cumplimiento de una orden judicial, incurrió en un claro desacato al destinar parte de ellos a otros conceptos.

Y es que la decisión de Fiduagraria no sólo tuvo una repercusión monetaria, sino que significó una verdadera vulneración al mínimo vital de las personas acreedoras de la pensión sustitutiva, que se vieron obligadas a contratar abogados e incurrir en las dispendiosas gestiones que deben acometerse en un proceso judicial.

El liquidador que fue designado con posterioridad a la “renuncia” de Fiduagraria señaló que el “Dr. Óscar Antonio Hernández Gómez, aplicaba un procedimiento anormal en la sustitución de pensiones: las registraba contablemente, pero no hacía los depósitos ni las provisiones correspondientes; agrega que en otros casos sin fundamento jurídico alguno negaba las sustituciones pensionales lo cual originaba procesos judiciales innecesarios que implicaban la contratación de abogados (...)”.⁸²

Una vez Fiduagraria renunció a su condición de liquidadora, la Junta Asesora relató los manejos irregulares de las pensiones por su parte así:

“El ex Representante Especial dice que atendió debidamente las sustituciones pensionales; esta afirmación es falsa: el Dr. Hernández sistemáticamente puso obstáculos innecesarios a las viudas para lograr las sustituciones; generó conflictos judiciales con ellas, a fin de nombrar apoderados; les negó arbitrariamente el pago de las pensiones y registró contablemente depósitos judiciales de las mismas, **sin haberlos hecho realmente.**”⁸³

Así, y a pesar de contar con este documento en el expediente (i), sumado al dictamen pericial aportado por mi representada (ii), el Tribunal de primera instancia consideró que aun cuando el doctor Felipe Negret Mosquera, liquidador de la CIFM con posterioridad renuncia de Fiduagraria, afirmó que esta dejó de consignar los dineros desde septiembre de 2004 (iii), “*no se allega prueba que corrobore esta afirmación*” en palabras del *a quo*.

⁸² Acta No. 097 de la Junta Asesora del 19 de diciembre de 2007, fl. 73899. Liquidación Obligatoria Actuación 263 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

⁸³ Acta No. 102 de la Junta Asesora del 25 de junio de 2008, fl. 77518. Liquidación Obligatoria Actuación 276 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

2.5. El daño sufrido por la Demandante

Los perjuicios sufridos por la CIFM por los hechos descritos en este acápite fueron: i) principalmente los recursos que no fueron consignados en los Juzgados en que cursaban los procesos de sustitución pensional; y ii) la contratación de abogados para atender los procesos, sin que hubiera necesidad de ello.

Tal como se acreditó en el proceso⁸⁴, y se refirió con anterioridad, la CIFM recibió mensualmente de la FNC los recursos necesarios para atender las mesadas pensionales a su cargo. Posteriormente, pagado en su totalidad el precio convenido en la Promesa de Compraventa No. 029 de 2002, los recursos necesarios para atender el pago de las mesadas pensionales los empezó a recibir la sociedad en liquidación de la FNC en virtud de lo dispuesto en la sentencia SU 1023 de 2001⁸⁵.

Hasta el mes septiembre de 2004, en los eventos de fallecimiento de un pensionado, la CIFM tenía la política de consignar en el Banco Agrario a órdenes de un juzgado el valor de la mesada del fallecido, mientras se adelantaba el proceso de sustitución pensional correspondiente. Conforme se acreditó con el dictamen pericial de P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S⁸⁶, hasta el mes septiembre de 2004

⁸⁴ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S – Pag 4. Ver también expediente físico Certificación Contadora General de la Federación de Cafeteros expedida en cumplimiento del auto del 10 de septiembre de 2019, con la que se acreditó en el proceso que la Federación de Cafeteros ha realizado desembolsos destinados a pagar obligaciones de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante por valor de CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL y UN PESOS (\$ 492.947.522.001).

⁸⁵ Sentencia SU 1023 de 2001 – Resuelve Octavo: **Ordenar** a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio y en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de mesadas pensionales, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga a disposición del Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que éste proceda a la liquidación y pago de las mesadas adeudadas desde junio de 2001 a todos los pensionados a cargo de la CIFM. Igualmente pondrá a disposición del liquidador los recursos suficientes para que éste cancele, hacia el futuro y de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la CIFM, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma

⁸⁶ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S – Págs. 8 y 9.

Fiduagraria consignó a órdenes de los juzgados de conocimiento de los procesos el valor de las mesadas de los fallecidos que eran objeto de sustitución.

A partir del mes de octubre de 2004, conforme se acreditó con el dictamen de P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S., Fidagraria adoptó la decisión de no continuar con la consignación de estos recursos de los pensionados fallecidos a órdenes de los juzgados en los procesos de sustitución pensional, a pesar de disponer de los recursos para ello, hasta el 31 de julio de 2007 con la llegada del nuevo liquidador:

“A partir de octubre de 2.004 no se evidenciaron por los documentos revisados consignaciones de controversias pensionales a solicitud del banco agrario hasta el 31 de julio de 2007 por valor de **NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON 63 CENTAVOS (\$976.288.424,63)**, de acuerdo con el siguiente detalle:

AÑO	CONVERS CASALINI., HERNANDO	MOSQUERA., JUAN PEDRO	VARGAS ROA., FRANCISCO	MONTAÑO M DANFOR
	50%	100%	100%	25%
Oct - Dic 2004	1.583.157	1.177.790	9.350.069	4.582.053
2005	5.845.808	4.348.989	34.525.130	16.919.231
2006	6.129.330	4.559.915	36.199.599	17.739.813
jul-07	3.672.344	2.732.041	21.688.731	10.628.682

TOTAL	17.230.640,46	12.818.734,79	101.763.529,07	49.869.779,45
--------------	----------------------	----------------------	-----------------------	----------------------

AÑO	OTERO CORDOBA MARINO	GORDILLO ARMANDO	VASQUEZ MONTAÑO, GILBERTO	HERRAN MESA, ALVARO
	50%	50%	50%	100%
Oct - Dic 2004	8.030.100	15.142.744	9.021.524	20.707.140
2005	29.651.144	55.914.582	33.311.977	76.461.116
2006	31.089.224	58.626.439	34.927.608	80.169.480
jul-07	18.626.887	35.125.612	20.926.627	48.032.971

TOTAL	87.397.355,20	164.809.376,12	98.187.735,06	225.370.706,45
--------------	----------------------	-----------------------	----------------------	-----------------------

AÑO	VASQUEZ IBARRA, MARCO A	PRESENTACIÓN ORDOÑEZ ARBOLEDA	CARABALLO DIAZ RAUL	PALACIO BULA JOSE ANTONIO	LOPEZ CARDENAS EUBAR
	50%	100%	100%	100%	100%
Oct - Dic 2004	4.012.780	-	-	-	-
2005	14.817.189	41.952.792	-	-	-
2006	15.535.823	43.987.502	2.770.497	-	-
jul-07	7.327.085	26.354.798	7.746.310	12.572.456	41.763.337

TOTAL	41.692.876,13	112.295.092,29	10.516.806,61	12.572.456,00	41.763.337,00
--------------	----------------------	-----------------------	----------------------	----------------------	----------------------

⁸⁷

Estos cálculos realizados por los peritos de P&P Auditores y Consultores se encuentran en línea con el informe contable⁸⁸ relativo a las mesadas pensionales de pensionados fallecidos, que no fueron consignadas a órdenes de los Juzgados Laborales del Circuito y que fueron destinados a gastos diferentes al pago de las obligaciones pensionales.

De igual manera, en la objeción a la rendición de cuenta presentada por Fiduciaria como liquidador saliente, efectuado por el Doctor Felipe Negret Mosquera el 23 de julio de 2008 como nuevo liquidador da cuenta en su numeral 8º de la falta de provisión de recursos para el pago de los procesos de sustitución y se afirma:

“Es así que el no pago de dichas sumas colocan a la compañía en un déficit mayor de recursos, porque a medida que se ha surtido el trámite, esta liquidación detectó que la concursada no tiene los recursos económicos provisionados para pagar los retroactivos por los valores dejados de consignar”⁸⁹

El valor actualizado del perjuicio padecido por la CIFM correspondiente a los \$976.288.424,63 del 31 de julio de 2007, traídos a valor presente a la fecha de estos alegatos asciende a la suma de \$ 2.183.767.055.

Por otro lado, el actuar de Fiduciaria implicó que hubiera una contratación de apoderados en los procesos de sustitución pensional, sin que ello fuera necesario.

⁸⁷ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S – Págs. 10 y 11.

⁸⁸ Ver prueba documental 2.25 de la demanda Copia informa contable relativo a las mesadas pensionales de pensionados fallecidos con procesos de sustitución que no fueron consignados a órdenes de los juzgados laborales del circuito.

⁸⁹ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299.

La no consignación de las pensiones a órdenes de los juzgados permitió que Fiduagraria utilizara tales recursos para sufragar otros gastos innecesarios de la liquidación, como sería la contratación de abogados para atender los mismos procesos de sustitución pensional, aun cuando tales recursos tenían una destinación exclusiva. De manera inexplicable, Fiduagraria adoptó la decisión de contratar apoderados para atender los procesos de sustitución pensional y recurrir las decisiones, lo que dilató los mismos de manera que los recursos de las pensiones, al no ser consignados a órdenes de los procesos, eran utilizados por el liquidador para otra destinación, entre ellos, contratar apoderados para atender también los procesos iniciados por los 18 marinos suspendidos, el alquiler de las bodegas de archivo de Setecsa y el pago de líneas celulares.

Conforme se acreditó con el dictamen de P&P Auditores y Consultores⁹⁰, los valores desembolsados para el pago de abogados se discriminan de la siguiente manera, y constituye el perjuicio que se reclama por este concepto:

1.5.1. Dra. Myriam Pava Sierra - Anexo 8: comprobante de pago

Fecha factura	N° Factura	Valor	Valor del pago	Proceso sustitución	Concepto
2004					
16/06/2004	741	4.152.800,00	3.294.817,00	Sustitución	HONORARIOS JUDICIALES - CIRCUITO CALI- MARIA DE JESUS MONTOYA, JOSE ANTONIO SUAREZ, LUIS ALBERTO GUESO, MARCO FABIAN QUIÑONEZ Y NARCILO ARBOLEDA.
TOTAL			3.294.817,00		

1.5.2. Dr. William Gutiérrez - Anexo 9: comprobante de pago

Fecha factura	N° Factura	Valor	Valor del pago	Proceso sustitución	Concepto
2007					
6/06/2007	79	1.509.276,00	1.249.498,00	Sustitución	HONORARIOS PROCESO CASACION DE ELENA SANCHEZ DE GORDILLO
TOTAL			1.249.498,00		

⁹⁰ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S – Anexos 8 y 9.

El valor del daño padecido por la CIFM al 31 de julio de 2007 por este concepto asciende a la suma de \$4.544.315, suma de dinero que traída a valor presente a la fecha de estos alegatos asciende a la suma de \$10.164.748.

Sumando los dos conceptos abordados en este acápite, el total de los perjuicios sufridos por los hechos relatados en este acápite ascienden a: \$2.193.931.803.

2.6. La indebida valoración probatoria del *a quo* con respecto a los perjuicios causados a la demandante por este concepto

Teniendo claridad con respecto al perjuicio sufrido por la demandante y habiendo sido probado el mismo y el proceder negligente y contrario a derecho de la demandada cuyos pormenores y sustento legal ha sido expuesto en este acápite, resulta pertinente entonces dilucidar, como ya resultan evidentes, los yerros en el razonamiento probatorio en el Tribunal de primera instancia que también fueron expuestos en el recurso de apelación frente a la sentencia que **(i)** no refleja lo que se probó en el proceso y, en consecuencia, **(ii)** denota la aplicación indebida de las normas pertinentes.

Para empezar, y como se ha venido exponiendo a lo largo de este acápite el Tribunal concluyó equivocadamente que en este caso no se acreditó el daño antijurídico. Así, es necesario indicar que el *a quo* contó con diversas pruebas obrantes en el expediente que son claramente indicativas del hecho que la liquidadora demandada cesó estos pagos por concepto de mesadas pensionales desde el mes de octubre de 2004 y, a pesar de ello, las pasó por alto para concluir equívocamente que “*este daño no se encuentra acreditado*” como se pasa a exponer.

Recordando todo lo expuesto anteriormente con referencia a la prelación de créditos dispuesta legalmente, y la orden impartida por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-1023 de 2001, debe partirse del hecho de que mi representada inició el proceso mediante el libelo genitor negando que la liquidadora hubiera efectuado el pago de las mesadas pensionales desde octubre de 2004 hasta el 31 de julio de 2007. Frente a ello, Fiduagraria no acreditó haber procedido a dichos pagos a órdenes de los procesos de sustitución pensional, a los cuales la liquidación estaba obligada y el liquidador debió haber realizado en los términos expuestos.

Si esta circunstancia no se considerara como prueba suficiente del perjuicio sufrido por la demandante por este concepto, la negligencia y desidia del liquidador atendiendo su abierta desobediencia frente a una orden judicial y a la prelación de

créditos, y el nexo de causalidad entre estas, pues esta parte procedió con la entrega de más material de prueba para generar convicción absoluta en el *a quo* frente al perjuicio.

Al respecto, al plenario se incorporó **(i)** el dictamen pericial elaborado por P&P Auditores y Consultores S.A.S⁹¹, **(ii)** el informe contable relativo a las mesadas pensionales de los pensionados fallecidos⁹², **(iii)** la objeción del liquidador Felipe Negret Mosquera⁹³ y **(iv)** el testimonio de Luis Felipe Acero (miembro de la Junta Asesora de la liquidación a cargo de Fiduciaria)⁹⁴.

Aun contando con las pruebas antes expuestas⁹⁵, cada una de ellas lo suficientemente conducentes y convincentes para generar convencimiento sobre la materialización del perjuicio cierto, directo y personal que se expuso, el *a quo* consideró:

“no genera convicción respecto al hecho de que el agente liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante no consignó las mesadas pensionales dentro de los procesos judiciales que se estaban adelantando por sustitución pensional ya que el mismo no revisó toda la información de la sociedad en liquidación, llegando a la conclusión de que “a partir de octubre de 2.004 no se evidenciaron por los documentos revisados consignaciones de controversias pensionales a solicitud del banco agrario hasta el 31 de julio de 2007” sin contar con toda la información necesaria para ello, entre esto, el paquete contable de ofimática y la información de nómina de pensionados.”

Así entonces, de la sola lectura del aparte transcrito se evidencia un error evidente en el ejercicio de valoración probatoria efectuado por el Tribunal *a quo*, pues llegó a una conclusión alejada de la evidencia según la cual no existen pruebas que soporten que el liquidador demandado **no consignó** las mesadas pensionales, toda vez que en el dictamen pericial se indica que no fue posible revisar toda la

⁹¹ Expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S.

⁹² Prueba documental 2.25 de la demanda Copia informe contable relativo a las mesadas pensionales de pensionados fallecidos.

⁹³ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299.

⁹⁴ Audiencia de pruebas. Testimonio de Luis Felipe Acero. Minuto 33:00 a 1:56:00.

⁹⁵ 1. Fiduciaria no demostró haber efectuado pagos de mesadas pensionales y de hecho confirmó su inexistencia en la contestación de la demanda.

2. Dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S.

3. Informe contable.

4. Objeción del liquidador Felipe Negret Mosquera.

5. Testimonio de Luis Felipe Acero.

información para ese efecto. No obstante, desconoce el Tribunal que obran en el plenario pruebas adicionales (informe contable, objeción del liquidador Felipe Negret y testimonio de Luis Felipe Acero) que permiten corroborar que en efecto no hubo pago de dichas mesadas durante los periodos de tiempo antes referidos.

En ese sentido, se evidencia que el Tribunal no valoró todas las pruebas obrantes en el proceso para demostrar este punto, exigiendo una prueba que en últimas resultaría imposible, pues, no se puede exigir a una parte que pruebe que un hecho no existió. Hecho que en este proceso se traduce en la inexistencia de los pagos a los cuales estaba obligado el liquidador de las mesadas pensionales desde septiembre de 2004 hasta julio de 2007, y que no hizo, a pesar de contar con los recursos que tenían esa destinación, pues le estaban siendo girados por la Federación Nacional de Cafeteros.

Así, se observa que el Tribunal se equivoca en su razonamiento probatorio en la medida en que se vulnera abiertamente el principio de libertad probatoria, estableciendo una especie de tarifa legal no dispuesta en la ley.

En efecto, con referencia a la objeción del liquidador entrante en el año 2007, el Tribunal manifiesta que:

“(...) con esta objeción y con el auto que dio por terminado el proceso de liquidación, es que la concursada hoy extinta no tenía los recursos económicos provisionados para pagar los retroactivos por los valores dejados de consignar (1.29 y 1.37) es decir, que la aquí demandante no realizó erogaciones de su propio pecunio para efectos de pagar las mesadas pensionales por sustitución pensional que presuntamente se dejaron de pagar por el agente liquidador de la Fiduagraria desde el año 2004, pues, por lo menos, dentro del expediente no obra prueba de que la Compañía de Inversiones Flota Mercante en liquidación obligatoria hubiese tenido que pagar la suma de \$976.288.424,63 más intereses.”

A partir de la lectura de esta aparte de la sentencia recurrida, se confirma que el Tribunal de primera instancia no efectuó un ejercicio probatorio adecuado, pues es claro que la suma que allí refiere y que precisamente resulta del dictamen pericial y financiero practicado y solicitado por la parte demandante se constituyó en el perjuicio consecuencial de la conducta negligente de la demanda debido a la falta de pago del pasivo pensional en las fechas indicadas desde el libelo genitor.



En ese sentido, el hecho de que para el momento en el que el nuevo liquidador asumió el cargo no se encontrarán los recursos provisionados o incluso que para el momento del ejercicio probatorio de este proceso no se haya efectuado o acreditado el pago al cual está obligada mi representada como consecuencia de las sentencias de los jueces laborales que sí obran en el expediente, no significa que la obligación no exista y que no estuviera a cargo de la liquidación. Así, lo cierto es que la conducta negligente del liquidador condujo a la causación de un perjuicio a la demandante que debe ser indemnizado y que fue debidamente demostrado dentro del proceso.

A su vez, en la sentencia recurrida, el Tribunal aseguró que *“quién (sic) estaría legitimado para demandar como consecuencia del no pago de estas prestaciones, serían las personas beneficiarias de las sustituciones pensionales quienes no recibieron dinero alguno por el retroactivo respectivo”*. En este sentido, omite el *a quo* que estas personas en efecto ya demandaron el no pago de estas prestaciones ante jueces laborales de la República (expedientes que obran en el plenario y al parecer tampoco fueron valorados) y son estos fallos los que determinaron los altos montos de las obligaciones que la liquidación tuvo que asumir como consecuencia del incumplimiento y negligencia del liquidador demandado.

Con esto, se observa que el Tribunal de primera instancia al parecer no tuvo un entendimiento completo e integral de los hechos y las pretensiones que fueron sometidas a su conocimiento.

Ahora bien, frente a la de destinación de los recursos que le habían sido girados a la liquidación por parte de la Federación Nacional de Cafeteros con la finalidad de atender el pasivo pensional y que el Tribunal entendió que no existió perjuicio en la medida en que no estaban provisionados en el año 2007 al momento en que el nuevo liquidador rindió su objeción, el *a quo* refiere en la sentencia recurrida:

“no se demuestra que estos gastos hubiesen obedecido a un capricho o negligencia del liquidador. La parte actora parte de suposiciones relativas a que no era necesario contratar apoderados para atender estos asuntos, no obstante, no demuestra que el agente liquidador actuó de mala fe, con interés personal y/o desconociendo el procedimiento para ello. En consecuencia, estas erogaciones debían ser soportadas por la aquí accionante”.

Al respecto, es importante tener en cuenta que el primer acto que demuestra la violación a los deberes profesionales del liquidador y que trae como consecuencia la inaplicación de plano del amparo de la regla de la discrecionalidad del

administrador o *business judgement rule*, de la cual se vio beneficiada Fidagraria por medio del fallo de primera instancia, es que Fidagraria, por medio de su agente especial, incurrió en la inobservancia de las disposiciones legales y en la desobediencia de decisiones judiciales y administrativas en lo referente al pago preferente y prioritario de las mesadas pensionales⁹⁶ con recursos que le estaban siendo girados por parte de la FNC. Lo anterior, para destinar esos recursos, entre otras cosas, a pagos de honorarios de abogados, sin el concepto de la Junta Asesora que también debía obtener y, como si fuera poco, en procesos cuyo desenlace ya había sido determinado por precedentes judiciales.

Por lo anterior, y como se ha expuesto a lo largo de este acápite, es claro que lo que el Tribunal debió hacer fue aplicar las consecuencias legales derivadas del actuar negligente del administrador societario y, concretamente del liquidador traducidas en la responsabilidad ilimitada y la presunción de culpa dispuesta en el artículo 200 del Código de Comercio.

Finalmente, resulta necesario reiterar que los perjuicios sufridos por mi representada por este concepto ascienden a la suma de \$2.193.931.803, conformada por las mesadas pensionales dejadas de pagar por el liquidador en el periodo referido y los honorarios de abogados demostrados dentro del proceso.

En ese orden de ideas, es claro que esta Corporación, en sede de instancia, debe proceder con la revocatoria del fallo de primera instancia para, en su lugar, conceder las pretensiones de la demanda relacionadas con este punto, como se reitera más adelante.

3. Los perjuicios sufridos por la negligencia en la terminación de los contratos laborales de los 18 marinos

Fidagraria reconoció como ciertos los hechos expuestos en la demanda numerados desde el 4.1 hasta el 4.7⁹⁷, que se resumen a continuación:

⁹⁶ “Los administradores deberán observar y verificar el cumplimiento de las disposiciones de naturaleza laboral, fiscal, ambiental, comercial, contable, de protección al consumidor, de propiedad intelectual, de promoción y respeto de la competencia, entre otras, que regulan el funcionamiento de la sociedad y sus relaciones con los distintos interesados. Igualmente, deben acatar y velar por la observancia de las estipulaciones de carácter estatutario, comoquiera que las mismas recogen la voluntad de los asociados y regulan sus relaciones entre sí y con la compañía” Superintendencia de Sociedades. Circular Externa 100-006 de 2008.

⁹⁷ Pág. 5 de la Contestación.

- Desde 1996 la CIFM dejó de dedicarse al negocio naviero, por lo que presentó una propuesta para terminar el vínculo laboral con la planta de personal de mar.
- Sólo 18 exmarinos no aceptaron la propuesta, por lo que continuaron vinculados laboralmente a la CIFM.
- Al momento de solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para hacer un despido colectivo sobre este personal (solicitud realizada el 24 de septiembre de 1997), suspendió los 18 contratos laborales.
- Todos los exmarinos iniciaron procesos judiciales pretendiendo declarar la ilegalidad de la suspensión, solicitando su reincorporación a la planta de personal, y que se condenara a todos los salarios y demás conceptos laborales dejados de percibir entre la suspensión y la reincorporación.
- Poco tiempo después de que Fiduciaria asumiera su rol de liquidadora, hubo dos sentencias que declararon que la suspensión de los contratos era ilegal, para el caso de dos exmarinos:
 - Sentencia del 13 de octubre de 2000 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que ordenó el reintegro del marino César Rojas Erazo, la cual quedó ejecutoriada sin que se acudiera a la instancia de casación.
 - El 15 de agosto de 2001 quedó ejecutoriada la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia en contra de la CIFM en el expediente del marino César Augusto Rizzo en la cual se concedió la pretensión de reintegro y se ordenó cancelar los valores correspondientes a salario y prestaciones sociales con su correspondiente sanción, rechazando en su totalidad la defensa de CIFM.
 - No sobra reiterar que Fiduciaria fungió como liquidadora desde el 29 de noviembre de 2000.

(Hasta aquí los hechos reconocidos por la Demandada).

Como se verá, a partir de este momento la Fiduciaria Liquidadora tomaría una sucesión de decisiones equivocadas y claramente negligentes que repercutieron gravemente en el patrimonio de la CIFM, decisiones que podemos agrupar según dos periodos de tiempo delimitados en los siguientes hitos: i) Desde el primer fallo

que determinó que la suspensión de los exmarinos era ilegal hasta que culminaron los procesos judiciales iniciados con ocasión de tal decisión; y ii) El indebido manejo de los contratos laborales con los exmarinos, una vez fueron reincorporados a la planta de la Flota Mercante.

3.1. La diligencia esperada frente a la situación de los 18 exmarinos, una vez quedó ejecutoriada la primera sentencia que decidió sobre la suspensión de los contratos

Los 18 exmarinos comparten exactamente el mismo supuesto de hecho:

- Las decisiones adoptadas por los jueces, sin excepción, fue que la suspensión era ilegal y por lo tanto los marinos debían: i) ser reincorporados a sus cargos; ii) la CIFM debió reconocer el salario y las prestaciones sociales desde el momento en que fueron suspendidos hasta su reincorporación efectiva; y iii) pagar la sanción económica en favor de cada trabajador.
- Una vez fuera reincorporado cada marino, la CIFM debía continuar pagando su salario y prestaciones sociales hasta la terminación del contrato de trabajo (necesariamente habría que despedirlos e indemnizarlos).
- Fuera de que la CIFM se encontraba en liquidación (lo cual implica que las gestiones y gastos debían limitarse a lograr la liquidación, y no continuar desarrollando el objeto social), ya no resultaba de utilidad contar con un personal cuyas habilidades no tenían relación alguna con el objeto social de la empresa -lo cual fue reconocido por Fiduagraria en su contestación a la demanda⁹⁸-.

Ante los mismos supuestos de hecho, desde que fue proferida la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia que desató una de las controversias contraria a los intereses de la CIFM -en el proceso adelantado por el marino Cesar Augusto Rizzo, proferida por la Sala Laboral del 15 de agosto de 2001-, hubo un precedente judicial vinculante que le demostró a Fiduagraria que era imperativo reincorporar a los exmarinos lo antes posible, aun cuando los respectivos procesos judiciales no habían culminado.

⁹⁸ Ibid.

Bien es sabido que las decisiones adoptadas por las Altas Cortes constituyen fuente de derecho, de carácter vinculante. En palabras de la Corte Constitucional:

“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que, por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”⁹⁹

[...]

En la sentencia C-335 de 2008, la Corte se refirió a las decisiones de todos los órganos de cierre jurisdiccional y reiteró el carácter vinculante de su jurisprudencia, en los siguientes términos:

“Reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redundará en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares”.¹⁰⁰

Contrario a este claro mandato, Fiduagraria optó de manera inexplicable por continuar los procesos entablados, que tenían idénticas circunstancias de hecho y de derecho, constituyendo una actuación del liquidador equivocada, injustificable y gravosa para el patrimonio de CIFM:

- Los costos judiciales derivados de nuevos y mayores honorarios y costas de instancia, causados en la interposición de demandas de casación que evidentemente serían, como fueron en la sentencia hito del marino Rizo, desestimadas en su totalidad.
- Esperar a que hubiera una sentencia ejecutoriada que reconociera la persistencia de los contratos de trabajo, que a la postre deberían

⁹⁹ “Sentencia SU-053 de 2015.”

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-354 de 2017 MP Iván Humberto Escruera Mayolo.

reanudarse mediante la orden de reintegro que en todos los casos desatados con posterioridad al primero - fallado en casación el 15 de agosto de 2001-, generando un aumento significativo de las contingencias laborales a cargo de CIFM por cuenta del mayor valor de las sanciones aplicables, el incremento del valor de base de liquidación de la cesantía retroactiva, los mayores sueldos y prestaciones devengados.

- Los mayores costos judiciales y valor de condenas cuando los exmarinos iniciaron procesos ejecutivos por la mora en el pago de lo ordenado en los procesos ordinarios.

Bajo el anterior panorama, la Liquidadora debió pagar a cada exmarino los dineros adeudados, para después proceder a terminar su contrato laboral sufragando la indemnización por despido sin justa causa. No obstante, Fiduciaria se apartó de la anterior estrategia y deliberada y negligentemente incurrió en las siguientes dos conductas que implicaron una asunción de costos exponencialmente mayores.

3.2. El indebido manejo de los contratos laborales con los exmarinos, una vez fueron reincorporados a la planta de la Flota Mercante

A medida en que fueron reintegrándose los 18 ex marinos entre 2001 y 2004 (para la mayoría de los casos se ordenó en estos años) en cumplimiento de los fallos judiciales que ordenaron el reintegro, Fiduciaria inexplicablemente no procedió a terminar los contratos con su correspondiente indemnización. Sobre este particular, reseñó el señor Luis Felipe Acero:

“Entonces, al suspenderse se le comunica al Ministerio del Trabajo esa decisión y los marinos presentan tutelas que no prosperan y presentan demandas laborales en procura de que se les levante la suspensión de los contratos y pues se les reintegre pues a sus labores, se obtienen unos primeros fallos favorables, ya la Compañía de Inversiones estaba en liquidación obligatoria, obtienen unos primeros fallos favorables, y obviamente no había lugar al reintegro sino al pago de la indemnización por la terminación del contrato, en la medida en que no se podía reintegrar a una liquidación, pues porque ya no podía desarrollar ni siquiera el objeto de gestor de inversiones, mucho menos de transportador marítimo, y el liquidador, en su momento la Fiduciaria y su agente especial, el señor Hernández, pues lo que proceden es a disputar esos fallos y prorrogar dijéramos una situación que no tenía solución diferente al pago, y, mientras tuvo liquidez no lo hizo, dijéramos

coloquialmente, se gastó la plata en abogados en lugar de cumplir con los fallos judiciales y por eso esas liquidaciones de los marinos fueron tan onerosas porque jamás pago la totalidad sino que empezó a hacer abonos a los que les habían salido favorable el fallo y a prorrogar esa situación de mora en contra de los intereses de la propia la liquidación.”¹⁰¹ (Subrayado intencional).

Al respecto, en el Informe Anual para el año 2003 elaborado por Fidagraria, la hoy demandada presentó el estado de los procesos¹⁰², que se pueden resumir así:

- **11 procesos:** Ya tenían sentencia ejecutoriada, tras ser negado el recurso de casación por la Corte Suprema de Justicia. En todos los casos se confirmaba el fallo de segunda instancia favorable a las pretensiones de los marinos.
- **2 procesos:** Pendiente de fallo en sede de casación.
- **4 procesos:** En segunda instancia, en el Despacho para dictar sentencia.
- **1 proceso:** En primera instancia.

Contrario a la realidad y con el fin de engañar y ocultar la verdad, el 12 de noviembre de 2003¹⁰³ el Señor Hernández informó a la Junta Asesora que los casos no eran idénticos. Posteriormente indicó a la Junta Asesora que al sustituirse al apoderado de la CIFM para los casos habría un mejor resultado:

“El Presidente, Dr. Luis Felipe Acero, dice que en varias sesiones anteriores el Representante Especial ha dicho que las sentencias de la Corte Suprema en los casos de los marinos suspendidos, siguen un prototipo, son exactas; y recuerda también el Presidente que el Representante Especial afirmó que tal situación habría de cambiar al sustituir al abogado casacionista de la CIFM, por el Dr. Marco Emilio Hincapié; pero tal cambio no se ha dado.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 00:58:28 en adelante.

¹⁰² Prueba Documental No. 2.28 de la demanda. Copia de los Informes de Rendición de Cuentas presentados por Fidagraria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006 (incluye comunicaciones de Fidagraria S.A. dando explicación de las demoras en la rendición final de cuentas dirigidas a la Superintendencia de Sociedades), fls. 609-611 del Cuaderno de anexos de la demanda.

¹⁰³ Acta No. 60 del 12 de noviembre de 2003 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo I y II, Fls. 746 – 781, pág. 11.

¹⁰⁴ Acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 820 – 862, pág. 11.

Debemos resaltar nuevamente que el señor Hernández hacía afirmaciones a la Junta Asesora **ajenas a la realidad**, con el fin ocultar la situación a la que en realidad se enfrentaba la liquidación como consecuencia del actuar del liquidador, como ocurrió en las siguientes sesiones con:

- 8 de noviembre de 2004. Acta No. 072:

“3.2.5. En esta materia, la CIFM ha continuado sus actividades relativas a las Sentencias Ejecutoriadas a favor de los marinos suspendidos.

3.2.6. El Miembro Ramírez pregunta al Representante Especial si los pagos relacionados en el cuadro anterior significan la satisfacción de todo lo adeudado a los nombrados.

El Representante Especial contesta que no para todos. Solo para tres (3), los señores:

1. Orlando Neusa Forero.
2. Gustavo Tenorio Campo.
3. Pedro Rincón Leguizamo.”¹⁰⁵

- 20 de diciembre de 2004. Acta No. 073:

“3.3.4.1. De conformidad con lo establecido en la Sesión de 30 de junio de 2004 (Acta No. 068, numeral 3.4.7.2.), el Representante Especial pagó a once (11) de ellos, a saber: (...) Con estos pagos, las acreencias de los once (11) beneficiarios quedan saldadas.”¹⁰⁶

En la sesión del 31 de marzo de 2004, la Junta Asesora puso de presente que todas las sentencias seguían exactamente el mismo patrón:

“2.8.5. Cabe recordar que todas las sentencias condenatorias han seguido un patrón idéntico y sus cuantías han sido muy grandes.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ Acta No. 72 del 8 de noviembre de 2004. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 1035 – 1058, pág. 15.

¹⁰⁶ Acta No. 73 del 20 de diciembre de 2004. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 1059 – 1081, pág. 15.

¹⁰⁷ Acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 – Segunda Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 820 – 862, pág.14.

Después, cuando ya se contaba con 12 procesos con sentencia ejecutoriada - desfavorables para la CIFM-, la SuperSociedades profirió el Auto No. 440-007064 del 22 de junio de 2004, mediante el cual “ordenó al liquidador cuantificar y pagar la indemnización por imposibilidad jurídica y material de reintegrar a los marinos suspendidos.”¹⁰⁸

No obstante, la Demandada se limitó a pagar: 1. Salario básico; 2. Cesantías; 3. Intereses cesantías; 4. Vacaciones; 5. Prima de Servicios; 6. Prima de Servicios extralegal; 7. Viáticos¹⁰⁹. En **otras palabras, al abstenerse de pagar la indemnización por despido sin justa causa, los exmarinos continuaron vinculados a la empresa, actuación abiertamente contraria al estándar de conducta del buen hombre de negocios.**

Por consiguiente, la CIFM continuó con la obligación de pagar los salarios y prestaciones sociales para un personal que no tenía relación con su objeto social, todavía menos en sede de liquidación obligatoria.

Como se verá en el siguiente apartado, entre 2001 y 2003 Fiduarria adelantó una serie de pagos parciales a los trabajadores que obtenían sentencias a su favor en los cuales, se reitera, no se procedió a comunicar la terminación de los contratos de trabajo y solamente se liquidó a título de ‘indemnización sustitutiva’ de la sanción de reintegro.

Se destaca que se acreditó en el proceso que la CIFM contaba con los suficientes recursos al finalizar el año 2003 para terminar los contratos laborales e indemnizar el despido sin justa causa, debido a que la CIFM recibió una suma superior a los \$6.7 millones de dólares¹¹⁰, con ocasión de los dineros recibidos de la culminación de los procesos arbitrales internacionales iniciados por las motonaves Thermaikos y Dorikos¹¹¹.

¹⁰⁸ Prueba Documental No. 2.28 de la demanda. Copia de los Informes de Rendición de Cuentas presentados por Fiduarria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006 (incluye comunicaciones de Fiduarria S.A. dando explicación de las demoras en la rendición final de cuentas dirigidas a la Superintendencia de Sociedades), fl. 771 del Cuaderno de anexos de la demanda, Tomo II.

¹⁰⁹ Acta No. 65 del 11 de mayo de 2004 – Segunda Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 883 - 890, pág.6.

¹¹⁰ Ver Tomo 2 reconstrucción expediente, Fls. 1118 – 1156, Acta No. 75 Junta Asesora, Pag 9.

¹¹¹ Ver Tomo 2 reconstrucción expediente, Fls. 1118 – 1156, Acta No. 75 Junta Asesora, Pag 9.

Incluso, la misma Fiduciaria autorizó al señor Hernández en tal sentido. Se dejó constancia de ello en la sesión celebrada por la Junta Asesora y el Liquidador así:

“3.4.2. Para solucionar la falta de liquidez y, especialmente, para pagar las liquidaciones de los once (11) marinos suspendidos con sentencias ejecutoriadas a su favor, el Representante fue autorizado por FIDUAGRARIA S.A. para sacar USD 1.000.000.00 del depósito en el NORDEA BANK, Oslo, traerlo y convertirlo a pesos (...)”¹¹²

La Junta Asesora, en sesión del 29 de junio del 2004,¹¹³ con base en lo ordenado por la SuperSociedades en auto No. 440-007064 del 22 de junio de 2004 instruyó al señor Hernández, ante su demora, terminar los contratos de los 18 exmarinos y pagar las indemnizaciones del caso. Sin embargo, Fiduciaria de manera soterrada mantuvo en su postura de no terminar los contratos, aun cuando este mismo informó falsamente a la Junta en repetidas oportunidades que los contratos se habían dado por terminados, tal como dan cuenta los informes de rendición de cuentas 2004 y 2005¹¹⁴ y las Actas No. 73 y 86 de la Junta Asesora¹¹⁵.

En definitiva, conforme se pudo verificar por el doctor Felipe Negret como liquidador designado y se lee en el Acta No. 95 del 17 de octubre de 2007¹¹⁶, Fiduciaria nunca terminó los contratos de los 18 exmarinos, y para el momento de su retiro como liquidador los mismos se encontraban aún vigentes.

“El Doctor Oscar Antonio Hernández Gómez no cumplió con dicha decisión en cuanto a terminar los contratos de trabajo en las fechas de ejecutoria de la sentencia de cada exmarino y que en consecuencia los contratos de trabajo están vigentes”¹¹⁷

A raíz de la manera incorrecta e incompleta en que se hicieron los pagos (enseguida se particularizan las sumas), los marinos volvieron a iniciar múltiples procesos judiciales en aras obtener los salarios y prestaciones que no percibieron, así como los reconocimientos pecuniarios por la mora en los pagos ordenados por los jueces

¹¹² Acta No. 71 del 5 de octubre de 2004. Fls. 1016 – 1034, Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia del 13 de agosto de 2014 Tomo II, pág. 13.

¹¹³ Ver Tomo 2 reconstrucción expediente Acta 67 Junta Asesora Fls. 907 - 944, Pag 7.

¹¹⁴ Ver prueba 2.28 demanda - Informes de rendición de cuentas 2004 y 2005

¹¹⁵ Ver Tomo 2 reconstrucción expediente Actas 73, Fls. 1059 - 1081 y No. 86, Fls. 1312 – 1354 Junta Asesora.

¹¹⁶ Ver Tomo 2 reconstrucción expediente, Fls. 1496 – 1517, Acta 95 de Junta Asesora.

¹¹⁷ Ibid.

en los procesos originados por la suspensión, ora por los reconocimientos debidos tras su reincorporación laboral.

Finalmente, en el documento denominado “IV. INFORME DE GESTION CORRESPONDIENTE A LA RENDICION FINAL DE CUENTAS DEL LIQUIDADOR FIDUAGRARIA S.A.”, la Demandada afirmó que ninguno de los exmarinos se encontraba vinculado a la CIFM, y que no existían sumas pendientes por pagarles¹¹⁸.

El nuevo liquidador dejó la constancia de esta irregularidad en la comunicación dirigida a la SuperSociedades del 23 de julio de 2008:

“En el Informe de Rendición de Cuentas 2004 presentado en [sic] 5 de abril de 2005 Fidagraria S.A., en su condición de liquidador de la CIFM, reportó falsamente a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades, en la página 42 del citado informe, que “En las condiciones expuestas, los ex marinos suspendidos que recibieron el pago de la totalidad de la acreencia laboral a su favor, conforme a lo ordenado en las respectivas sentencias ejecutoriadas son CESAR RIZZO DIAZ, CESAR ROJAS ERAZO, ORLANDO NEUSA, PEDRO RINCÓN, LUIS GUILLERMO SANCHEZ, LUIS GÓMEZ PUERTO, JORGE ARIAS NOPE, CARLOS LAVERDE CORTÉS, DAGO LIZARAZO, GUSTAVO TENORIO CAMPO. El señor GUILLERMO CASTAÑO recibió pago parcial.”

La anterior manifestación no corresponde a la realidad de los pagos efectuados por Fidagraria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM los cuales no cancelaron la totalidad de las acreencias laborales existentes a la fecha de su realización, ni atendieron lo dispuesto en las sentencias respectivas, ni terminaron tampoco la relación laboral existente al punto que a la fecha de la presentación de la presente objeción, la mayoría de los ex marinos suspendidos siguen vinculados y tienen a su favor diversos saldos por conceptos derivados de su relación laboral que no han sido cancelados y son objeto de reclamo en contra de la liquidación y sobre los cuales se guarda total silencio en el informe del cual se ha dado traslado (...)

La equívoca información suministrada por el liquidador a la Junta y a la Superintendencia, así como, la contravención a las instrucciones impartidas

¹¹⁸ Cuaderno de Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 278-290.

*por las mismas, conllevo [sic] a que el suscrito liquidador debiera, en los estados financieros registrar **un pasivo laboral contingente por \$12.515 millones, tal como lo señala la revisoría Fiscal** (...)[.] De modo que con ocasión de la rendición de cuentas que es objeto de esta glosa, en mi condición actual de liquidador de la CIFM le solicito a esa Superintendencia que requiera a Fiduciaria con el objeto de que explique cuál fue el destino que le dio a los recursos provenientes del proceso arbitral “Thermaikos/Dorikos” por un valor superior a cinco millones de dólares USD 5.000.000 a fines del años 2003 (...).”¹¹⁹ (El resaltado es nuestro).*

Para el 22 de enero de 2008, se estimó el pasivo de los 18 exmarinos en \$26.533 millones de pesos, sin tener en cuenta el costo de seguridad social pendiente de pago y de parafiscales, que ascienden a \$2.838 millones de pesos, esto para el periodo comprendido entre 1997 y 2007.”¹²⁰.

A pesar de lo expuesto en este punto, frente a los procesos ejecutivos iniciados en contra de la liquidación como consecuencia del no pago de estas obligaciones, el a quo consideró erróneamente y a pesar de las pruebas obrantes en el proceso que “no se demostró que esta situación hubiese obedecido a un incumplimiento y /o negligencia por parte del agente liquidador en pago establecido en la calificación y graduación de créditos, y que como consecuencia de ello, se hubiese generado la mora por el pago tardío de las sentencias judiciales, por tanto, esta es una erogación que se encontraba en el deber jurídico de soportar la demandante.”

3.3. Los perjuicios sufridos por las sumas que la CIFM debió pagar a los exmarinos con ocasión de la negligencia de Fiduciaria

Como resultado de la deficiente gestión de la situación de los exmarinos, se presentarían una concatenación de perjuicios que redundaron en un detrimento sustancial de los activos de la sociedad en liquidación en grave perjuicio de sus acreedores.

Del primer periodo analizado (desde la suspensión ilegal hasta la reincorporación de los exmarinos) ya fueron anunciados tres conceptos de perjuicios, a saber: i) costos judiciales, ii) pagos adicionales por demora en el reintegro, y iii) No haber terminado los contratos laborales, sino limitarse a hacer pagos parciales.

¹¹⁹ Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299.

¹²⁰ Anexo Especial del Acta No. 098 del 23 de enero de 2008 de la Junta Asesora de la CIFM, fl. 94404. Liquidación Obligatoria Actuación 265 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

Pero para rematar la situación gravosa, en el segundo periodo relatado (desde que se reincorporaron) también hubo mora en los pagos a reconocer a los exmarinos por las sentencias que ordenaban el reintegro. Ello redundó en intereses y sanciones de índole laboral, aun cuando se hicieron pagos equivalentes a la suma de **\$4.387.679.908**. Las liquidaciones incorrectamente realizadas por **Fiduagraria** constan en la prueba documental 2.26 de la demanda. Veamos la situación particularizada por cada uno de los marinos:

	Nombre	Periodo Cubierto Por El Pago	Pago En Pesos	Fecha Ejecutoria Sentencias	Fecha Pago	Días de Demora en Pagos
1	ORLANDO NEUSA FORERO ¹²¹	Agosto 1/00 a Septiembre 30/02	130.464.581 ¹²²	23/05/02	25/10/02	155
		Octubre 1/02 a Enero 30/03	21.671.177 ¹²³		6/02/03	259
		Agosto 1/00 a Ene 30/03 (Indemn)	60.999.585 ¹²⁴		4/11/04	896
2	CESAR ANTONIO ROJAS E.	Agosto 1/00 a Enero.30/03	56.167.547	13/10/00	25/02/03	865
		Agosto 1/00 a Enero.30/03 (Indemn.)	45.637.989		17/11/04	1496
3	JORGE E. ARIAS NOPE	Agosto 1/00 a Junio 5/01	95.126.020	6/06/01	13/05/03	706

¹²¹ La totalidad de los cálculos y parte de los pagos efectuados pueden verse en el “CÁLCULO DE INDEMNIZACIÓN A LA FECHA DE EJECUTORIA” suscrita por el señor Hernández, fl. 188 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo I.

¹²² Suma que puede ser verificada en el certificado de consignación de depósitos especiales del Banco Agrario a favor del Juzgado Penal No. 48 donde aparece que el demandante es Orlando Neusa Forero, fl. 165 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo I.

¹²³ Suma que puede ser verificada en el certificado de consignación de depósitos especiales del Banco Agrario a favor del Juzgado Penal No. 48 donde aparece que el demandante es Orlando Neusa Forero, fl. 172 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo I. Dicha suma coincide con la certificación elaborada por el Jefe de personal Juan Manuel Rodríguez para los meses de octubre-diciembre de 2002 y enero de 2003, , fl. 168 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo I.

¹²⁴ Suma que puede ser verificada en la nota contable “Orden de causación No. 2407” suscrita por el señor Hernández, fl. 174 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo I.

	Nombre	Periodo Cubierto Por El Pago	Pago En Pesos	Fecha Ejecutoria Sentencias	Fecha Pago	Días de Demora en Pagos
		Agosto 1/00 a Junio 5/01 (Indemn.)	67.532.143		17/11/04	1260
4	LUIS GUILLERMO SANCHEZ Q	Agosto 1/00 a Abril 8/03	204.129.320	8/04/03	1/07/03	84
		Agosto 1/00 a Abril 8/03 (Indemn.)	94.980.241		17/11/04	589
5	LUIS ALBERTO GOMEZ P.	Agosto 1/00 a Febrero 13/03	166.855.179	13/02/03	1/07/03	138
		Agosto 1/00 a Febrero 13/03 (Indemn.)	80.469.854		3/12/04	659
6	CESAR AUGUSTO RIZO D.	Agosto 1/00 a Agosto 19/01	82.524.952	19/08/01	1/07/03	681
		Agosto 1/00 a Agosto 19/01 (Indemn.)	62.838.987		17/11/04	1186
7	PEDRO RINCON LEGUIZAMON	Agosto 1/00 a Abril 1/02	76.459.012	1/04/02	1/07/03	456
		Agosto 1/00 - Abril 1/02 - (Indemn.)	50.212.296		6/09/04	889
8	CARLOS JULIO LAVERDE C.	Agosto 1/00 a Abril 26/01	63.541.298	25/04/01	1/07/03	797
		Agosto 1/00 a Abril 26/01 (Indemn.)	29.015.015		17/11/04	1302
9	GUSTAVO TENORIO CAMPO	Agosto 1/00 a Octubre 29/03 (Indemn.)	230.027.879	29/10/03	26/10/04	363
10	HECTOR ALFREDO GARZÓN	Agosto 1/00 - Sept. 3/03 - Indemnización	155.067.125	3/09/03	3/12/04	457

	Nombre	Periodo Cubierto Por El Pago	Pago En Pesos	Fecha Ejecutoria Sentencias	Fecha Pago	Días de Demora en Pagos
11	DAGO EULISES LIZARAZO M.	Agosto 1/00 - Sept 20/03 - Indemnización	318.078.919	20/09/02	15/12/04	817
12	GUILLERMO CASTAÑO HENAO	Pago parcial Ago 1/00 - Mar 29/04	300.000.000	29/03/04	11/01/05	288
		Pago parcial Ago 1/00 - Mar 29/04	300.000.000		4/04/05	371
		Pago final Ago 1/00 - Mar 29/04 (Indemn.)	542.035.797		2/06/05	430
13	OSWALDO PIEDRAHITA E.	Pago Ago 1/00 - Feb 21/05 (Indemn.)	334.803.649	21/02/05	15/04/05	53
14	GUSTAVO CASTRO RUBIANO	Pago Ago 1/00 - Jun 10/05 (Indemn.)	219.041.343	10/06/05	22/07/05	42
15	JOSÉ BERNARDO PANCHE	Pago parcial Ago 1/00 - Ene 24/06	150.000.000	24/01/06	16/08/06	204
16	ALVAREZ NARANJO CESAR AUGUSTO		450.000.000			
17	LUIS ALBERTO GOMEZ PUERTO		\$166.855.179 \$80.469.854		1/7/03 3/12/04	
18	CASTILLO JARAMILLO JORGE ELIECER					
TOTAL PAGOS			\$4.387.679.908			

Con posterioridad, en el Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012 expedido por la SuperSociedades se dejó constancia de los pagos que efectivamente se habían realizado a dicha fecha a los marinos suspendidos, ascendieron a **\$4.835.964.075**¹²⁵.

Además, debido a que la vinculación de los exmarinos no fue terminada oportunamente, varios cumplieron los requisitos para que la CIFM tuviera que reconocerles y pagarles sus pensiones. En efecto, la CIFM se vio abocada a reconocer la pensión a favor de 9 exmarinos el 2 de enero de 2008¹²⁶:

RES. No.	NOMBRE	FECHA NACIMIENTO	fecha de pensión	PENSION liquidada con promedio salarial últimos 10 años
1	CASTILLO JARAMILLO JORGE ELIECER	16/11/1948	16/11/2003	2.914.503
2	PANCHE SANCHEZ JOSE BERNANRDO	11/06/1949	11/06/2004	2.912.271
3	ARIAS NOPE JORGE	25/06/1949	25/06/2004	4.796.688
4	GOMEZ PUERTO LUIS ALBERTO	18/08/1949	18/04/2004	3.027.222
5	LAVERDE CORTES CARLOS JULIO	05/12/1949	05/12/2004	3.532.784
6	CASTRO RUBIANO GUSTAVO	31/07/1950	31/07/2005	2.378.750
7	ROJAS ERAZO CESAR ANTONIO	12/12/1950	12/12/2005	2.775.798
8	RINCON LEGUIZAMO PEDRO	13/07/1952	13/07/2007	3.377.818
9	LIZARAZO MESA DAGO EULISES	08/12/1952	08/12/2007	3.798.006

Por ejemplo, si se hubiera terminado oportuna y en debida manera el contrato laboral del señor Jorge Arias Nope, una vez ejecutoriada la sentencia (6 de junio de 2001) que declaró la ilegalidad de la suspensión del contrato de trabajo, la CIFM no hubiera tenido que asumir el pago de todas las mesadas pensionales.

Solamente hubo tres marinos que la CIFM no debió pensionarlos por no cumplir los requisitos de edad o tiempo. Frente a ellos, el ISS inició un proceso de cobro coactivo para que se pagaran los montos que Flota Mercante adeudaba por los tiempos que trabajaron¹²⁷.

¹²⁵ Pág. 7 del Auto, fl. 97808, Liquidación Obligatoria Actuación 346 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

¹²⁶ Comunicación del 7 de octubre de 2008 remitida por Felipe Negret (liquidador de la CIFM) a la SuperSociedades. Fl. 77065-77067.

¹²⁷ Ibid.

Para mitigar los efectos negativos derivados de la negligencia de Fiduciaria en el manejo de los exmarinos, fue necesario proponerles a 7 exmarinos que no habían cumplido los requisitos de pensión que la CIFM los pensionara anticipadamente. Los efectos de no haber terminado los contratos en debida manera implicaban una indemnización para todos los marinos que superaba los 21.000 millones (\$21.737.274.728 para ser exactos), que se traducía en el costo de \$235.574.849 mensuales para la Flota si se mantenían contratados, lo cual es exponencialmente superior a lo \$58.558.236 de costo mensual si se pensionaban anticipadamente¹²⁸.

La Junta Asesora autorizó que se concedieran las pensiones ‘anticipadas’ para 7 exmarinos, con los siguientes valores para el año 2008¹²⁹:

	Nombre	Valor Pensión
1.	CESAR AUGUSTO ALVAREZ NARANJO	\$ 2'906.031.00
2.	EMERAMO BARRERA PARRA	\$ 2'533.626.00
3.	GUILLERMO CASTAÑO HENAO	\$ 4'707.513.00
4.	HECTOR ALFREDO GARZÓN GAITAN	\$ 2'658.087.00
5.	CESAR AUGUSTO RIZO DIAZ	\$ 3'517.237.00
6.	GUILLERMO SÁNCHEZ QUIROGA	\$ 3'375.598.00
7.	GUSTAVO ALBERTO TENORIO CAMPO	\$ 2.907.132.00

No obstante, la jubilación anticipada fue frustrada ante la negación por parte del Ministerio de Prosperidad Social de la solicitud presentada por la CIFM al respecto.

La liquidación incorrecta de los pagos ordenados en las sentencias y los pagos parciales de los valores reconocidos por los jueces en las mismas dieron lugar a la interposición de demandas ejecutivas y acciones de tutela por parte de los exmarinos en contra de la CIFM, lo que implicó una nueva contingencia y la necesidad de contratar nuevos abogados para atender los procesos.

¹²⁸ Anexo Especial No. 3 del Acta No. 100 de la Junta Asesora del 6 de marzo de 2008, fl. 74719, denominado “5. Terminación Contratos “Marinos Suspendidos”. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

¹²⁹ Acta No. 100 de la Junta Asesora del 6 de marzo de 2008, fl. 747305. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

A la postre, la totalidad de los 18 exmarinos estuvieron vinculados laboralmente hasta el 30 de junio de 2008¹³⁰, momento en el que fueron pensionados o se terminaron los contratos con base en la causal consignada en el literal e¹³¹ del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. Evidentemente sus acreencias laborales ascendieron vertiginosamente. No sobra anotar que Fiduagraria reconoció que, al momento de la presentación de la demanda, los exmarinos seguían vinculados¹³².

La cuantificación del perjuicio sufrido por la CIFM **derivado de la no terminación oportuna de los contratos de los 18 exmarinos por Fiduagraria, corresponde a los mayores valores que tuvo que reconocer la CIFM, de haberse terminado y liquidado correctamente.**

El cálculo de estos valores, que corresponden al perjuicio que se reclama, se realiza partiendo del hecho que los contratos de trabajo de los 18 exmarinos **debieron terminarse por Fiduagraria dentro de los 30 días siguientes a que se profirió la primera sentencia de Casación** por la Sala Laboral de la Corte Suprema, sentencia que corresponde al proceso iniciado por el exmarino Cesar Rizzo Diaz de fecha 15 de agosto de 2001.

En ese orden de ideas, los cálculos que se presentan a continuación tienen como base el dictamen pericial allegado al proceso elaborado por el doctor Eugenio Merlano Matiz¹³³ que liquida los contratos de trabajo de los 17 exmarinos desde el 7 de septiembre de 1997, momento en que se suspendieron los contratos y se ordenó el reintegro, hasta el 31 de diciembre de 2008 para los trabajadores que a 31 de diciembre de 2007 cumplieron los requisitos convencionales de pensión y hasta el 30 de junio de 2008 para los trabajadores que a 31 de diciembre de 2007 no habían cumplido los requisitos de pensión.

Para el caso específico de Guillermo Castaño Henao, los valores que recibió con ocasión de los procesos judiciales que instauró superaron el valor que le hubiera correspondido con la correcta liquidación de sus acreencias laborales, por lo que no

¹³⁰ Comunicación del 7 de octubre de 2008 remitida por Felipe Negret (liquidador de la CIFM) a la SuperSociedades. Fl. 77067. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

¹³¹ “e). Por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento;”

¹³² Pág. 6 de la contestación a la demanda, frente al Hecho 4.21.

¹³³ Ver Tomo 1 Cuaderno reconstrucción expediente folios 136 a 189 – Dictamen Eugenio Merlano Matiz.

se realizó en el dictamen doctor Merlano una cuantificación al respecto, como lo dejó expreso el perito.

EXMARINO	PERJUICIO QUE SE RECLAMA A 30/06/2008	PERJUICIO ACTUALIZADO A 31/08/2024
CASTILLO JARAMILLO JORGE ELIECER	519.627.221	1.086.204.610
ALVAREZ NARANJO CESAR AUGUSTO	281.229.945	587.870.016
BARRERA PARRA EMERAMO	730.316.618	1.526.619.940
PANCHE SANCHEZ JOSE BERNANRDO	371.684.854	776.952.757
JORGE ARIAS NOPE	561.702.712	1.174.157.262
GARZON GAITAN HECTOR ALFREDO	524.488.777	1.096.366.981
GOMEZ PUERTO LUIS ALBERTO	267.120.542	558.376.375
NEUSA FORERO ORLANDO	608.170.621	1.271.291.621
LAVERDE CORTES CARLOS JULIO	475.925.238	994.852.014
PIEDRAHITA ECHEVERRY OSWALDO	378.436.877	791.066.872
CASTRO RUBIANO GUSTAVO	229.842.904	480.452.932
RIZO DIAZ CESAR AUGUSTO	677.115.228	1.415.410.226
ROJAS ERAZO CESAR ANTONIO	392.736.900	820.958.976
SANCHEZ QUIROGA LUIS GUILLERMO	499.135.919	1.043.370.544
RINCON LEGUIZAMO PEDRO	447.006.595	934.401.826
TENORIO CAMPO GUSTAVO ALBERTO	500.113.089	1.045.413.175
LIZARAZO MESA DAGO EULISES	295.063.428	616.786.886
TOTAL	7.759.717.468	16.220.553.014

Anexos a estos alegatos entregados en formato Excel también pueden ser de utilidad si se estima que es otra la fecha desde la cual se deben cuantificar los perjuicios sufridos por la CIFM, en la medida en que en el petitum están planteados subsidiariamente.

Las costas y agencias en derecho a que ha sido condenada la CIFM con ocasión de los recursos de casación y los procesos ejecutivos iniciados por los Exmarinos con ocasión de los pagos parciales de las sentencias **constituyen un perjuicio adicional cuyo cálculo** se realizó para efectos de los presentes alegatos a partir de una revisión detallada de los expedientes allegados al proceso por los juzgados laborales de conocimiento.



Conforme la revisión realizada, a continuación, la cuantificación del perjuicio padecido:

Ex Marino Demandante	Valor costas y agencia en derecho	Valor actualizado 31/08/2024	Ubicación expediente
GUSTAVO ALBERTO TENORIO CAMPO			
Costas Casación	\$ 2.000.000	\$ 5.466.894,98	Pg. 119 y 120, "archivo PDF 04Folios1208A1408"
DAGO ULISES LIZARAZO MESA			
Costas Casación	\$ 2.000.000	\$ 5.470.017,13	Pg. 147, C.001, "Auto libra mandamiento de pago"
Costas proceso ejecutivo	\$ 235.171.181	\$ 416.404.283,64	Flio 918 y 919, C006)
ORLANDO NEUSA FORERO			
Costas Casación	\$ 2.500.000	\$ 7.390.432,10	Pg. 61, Expediente Digital 151
PEDRO RINCON LEGUIZAMO			
Costas Ejecutivo	\$ 5.000.000	\$ 6.553.092,50	C.01 Primera Instancia, 01 Cuaderno Principal, PDF 02 Cuaderno Dos, Pg.418
JOSE BERNARDO PANCHE SANCHES			



Costas Casación	\$ 2.600.000	\$ 6.329.074,89	06 Sentencia Costas Ordinario Casacion20060124
Costas Ejecutivo	\$ 25.500.000	\$ 32.883.807,56	126 Auto aprueba costas y creditoOrdenapago2021 1213
EMERAMO BARRERA PARRA			
Costas ejecutivo	\$ 22.400.000	\$ 34.210.779,21	
LUIS ALBERTO GOMEZ PUERTO			
Costas Casación	\$ 2.000.000	\$ 4.432.891,08	006 Auto Libra mandamiento de pago, Pg. 1
HECTOR A GARZON GAITAN			
Costas Casación	\$ 2.000.000	\$ 5.470.017,13	09 Costas Casacion20031007
Costas Ejecutivo	\$ 50.326.825	\$ 64.899.514,83	85ApruebaActualización LiquidaciónCredito20211 213
Total	\$ 351.498.006	\$ 589.510.805,05	

El perjuicio que se reclama por este concepto asciende a la suma de \$351.498.006 valor que actualizado con IPC a la fecha de estos alegatos asciende a la suma de \$589.510.805.

Lamentablemente, a pesar de la insistencia de esta parte, como se puede ver en el cuadro anterior, en algunos de los procesos laborales allegados al expediente¹³⁴, si bien se remitieron las sentencias y liquidación de créditos, no está el detalle de la liquidación de las costas por instancia lo que hace imposible su cuantificación. En

¹³⁴ Carlos Julio Laverde Cortes, Jorge Arias Nope, Jorge Eliecer Castillo, Oswaldo de Jesús Piedrahita, Cesar Antonio Rojas Erazo.

otros casos, los expedientes nunca fueron allegados por los despachos de conocimiento a pesar de la insistencia del Magistrado de conocimiento para que las pruebas se practicaran como fueron decretadas. En síntesis, si bien las costas fueron un perjuicio para la Demandante, no se tienen en todos los casos los documentos procesales necesarios para su cuantificación, por lo que no se incluyeron en el cuadro precedente.

3.4. Errores en la valoración probatoria del *a quo* frente al perjuicio causado a la demandante como consecuencia de las demoras en el reintegro de los 18 ex marinos e intereses y sanciones por el pago incompleto de sentencias judiciales imputables al liquidador demandado

Para iniciar el análisis de la sentencia recurrida, es necesario partir de los siguientes puntos:

- Primero, que la demanda tenía conocimiento que a los 18 ex marinos se les habían suspendido sus contratos laborales ilegalmente y estaban adelantando procesos judiciales para su reintegro e indemnización en contra de la compañía en liquidación.
- Segundo, que desde el año 2000 por medio de sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y en 2001 por medio de sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia ya se había resuelto que los marinos tenían derecho al reintegro y a la indemnización de perjuicios.
- Tercero, que la compañía en liquidación no contaba con cargos para que los 18 ex marinos pudieran desempeñar labores en la medida en que ya no se estaba dedicando al negocio naviero.
- Cuarto, que a Fiduagraria, en su calidad de comerciante profesional en la materia, se le encomendó la liquidación del patrimonio de la CIFM, en la medida en que supuestamente contaba con las calidades profesionales y conocimientos profesionales y legales para llevar a cabo esa tarea.

En ese orden de ideas, es claro que ante la diligencia calificada esperada por parte del liquidador y teniendo en cuenta la magnitud de las acreencias de las cuales eran titulares los 18 ex marinos en el momento en que se ordenó su reintegro a la CIFM, el liquidador, en ejercicio de su independencia como administrador y “buen hombre de negocios”, debía proceder con la salvaguarda y optimización de los recursos de la liquidación. Por el contrario, lo que hizo el liquidador, avalado por el *a quo* por medio de la sentencia recurrida, fue dilatar dichos pagos causando intereses de mora, honorarios de abogados y la causación del derecho a la pensión de los

trabajadores debido a que su desvinculación nunca se materializó dentro de los tiempos en que se le instruyó al liquidador debía hacerlo.

Al respecto, y con la finalidad de no reiterar lo que ya ha sido expuesto en este acápite, la negativa frente a la concesión de las pretensiones elevadas con sustento en este punto se edificó, básicamente, en que liquidador procedió a realizar los pagos por este concepto a partir de junio del 2004 como consecuencia de las instrucciones impartidas por la junta asesora y por el juez del concurso. Teniendo esto en cuenta, es necesario resaltar de manera imperativa que el liquidador no es un mero operador frente a las instrucciones que le imparta la junta asesora y la Superintendencia de Sociedades, pues es este, obedeciendo a sus calidades profesionales, quien debe tomar las medidas y las decisiones pertinentes para optimizar y salvaguardar el patrimonio que se le encomendó, conclusión diametralmente opuesta a la que llegó el juez de primera instancia en la sentencia recurrida:

“Sobre el pago de estas indemnizaciones el testigo Luis Felipe Acero afirmó que el liquidador no pagó las mismas teniendo recursos para ello (1.57). Sin embargo, no existe prueba en el expediente que corrobore este dicho, y antes por el contrario, obran oficios, cheques (1.56) y acta de la Junta Liquidadora (1.55) con lo que se demuestra que el agente liquidador procedió a realizar los pagos por este concepto a partir de junio de 2004, momento desde el cual la Junta Asesora del Liquidador y el juez del concurso deciden el pago de esta indemnización debido a la imposibilidad jurídica y material de restitución de los ex marinos, y no como equivocadamente lo sostiene la accionante dentro de los 30 días siguientes a que se profirió la primera sentencia de Casación por la Sala Laboral de la Corte Suprema, sentencia que corresponde al proceso iniciado por el ex marino Cesar Rizzo Díaz de fecha 15 de agosto de 2001.”

Así las cosas, el liquidador no debió requerir de conocimientos jurídicos superiores ni de conceptos de la junta asesora o de órdenes impartidas por el juez del concurso, para concluir que las acreencias laborales cuyo pago además ya fue ordenado por un juez laboral son de carácter preferente en materia de prelación de créditos. Así, no puede resultar de recibo que la lógica jurídica del juez llamado a evaluar su conducta consista en que ésta fue correcta en la medida en que sólo recibió instrucciones por parte del juez del concurso y de la Junta Asesora de realizar dichos pagos, pues era el liquidador el único responsable de informar el estado de los recursos, salvaguardar y optimizar los mismos.

En ese orden de ideas, es evidente, conforme se ha expuesto hasta ahora, que la conducta esperada por parte de un administrador diligente, de un buen hombre de negocios, habría sido el pago completo y preferente de todas las obligaciones laborales a las cuales estaba obligada la sociedad en liquidación en el momento mismo en que los jueces de la República ordenaron el reintegro de los marinos a quienes se les habían suspendido los contratos de trabajo o, en su defecto, desde el momento en que se conoció la decisión judicial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el caso de Cesar Augusto Rizzo Díaz, esto es, en agosto del año 2001.

Por lo anterior, de ninguna manera podría ser de recibo la argumentación del Tribunal de primera instancia con referencia a que el agente liquidador efectuó pagos de manera oportuna desde el año 2004, pues, además de ser equivocado¹³⁵, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, dichos pagos se debieron realizar, como máximo, desde que se profirieron cada una de las condenas en contra de la CIFM, cuya falta de pago no solo constituye el incumplimiento a una orden judicial¹³⁶ y un perjuicio monetario mayor para la demandante, sino la

¹³⁵ “La anterior manifestación no corresponde a la realidad de los pagos efectuados por Fiduarria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM los cuales no cancelaron la totalidad de las acreencias laborales existentes a la fecha de su realización, ni atendieron lo dispuesto en las sentencias respectivas, ni terminaron tampoco la relación laboral existente al punto que a la fecha de la presentación de la presente objeción, la mayoría de los ex marinos suspendidos siguen vinculados y tienen a su favor diversos saldos por conceptos derivados de su relación laboral que no han sido cancelados y son objeto de reclamo en contra de la liquidación y sobre los cuales se guarda total silencio en el informe del cual se ha dado traslado (...)”

La equívoca información suministrada por el liquidador a la Junta y a la Superintendencia, así como, la contravención a las instrucciones impartidas por las mismas, conllevo [sic] a que el suscrito liquidador debiera, en los estados financieros registrar un pasivo laboral contingente por \$12.515 millones, tal como lo señala la revisoría Fiscal (...)[.] De modo que con ocasión de la rendición de cuentas que es objeto de esta glosa, en mi condición actual de liquidador de la CIFM le solicito a esa Superintendencia que requiera a Fiduarria con el objeto de que explique cuál fue el destino que le dio a los recursos provenientes del proceso arbitral “Thermaikos/Dorikos” por un valor superior a cinco millones de dólares USD 5.000.000 a fines del años 2003 (...)” (subrayas propias) - Objeciones rendición de cuentas. Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299. 23 de julio de 2008. Ver: Alegatos de Conclusión CIFM. Págs. 47-48.

¹³⁶ “las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (business judgement rule) por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones adoptadas por los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. (...) En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un buen hombre de negocios si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social.

inobservancia de la prelación de créditos que debía ser cumplida a cabalidad por parte de la liquidadora Fiduciaria.

Y el asunto antes expuesto entonces permite continuar con el análisis de los demás argumentos esgrimidos por el Tribunal de primera instancia que resultan equivocados sobre el particular:

“Ahora, respecto al pago tardío de sentencias judiciales y los procesos ejecutivos derivados de las mismas, para esta Sala, es importante precisar que la Compañía de Inversiones Flota Mercante se encontraba en liquidación lo que conduce a afirmar que los pagos que se debían realizar por parte del liquidador estaban sujetos a las obligaciones preferentes como lo eran las mesadas pensionales y los gastos de administración, al igual que la calificación y graduación de créditos expedida por el Juez del Concurso (art. 133 Ley 225 de 1995)”

Al respecto, debo reiterar que no se encuentra entonces corrección en el análisis probatorio del Tribunal en la medida en que son estas obligaciones de carácter laboral las que gozan de preferencia y prelación y que además constituyen gran parte del pasivo que debía asumir la liquidación. Además, de ninguna manera podría entenderse que mantener vinculados a la empresa a los 18 trabajadores que no llevarían a cabo actividad alguna por ser marinos que ya no tenían labores que desempeñar en su objeto social, es una decisión propia de un administrador responsable pues dicha decisión o más bien negligencia condujo también a que la mayoría de ellos causaran su derecho pensional implicando esto obligaciones dinerarias adicionales a cargo de mi representada.

Lo expresado en este párrafo anterior no significa, sin embargo, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Como lo ha señalado este despacho en múltiples oportunidades, no corresponde a los jueces inmiscuirse en los asuntos internos de una compañía, a menos que se acredite la existencia de actuaciones ilegales o abusivas. Al respecto, según se indicó en sentencia No. 800-85 del 8 de julio de 2015, aunque la deferencia de los jueces cubija las decisiones adoptadas por los administradores en desarrollo de la actividad social, tal protección no puede extenderse a las omisiones negligentes en que incurran tales funcionarios.” (Negrillas propias)

Superintendencia de Sociedades, delegatura para procedimientos mercantiles. 2016-800-390. Sentencia del 18 de julio de 2018.

Adicionalmente, y como quedó claro a lo largo del proceso, mientras hubo liquidez¹³⁷¹³⁸, Fiduciaria, a través de su agente especial, no hizo los pagos referidos y, en su lugar, destinó esos recursos al pago de honorarios de abogados y de costas judiciales. Por ello, también resulta equivocado el razonamiento sustancial del a quo al afirmar que:

*“(...) si bien es cierto, se generaron procesos ejecutivos **derivados del no pago de las condenas proferidas por los jueces laborales** (1.44 a 1.51), no se demostró que esta situación hubiese obedecido a un incumplimiento y /o negligencia por parte del agente liquidador en pago establecido en la calificación y graduación de créditos, y que como consecuencia de ello, se hubiese generado la mora por el pago tardío de las sentencias judiciales, por tanto, **esta es una erogación que se encontraba en el deber jurídico de soportar la demandante.**” (Negritas fuera de texto original).*

Lo anterior, en la medida en que se reconoce que hubo un incumplimiento en el pago de condenas de naturaleza laboral derivadas de órdenes judiciales que solo podían ser cumplidas por el liquidador, para después concluir que, de todas maneras, éste no fue negligente y que la demandante debía soportar estos pagos.

Si bien es cierto que la liquidación debía asumir el pago de acreencias laborales, lo es más que este rubro se incrementó de manera exponencial por la desidia de Fiduciaria al demorar estos pagos, lo cual constituye el perjuicio que se reclama, como se explicó de manera reiterativa al *a quo* y además se demostró a través de prueba pericial¹³⁹, que fue sometida a contradicción sin que se haya puesto en duda su valor probatorio, constituyéndose entonces en plena prueba sobre el perjuicio referido, punto que tampoco fue siquiera valorado por el Tribunal.

A riesgo de ser repetitivos, vale la pena advertir al *ad quem* que el dictamen del doctor Eugenio Merlano constituye plena prueba del perjuicio sufrido en la medida en que, tal como se advierte en auto del 30 de agosto de 2021, mediante auto del

¹³⁷ Audiencia de pruebas. Testimonio de Luis Felipe Acero – minuto 59:45.

¹³⁸ “(...) La equívoca información suministrada por el liquidador a la Junta y a la Superintendencia, así como, la contravención a las instrucciones impartidas por las mismas, conllevo [sic] a que el suscrito liquidador debiera, en los estados financieros registrar **un pasivo laboral contingente por \$12.515 millones, tal como lo señala la revisoría Fiscal** (...) [.] De modo que con ocasión de la rendición de cuentas que es objeto de esta glosa, en mi condición actual de liquidador de la CIFM le solicito a esa Superintendencia que requiera a Fiduciaria con el objeto de que explique cuál fue el destino que le dio a los recursos provenientes del proceso arbitral “Thermaikos/Dorikos” por un valor superior a cinco millones de dólares USD 5.000.000 a fines del año 2003 (...)” Cuaderno Reconstrucción solicitada en audiencia del 13 de agosto de 2014 tomo I, fls. 291-299

¹³⁹ Tomo 1 Cuaderno reconstrucción expediente folios 136 a 189 – Dictamen Eugenio Merlano Matiz.

31 de enero de 2020 se corrió traslado a las partes del mismo, conforme lo dispuesto en el artículo 238 del C.P.C., por el término de 3 días, término legal para solicitar las correspondientes aclaraciones o complementaciones que se consideraran pertinentes, así como proponer las objeciones que sobre aquél se pretendieran hacer valer. Vencido el referido plazo, ni Fiduararia ni las Aseguradoras formularon ningún tipo de solicitud de aclaración o complementación, y tampoco fue objetado, con lo cual el mismo constituye plena prueba del perjuicio sufrido.

Así, quedó probado entonces que el perjuicio sufrido por mi representada como consecuencia de la conducta del demandado por este concepto es de \$7.759.717.468 que al 31 de diciembre de 2023 equivalían a la suma de **\$16.220.553.014** como le fue expuesto al Tribunal por medio de los alegatos de conclusión presentados por esta parte¹⁴⁰.

3.5. Perjuicios por la contratación de los abogados para atender los procesos ante la indebida liquidación de los exmarinos

La contratación de apoderados para interponer los recursos extraordinarios de casación, ante la prosperidad de las demandas que buscaban el reintegro a sus cargos interpuestas por los 18 exmarinos, así como para atender los procesos ejecutivos y las acciones de tutela incoadas por los mismos exmarinos, constituyó un claro perjuicio para la CIFM generado por el actuar negligente de Fiduararia. P&P Auditores y Consultores¹⁴¹ cuantificó la cuantía del perjuicio en su dictamen así:

Apoderado	Valor	Soporte dictamen P&P
Dr. Jaime Lemoine Gaitán	381.899.837	Anexo 10
Dr. Cesar Ucrós Barros	57.620.400	Anexo 11
Dra. Martha Bahamon Restrepo	21.514.710	Anexo 12
Dra. Myriam Pava Sierra	3.526.368	Anexo 13
Total	464.561.315	

Este perjuicio cuantificado con corte 2007 en la suma de \$464.561.315, traído a valor presente asciende a la suma de **\$ 1.018.829.555**.

¹⁴⁰ Alegatos de conclusión CIFM y Federación Nacional de Cafeteros. Página 56. Punto 3.3.

¹⁴¹ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S págs. 15 a 19.

3.5.1. Errores en la valoración probatoria del a quo frente al perjuicio causado a la demandante por la contratación de los abogados para atender los procesos ante la indebida liquidación de los ex marinos

Considerando lo expuesto con respecto a la indebida valoración probatoria y fáctica en lo relativo al perjuicio ocasionado a mi representada debido a las demoras en el reintegro y sanciones de los 18 ex marinos, el Tribunal de primera instancia incurrió en un yerro similar en lo referente a los perjuicios causados a mi representada como consecuencia de la contratación de abogados para atender los procesos judiciales indicados en este acápite que en últimas como era absolutamente previsible resultarían inocuos.

Al respecto el Tribunal de primera instancia indicó:

“Visto lo anterior, es claro para esta Sala, en primer lugar, que el agente liquidador consultó todos los trámites y decisiones tomadas dentro de los procesos judiciales adelantados por los ex marinos suspendidos de extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante a la Junta Asesora del Liquidador quienes no manifestaron objeción alguna. (ib)

En segundo lugar, el mismo agente liquidador planteó la posibilidad de no tener éxito en los recursos de casación y preguntó si era o no conveniente presentar los mismos debido a que los exmarinos se beneficiarían de este periodo, no obstante, la Junta guardó silencio sobre este cuestionamiento, y antes por el contrario insistió en la interposición de recursos para la revisión de las sentencias y en traer un concepto sobre la materia. (ib.)”.

En primera medida, y tal como se expuso anteriormente, el análisis del Tribunal es indicativo de que éste parece omitir, nuevamente, que las decisiones y responsabilidad en cuanto a la liquidación recaen única y exclusivamente sobre el liquidador y no pueden delegarse o atomizarse en la Junta Asesora, pues dicha junta, por disposición legal, hace las veces de órgano asesor y fiscalizador y, en consecuencia, el liquidador no es un simple ejecutor de las instrucciones que imparta o no la junta. Sin olvidar que era el propio liquidador cuestionado el que llevaba la información fragmentada, equivocada e incompleta a la Junta Asesora y que redactaba a su conveniencia las actas.

Así, si el mismo liquidador tenía conocimiento de las bajas probabilidades de éxito con las que la liquidación contaba frente a los procesos judiciales de la referencia,

no podía escudarse en la falta de instrucciones de la Junta para continuar con dichos procesos judiciales, aun teniendo en cuenta que esto iba a conllevar mayores costos para la liquidación. Mal puede ahora el Tribunal amparar la conducta negligente del liquidador en que la Junta Asesora no manifestó objeción alguna frente a las consecuencias negativas de las cuales el mismo liquidador era consciente, pues la responsabilidad económica de estas decisiones recae exclusivamente sobre el liquidador societario. Bajo esta premisa, ningún liquidador podría ejercer entonces actuación alguna hasta tanto la junta asesora no le indique que debe hacerlo, lógica que evidentemente contraviene las funciones de un administrador.

Con la argumentación expuesta por el Tribunal de primera instancia, en últimas, se termina justificando el actuar negligente y contrario a derecho de un administrador que incumplió a todas luces las obligaciones legales que le son impuestas en razón a su cargo, como se observa:

“Por último, no se puede perder de vista que la norma simplemente establece las causales o motivos para interponer el recurso de casación dentro de un proceso adelantado por la Jurisdicción Laboral (artículo 87 Código de Procedimiento Laboral), por ello, en el caso en concreto, es el profesional del derecho quien decidía, debido a su autonomía profesional y dados los antecedentes de cada proceso judicial, si interponía o no el recurso de casación teniendo en cuenta los requisitos establecidos por la norma, y si, la sentencia del 15 de agosto de 2001 proferida por la Corte Suprema de Justicia (1.52) constituía o no precedente para cada litigio que estaba en curso. Así, no existe prueba que demuestre que el agente liquidador decidió no seguir las indicaciones de los profesionales del derecho en no interponer los recursos de casación.”

A partir de la simple lectura del aparte transcrito, se logran dilucidar los errores en el razonamiento sustancial del Tribunal, toda vez que evidentemente no es cierto que la interposición del recurso de casación obedezca a la autonomía profesional del abogado a quien su cliente le encarga un caso. Lo anterior, en la medida en que, como sucede en este caso, dicha actuación procesal tendrá repercusiones económicas significativas que serán de resorte exclusivo de la persona que tendrá que soportarlas en caso de que fracasen las pretensiones de la demanda de casación, en este caso particular, la liquidación de la CIFM.



Lo anterior, como también se probó en el proceso, condujo a la acusación de un perjuicio derivado del pago de honorarios de abogados que ascendió a la suma de \$ 464.561.315 cuyo valor actualizado equivale a **\$1.018.829.555**.

Deben además sumarse las condenas por concepto de costas judiciales y agencias en derecho que fueron impuestas a la CIFM como consecuencia de los recursos de casación y los procesos ejecutivos adelantados en contra de la liquidación por los pagos parciales. Dichas sumas, en su momento ascendieron a la suma de \$351.498.006 que, a la fecha, equivalen aproximadamente a **\$589.510.805**.

En conclusión, es claro que la discrecionalidad del administrador de ninguna manera puede traspasar la frontera de incumplir órdenes impartidas por las autoridades judiciales y administrativas, implicando esto, además, un perjuicio significativo para la liquidación. En especial, en lo que se refiere al aumento exponencial de las acreencias debidas a los 18 ex marinos como consecuencia de la falta de pago por el incumplimiento de las órdenes judiciales impartidas, en inobservancia también de la instrucción dada por la Superintendencia de Sociedades en su momento. Lo anterior, como es claro, conllevó igualmente que la liquidación tuviera que asumir importantes acreencias en el pago de honorarios profesionales de abogados y en el pago de costas judiciales en procesos que evidentemente estaban destinados al fracaso.

3.6. Indebida liquidación aportes a la Seguridad Social (pensión y salud) tras el reintegro de los 18 exmarinos

Fiduagraria ordenó la realización de liquidaciones y aportes a la seguridad social tanto en salud como en pensiones solo para 7 de los 18 ex marinos, omitiendo los descuentos y cotizaciones para 11 de ellos con grave demérito para el patrimonio de CIFM. Adicionalmente, tomó bases erradas para efectos de las liquidaciones de aportes, dando pie a una eventual responsabilidad frente a los trabajadores o las EPS o los Fondos de Pensiones.

Cobran aquí relevancia nuevamente las ya mencionadas liquidaciones erradas que dieron lugar a la iniciación de los procesos ejecutivos y las acciones de tutela por parte de los exmarinos, en la medida en que la Dirección Jurídica Seccional Cundinamarca del Instituto de Seguro Social ("ISS") inició el proceso administrativo coactivo No. 4438 en contra de la CIFM en el mes de septiembre de 2007¹⁴². Luego

¹⁴² Ver Tomo 1 Cuaderno reconstrucción expediente Fls. 324 - 330, citación notificación Proceso administrativo coactivo No. 4438.

de los descargos respectivos, la entidad libró mandamiento de pago en contra de la CIFM a través de la Resolución No. 065089 del 5 de febrero de 2008¹⁴³.

Mediante Resolución No. 010834 del 26 de enero del 2009 se ordenó seguir adelante con la ejecución y dispuso practicar la liquidación de crédito. Con Resolución No. 012432 de fecha 19 de junio del 2009, el ISS fijó la deuda en la suma de \$960.476.041.¹⁴⁴

3.6.1. Incompleta e incorrecta apreciación y valoración de las pruebas obrantes en el expediente que dan cuenta del daño causado con la indebida liquidación de aportes a seguridad social de los exmarinos

En la sentencia proferida por el a quo objeto del recurso de alzada se realizan las siguientes consideraciones para negar la prosperidad de las pretensiones encaminadas a obtener una indemnización por este concepto:

“Al respecto, se tiene que no obra prueba dentro del sub lite que demuestre que la sociedad demandante hubiese sido sancionada y/o multada como consecuencia del no aporte a la seguridad social de los ex marinos y/o por error en la liquidación de los mismos; tampoco se demuestra que se hubiese realizado un pago por estos conceptos.

Lo que se encuentra probado en el proceso, es que durante el periodo de suspensión de los marinos se realizaron los aportes de seguridad social en Salud y Pensión que correspondían a la Compañía de Inversiones Flota Mercante sobre los sueldos básicos de esas fechas (1.35- anexo 14) sin embargo, esta sociedad no disponía de provisiones para cubrir el pago que se generaran por estas contingencias debido a las sentencias condenatorias, situación que continuaba al 31 de julio de 2007. (1.33).

Así, también se encuentra demostrado que el Instituto de Seguros Social inició proceso coactivo en contra de la Compañía Inversiones Flota Mercante S.A. en Liquidación, por concepto de aportes patrono-laborales en mora de los ciclos comprendidos desde agosto de 2000 hasta septiembre de 2005, ordenando librar mandamiento de pago el 14 de septiembre de 2007, el 29

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S pág. 24 y anexo 18.

de enero de 2009 se decidió seguir adelante con la ejecución, el 19 de junio de 2009 se fijó por concepto de crédito la suma de \$ 960.476.041, que corresponden a i) aportes \$ 341.685.095 e ii) intereses \$618.790.943, y el 4 de marzo de 2011 se aprueba la liquidación. (1.35- anexo 18).

Al respecto, si bien la Compañía Inversiones Flota Mercante S.A. en Liquidación fue condenada a pagar aportes e intereses como consecuencia de la mora en el pago de los mismos, no es menos cierto, que i) los aportes a pensión eran un rubro obligatorio a cargo de la extinta demandante (art. 22 Ley 100 de 1993)³⁴ y ii) respecto a los intereses por la mora en el pago no se aporta prueba que demuestre esta erogación por parte de la CIFM en Liquidación a favor del extinto ISS, pues por lo menos a la fecha de 2011. (1.35).

Por tanto, para la Sala no se verifica una modificación o alteración negativa materia respecto al patrimonio de la demandante, debido a que no se demostró que el dinero por el cual fue condenada salió de su patrimonio, y además, no se puede perder de vista que desde el 2013 se terminó con el proceso de liquidación lo que implicó la extinción de las obligaciones que surgieron en el proceso³⁵, entre ellas la que se encontraba a favor del antiguo ISS.

En suma, la accionante parte de un daño descrito como una “contingencia” que no puede ser resarcido dentro del sub lite debido a que es eventual, hipotético y/o meramente posible, toda vez que no se acreditó una disminución del patrimonio como consecuencia de esta contingencia.”

Para efectos de claridad, a continuación, se individualizan los hechos que el *a quo* encontró probados, y aquellos que consideró, de acuerdo con su análisis probatorio, no se encontraban probados.

Entiende el Tribunal en la sentencia que fue objeto de recurso que los siguientes hechos se encuentran demostrados:

1. Durante el periodo de suspensión de los marinos se realizaron los aportes de seguridad social en salud y pensión que correspondían a la CIFM sobre los sueldos básicos.
2. El Instituto de Seguro Social inició proceso coactivo en contra de la CIFM, por concepto de aportes patrono-laborales en mora de los ciclos

comprendidos entre agosto de 2000 y septiembre de 2005, dando lugar a que el 19 de junio de 2009 se fijara por esta entidad un crédito a cargo de la CIFM por la suma de \$960.476.041, donde \$341.685.095 corresponden a los aportes omitidos y \$618.790.943 a intereses, sumas que quedaron en firme mediante liquidación del crédito del 4 de marzo de 2011.

Por otra parte, consideró el Tribunal en la sentencia que ahora se recurre no encontrar probado que:

1. La CIFM hubiese sido sancionada o multada como consecuencia del no aporte a la seguridad social de los ex marinos o por error en la liquidación de estos.
2. La CIFM hubiese realizado un pago por estos conceptos que implique una modificación o alteración negativa material respecto del patrimonio de la demandante.

En relación con el primer hecho supuestamente no probado, motivó el recurso de apelación la imprecisión en la que incurre el *a quo* cuando afirma que no encuentra probado que la CIFM hubiera sido multada o sancionada como consecuencia del no aporte a seguridad social o por error en la liquidación de los referidos aportes de los ex marinos.

Es claro que lo que se está reclamando en la demanda como perjuicio no corresponde a la imposición de una multa o sanción por el ISS a la CIFM, sino la declaración de la existencia de una omisión de esta última respecto de su obligación de realizar aportes patrono laborales de los marinos suspendidos, entre los meses de agosto del 2000 y septiembre de 2005, periodo de tiempo en que Fidagraria estaba designada como liquidador. Esta omisión tuvo como consecuencia que se impusiera por la Dirección Jurídica del ISS la obligación de pago de los valores omitidos con los intereses respectivos, que constituyen el daño o perjuicio que se reclama.

Ahora, se encuentra igualmente probado que dicho proceso fue adelantado por parte de la Dirección Jurídica del ISS con ocasión de la omisión o indebida liquidación de aportes de los marinos suspendidos, ese hecho se encuentra específicamente probado con el Anexo No. 14 al dictamen de PyP Auditores y Consultores. En este anexo se encuentran **(i)** el recurso de reposición formulado el 13 de junio de 2006 por el Agente Especial designado por Fidagraria, Oscar Antonio Hernández Gómez, contra la liquidación certificada de deuda No. 134 de

2006 proferida por el ISS y **(ii)** la solicitud de revocatoria directa formulada el 21 de septiembre de 2006 por el doctor César Augusto Torres Suescún, Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la sociedad liquidadora Fiduagraria contra la misma decisión adoptada por el ISS.

El documento suscrito por el Agente Especial designado por Fiduagraria, refiere en el hecho segundo que la liquidación realizada por el ISS se da respecto de los 14 ex marinos que, a esa fecha, tenían fallos ejecutoriados de reintegro a su favor: Arias Nope Jorge, Gómez Puerto Luis Alberto, Laverde Cortez Carlos Julio, Neusa Forero Orlando, Rincón Leguizamón Pedro, Rizo Diaz Cesar Augusto, Rojas Erazo Cesar Antonio, Sánchez Quiroga Luis Guillermo, Tenorio Campo Gustavo, Garzón Gaitán Héctor Alfredo, Lizarazo Meza Dago Ulises, Castaño Henao Guillermo, Oswaldo Piedrahita, Gustavo Castro Rubiano, con ocasión de un derecho de petición formulado a esa entidad por Orlando Neusa como Secretario General del sindicato UNIMAR. Esta comunicación confirma que efectivamente el proceso de cobro coactivo adelantado por la Dirección Jurídica del ISS se produjo por la indebida liquidación de aportes a seguridad social por parte del agente especial designado por Fiduagraria respecto de los marinos suspendidos.

A su vez, la solicitud de revocatoria directa formulada por el Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la sociedad liquidadora Fiduagraria antes referida, se encuentra acompañada de los cheques, órdenes de pago, órdenes de causación, solicitudes de pago y planilla de autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, documentos que dan cuenta con absoluta claridad, y contrario a lo afirmado en la sentencia, que los aportes que dan lugar a la iniciación del proceso de cobro coactivo se refieren específicamente a los marinos suspendidos.

Las órdenes de pago mes a mes antes referidas aluden a “APORTES AFP SUSPENDIDOS” y “APORTES SALUD MARINOS SUSPENDIDOS”, por su parte, las órdenes de causación en “Observaciones” al pie del documento refieren de igual manera al “Pago Entidad Promotora de Salud y Administradora de Fondo de Pensiones del Personal: (1) Suspendido de mar (2) Activo Bogotá”. Las solicitudes de pago contienen en la referencia de cada solicitud el mes del pago e indican si el mismo corresponde al personal “Suspendido de mar”, es decir, a los marinos suspendidos. Todas las planillas de liquidación de aportes al ISS que se acompañan a la comunicación contienen mes a mes los nombres de los 18 marinos suspendidos.

No es acertada entonces la conclusión a que arribó el *a quo* en la sentencia de que no se hubiera probado por el demandante que el proceso de cobro coactivo iniciado por el ISS hubiera tenido lugar como consecuencia de la liquidación y pago de los aportes a seguridad social de los marinos suspendidos, en cuantía inferior a la que se encontraba obligada la CIFM.

Respecto del segundo hecho supuestamente no probado¹⁴⁵, efectivamente la CIFM no ha realizado el pago del valor fijado por el extinto ISS por este concepto en favor de hoy Colpensiones, aun así, esto no implica que el daño no sea cierto como se afirma en la sentencia. Exigir que efectivamente se haya realizado un desembolso efectivo de recurso, para considerar el perjuicio como cierto, resulta equivocado.

En ese sentido, el hecho cierto de que existe una determinación de una autoridad administrativa en firme, en donde se impone una obligación de pago cuyo cumplimiento es forzoso para la sociedad en liquidación, da plena certeza de la existencia del daño aun cuando el pago no se hubiera realizado.

No se debió perder de vista que para el año 2008, cuando se presentó la demanda, la sociedad demandante ya se encontraba en liquidación y que, para ese momento, tan solo se había proferido por el ISS el mandamiento de pago de fecha 14 de septiembre de 2007. Ya con posterioridad el 29 de enero de 2009 se profirió el auto que ordenó seguir adelante con la ejecución, y el 19 de junio de 2009 se determinó por parte del ISS la deuda a cargo de la CIFM en la suma de \$960.476.041, que corresponden a i) aportes \$341.685.095 e ii) intereses \$618.790.943, valores que en determinación proferida el 4 de marzo de 2011 quedaron en firme con la aprobación de la liquidación.

Indudablemente para el momento en que se presentó la demanda el daño que se reclama carecía de certeza pues el proceso administrativo iniciado por el ISS se encontraba en curso, desde el año 2011 determinada la deuda y en firme el acto por medio del cual se aprobó su liquidación, el perjuicio cobra la condición de cierto, por contraposición a eventual o hipotético, como se cataloga en la sentencia.

Es también importante advertir que la condición de la CIFM de sociedad en liquidación limitó en gran medida la posibilidad que tenía de satisfacer las acreencias, lo que en manera alguna puede interferir con el concepto de perjuicio, pues las sociedades en esta condición que no están en capacidad de satisfacer

¹⁴⁵ La CIFM hubiese realizado un pago por estos conceptos que implique una modificación o alteración negativa material respecto del patrimonio de la demandante.

acreencias como la multa impuesta por el ISS, por definición, no sufrirían ningún tipo de perjuicio, lo que resulta absurdo.

El daño emergente no se produce exclusivamente cuando los recursos salen efectivamente del patrimonio de quien lo sufrió, sino también cuando se tiene la certeza de que el mismo saldrá, como es el caso. El estándar que se está exigiendo para la consolidación del daño no resulta razonable, pues desconoce la noción misma del daño emergente, es más, bajo la óptica que se pretende aplicar, la noción del daño emergente futuro no tendría cabida, cuando es una institución jurídica claramente procedente y aceptada.

El Consejo de Estado ha sido claro al señalar que el daño emergente no exige para su configuración que la erogación patrimonial se haya realizado, sino que haya certeza de que la misma se realizará.

*“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o **saldrá** del patrimonio de la víctima”¹⁴⁶.*

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado reiteradamente que el daño emergente se produce por la salida, pasada, presente o futura de derechos de contenido patrimonial.

“En lo que hace el daño patrimonial, se ha clasificado ese menoscabo en dos modalidades: daño emergente (damnum emergens) y lucro cesante (lucrum cessans). En efecto, responden, el primero, a la idea de disminución o detrimento, por salida o egreso pasado, presente o futuro de derechos patrimoniales. Y, el segundo, a la frustración de un efecto patrimonial favorable, por el fracaso de ingresos que no entraron o no entrarán al patrimonio de la persona. Desde luego, el quebranto, lesión o menoscabo de un derecho -que de manera genérica denominamos daño- debe recibirse como una situación veraz, dispuesta a su verificación física, material u objetiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la que en reiteradas ocasiones ha sentenciado que un daño será susceptible de ser

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 1 de febrero de 2016. Rad. 55149. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

reparado siempre que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879).

Por el contrario, se repele la contingencia de ganancias inciertas, conjeturas, suposiciones o meras expectativas, entendidas estas como aquellas que sólo pueden apreciarse por medio de inferencias y que se manifiestan como remotas posibilidades de lograr un bien o algún beneficio. De ahí que «el daño que podrá sufrirse un día depende en parte de la falta cometida, pero depende también de otras circunstancias que no se han realizado aun y que uno no puede decir si efectivamente se realizarán». En una palabra, «el derecho da por satisfecha la exigencia de certidumbre si existe una probabilidad suficiente de que el daño se vaya a producir.»

La demostración del daño futuro suele tornarse arduo. Reina la contingencia, la que puede ser un tanto disipada si el daño futuro es la continuación de uno actual, enmarcado en un estado de cosas que, cæteris pãribus, se prolonga hasta un término determinado (expectativa de supervivencia en los daños a las personas o animales). En efecto, «se considera cierto y por lo tanto reparable, el daño virtual o potencial, porque en potencia tiene todas las condiciones para su realización, pero, por el contrario, no se admite como daño indemnizable el daño eventual.»¹⁴⁷.

En conclusión, resulta equivocada la calificación de eventual, hipotético o meramente posible que se hizo en la sentencia del daño padecido por la CIFM en virtud de la sanción impuesta por el ISS, por la indebida liquidación de aportes a la Seguridad Social de los ex marinos, actuar negligente de la liquidación, alejado del estándar de conducta que el desarrollo de esa labor le imponía y en virtud del cual está obligado a responder.

Adicionalmente, se realizaron en la sentencia las siguientes manifestaciones que ameritaron en la apelación un pronunciamiento de esta parte y que es importante que sea reiterado en alegatos:

¹⁴⁷ Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de noviembre de 2021. SC4843-2021. M.P. Francisco Ternera Barrios.

1. Que desde el año 2013 se terminó con el proceso de liquidación lo que implicó la extinción de las obligaciones que surgieron en ese proceso.

No es cierto que las obligaciones reconocidas en el proceso de liquidación, que no fueron atendidas por insuficiencia en los activos, se extingan al momento del cierre de este, no hay disposición que así lo disponga.

Incluso tan no es acertado lo afirmado en la sentencia que, en los casos en que terminado el proceso de liquidación aparezcan nuevos bienes de la sociedad, o cuando el liquidador haya dejado de adjudicar bienes inventariados, habrá lugar a una adjudicación adicional, tal como dispone el artículo 27 de la Ley 1429 de 2010. No sería posible esa adjudicación adicional que se encuentra legamente establecida si la referida extinción de las obligaciones se hubiera producido, puesto que no sería posible satisfacer obligaciones extintas.

En ese sentido, la conclusión a la que se arriba en la sentencia respecto de la extinción de las obligaciones surgidas en el proceso de liquidación carece de sustento legal.

2. La CIFM no disponía de provisiones para cubrir el pago que se generara por estas contingencias debido a las sentencias condenatorias, situación que continuaba al 31 de julio de 2007.

No es claro a que se refiere el *a quo* en su sentencia cuando afirma que la CIFM no disponía de provisiones para cubrir el pago que se genera por estas contingencias debido a las sentencias condenatorias. Es nuestro entendimiento que se refiere a las sentencias que ordenaron a la CIFM la restitución de los 18 marinos suspendidos en sus cargos, en las que se dispusieron las bases para el pago de los salarios no devengados.

Sobre el particular, valga indicar que sí existía una provisión para atender este pago producto del proceso de cobro coactivo iniciado por el ISS, tal como se aprecia de las Notas a los Estados Financieros del año 2009¹⁴⁸, en donde en la Nota No. 1 se incorporó en el cuadro de “Recursos pendientes de pago a prorrata” una provisión respecto de los 18 marinos suspendidos, veamos:

¹⁴⁸ Flio. 972, Cuaderno Principal 5, (Respuesta Supersociedades CD-medio magnetico), radicado de Informe Rendición de Cuentas 2009: 2010-01-084234

RECURSOS PENDIENTES DE PAGO DEL PRORRATA:

Pagos a prorrata:	Valor	% Part.	Prorrata	% Pagado	Vr. Insoluto	VALOR A PAGAR	PAGADO	PENDIENTE PAGO
						240.615	240.615	7.154.724
Embargo vigente Orlando Neusa	700.000	6,34	22.775	3,25	677.225			
Embargo vigente Gustavo Alberto Tenorio	800.000	7,25	26.029	3,25	773.971			
Embargo vigente Cesar Antonio Rojas Erazo	500.000	4,53	16.268	3,25	483.732			
Embargo vigente Carlos Julio Laverde	600.000	5,44	19.522	3,25	580.478			
Embargo vigente Hector Alfredo Garzon Gaitan	800.000	7,25	26.029	3,25	773.971			
Embargo vigente Cesar Augusto Rizo Diaz	600.000	5,44	19.522	3,25	580.478			
Embargo vigente Jose Bernardo Panche Sanchez	945.339	8,56	30.758	3,25	914.581			
Embargo vigente Luis Guillermo Sanchez	500.000	4,53	16.268	3,25	483.732			
Embargo vigente Oswaldo de Jesus Piedrahita	650.000	5,89	21.148	3,25	628.852			
Embargo vigente Gustavo Castro Rubiano	500.000	4,53	16.268	3,25	483.732			
Embargo vigente Luis Alberto Gomez Puerto	800.000	7,25	26.029	3,25	773.971			
Liquidación Ciro Rojas	154.326	1,40	5.021	3,25	149.305	5.021		5.021
						61.659	57.885	1.837.208
Liquidación Garzon Gaitan Hector Alfredo	238.011	2,16	7.744	3,25	230.267			
Liquidación Rizo Diaz Cesar Augusto	304.165	2,76	9.896	3,25	294.269			
Liquidación Alvarez Naranjo Cesar Augusto	257.498	2,33	8.378	3,25	249.120			
Liquidación Tenorio Campo Gustavo Alberto	258.258	2,34	8.403	3,25	249.855			
Liquidación Sanchez Quiroga Luis Guillermo	287.256	2,60	9.346	3,25	277.910			
Liquidación Piedrahita Echeverry Oswaldo	249.113	2,26	8.105	3,25	241.008			
Liquidación Neusa Forero Orlando	300.792	2,72	9.787	3,25	291.005			
Liquidación Castaño Henao Guillermo	639.434	5,79	20.805	3,25	618.629	20.805		20.805
Liquidación Barera Parra Emeramo	276.603	2,51	9.000	3,25	267.603	9.000		9.000
Provisión fallo laboral reconocimiento sustitución pensión MARIA ELVIRA MARMOLEJO	216.577	1,96	7.047	3,25	209.530	7.047		7.047
MARIA DEL MAR MONTANO	116.411	1,05	3.788	3,25	112.623	3.788		3.788
Impuesto de industria y comercio	4.000	0,04	130	3,25	3.870	130		130
Cobro coactivo del ISS	340.785	3,09	11.088	3,25	329.697	11.088		11.088
Total disponible para gastos de administración	11.038.568	100,00	359.151	3,25	10.679.417	118.536	57.885	1.894.085

Esta provisión también quedó consagrada en las Notas a los Estados Financieros del año 2012¹⁴⁹, bajo la denominación de “Provisiones diversas”, veamos:

NOTA 9.- CONTINGENCIAS

El valor de las contingencias al 29 de febrero de 2.012, está conformado como sigue:

CONTINGENCIAS	2012	2011
Contingencias incluidas en auto de calificación y graduación de créditos, (1)	12.629.051	12.629.051
Procesos no reconocidos en el auto de calificación y graduación de créditos (2)	22.351.597	22.787.532
Procesos Terminados con Sentencia	0	0
Procesos Judiciales Laborales	3.605.020	3.605.020
Civiles no incluidas en el auto de calificación y graduación de créditos (3)	10.507.358	10.507.358
Total contingencias	49.093.026	49.528.961
Provisiones diversas		
Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales	2.335.770	2.335.770
Instituto de Seguro Social	336.348	336.348
Total contingencias	51.765.144	52.201.079

¹⁴⁹ Folio 972, Cuaderno Principal 5, (Respuesta SuperSociedades CD-medio magnético), radicado de Informe Rendición de Cuentas 2012: 2012-01-083246.

En ese sentido no es cierto, como se afirma en la sentencia, que no se hubieran constituido provisiones contables por la CIFM para cubrir el pago de la obligación declarada por el ISS con ocasión de la indebida liquidación de aportes a seguridad social.

En consecuencia, el perjuicio que se reclama por concepto de aportes omitidos corresponde a los ciclos comprendidos desde agosto de 2000 hasta septiembre de 2005, tal como lo indica el numeral 4º de la Resolución No. 010834 de 26 de enero de 2009, suma que asciende a \$960.476.041 del mes de junio de 2009.

El valor actualizado a la fecha de los presentes alegatos del referido perjuicio asciende a la suma de \$ \$ 1.934.009.710.

4. Contratación no autorizada y sin contrato escrito de abogados.

Fiduagraria procedió a la contratación sin conocimiento de la Junta Asesora de la Liquidación de varios profesionales, en detrimento de su patrimonio. Brilló por su ausencia tanto la comunicación a la junta como siquiera la suscripción de un contrato escrito de los abogados que más adelante se detallarán, para labores no necesarias ni convenientes para los intereses de la liquidación.

4.1. Hechos relevantes

El Señor Hernández ocultó de manera sistemática y reiterada información a la Junta Asesora, como fue reconocido por el testigo Luis Felipe Acero, en los siguientes términos:

“A ver Dr. Gómez, en primer lugar, la información que se nos presentaba no era una información completa, dijéramos se presentaba un listado de abogados y unos procesos, entonces el abogado Juan Ramírez, por decir algo era laboralista y el otro era comercialista y el otro defendía intereses para un arbitramento. En términos generales, (...) cuando se preguntaba entonces nos decían (...) respuestas evasivas o respuestas en donde no había datos concretos.”¹⁵⁰

El ocultamiento de la información también se vio reflejado en la negativa por parte del Liquidador de que los abogados informaran de forma completa los servicios que estaban prestando, a petición del Revisor Fiscal:

¹⁵⁰ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, No. 58 del expediente digital.

“3.1.2.1. Desde enero de 2004, verbalmente y con carta de 10 de febrero de 2004. El Revisor Fiscal solicitó al Representante Especial la impresión y firma de las comunicaciones dirigidas a 16 abogados externos de la CIFM:

1. Blanca Vergara de Vélez

(...)

16. Myriam Pava Sierra,

En las cuales les pedía información sobre los negocios judiciales a su cargo. El fin de esta solicitud era valorar las contingencias jurídicas, sus expectativas de éxito y los honorarios pendientes, todo en cumplimiento de las normas legales pertinentes y de las reglamentaciones de la Superintendencia de Sociedades sobre la materia.

3.1.2.2. El Representante Especial sólo dio curso a las comunicaciones dirigidas a nueve (9) abogados externos: (...) Eliminando de tales comunicaciones los siguientes requerimientos:

Comillas

(...)

b) Su concepto, calificación y estimación de la provisión requerida de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993.

c) Honorarios pendientes de pago.

3.1.2.3. La actuación del representante Especial constituyó una indebida limitación de las facultades y funciones del Revisor Fiscal, que le impidió conocer en forma cabal y oportuna la situación de las contingencias jurídicas de la CIFM, materia que es fundamental para establecer la realidad contable (...)”¹⁵¹

Cuando la Junta Asesora solicitó copia de los contratos, Fiduagraria se negó a suministrar los mismos en los siguientes términos:

“4.7.2. El Miembro Ramírez insiste en el requerimiento hecho en sesiones anteriores por la Junta Asesora al Representante Especial para que le envíe copias de todos los Contratos de Servicios Técnicos y profesionales suscritos

¹⁵¹ Acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, págs. 4-5, Fls. 820 – 862.

desde el 31 de julio de 2000, (...) incluyendo, obviamente, los contratos celebrados con los abogados externos; (...)

4.7.3. El Representante Especial contesta que no mandará las copias de los Contratos solicitadas por la Junta Asesora; que en su lugar mandará una relación con la síntesis de los mismos, a partir del año 2004, con los detalles que a su juicio son ilustrativos, sus probabilidades de éxito y los honorarios pactados para cada uno de ellos.

(...)

4.7.4. La Junta Asesora renueva una vez más su requerimiento e invoca al efecto, otra vez, la Resolución No. 100-000285 de 26 de febrero de 2006, 440-000871 de 26 de enero de 2006 y en el propio Auto No. 440-007223 de 9 de mayo de 2006 y el artículo 178 de la Ley 22/95 (sic). Y concluye diciendo que si persiste la negativa de FIDUAGRARIA S.A. y su Representante Especial, tomará las acciones pertinentes (...) para lograr que se respete su calidad de órgano asesor y fiscalizador de Fiduagraria S.A., Liquidador.”¹⁵²

Posteriormente, la SuperSociedades profirió el Auto No. 440-011722 del 24 de julio de 2006 ordenando a Fiduagraria que compartiera los contratos solicitados; dicha orden fue desatendida por la liquidadora¹⁵³.

Debido a que Fiduagraria incumplió el deber consignado en el numeral 12 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995 -“Rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en esta Ley”-, es procedente que opere la presunción de culpa ya explicada detalladamente en precedencia, por virtud del artículo 200 del CCo.

Adicionalmente, volvemos a traer a colación los inconvenientes surgidos con los exmarinos, puesto que cuando ellos iniciaron los procesos ejecutivos para hacer efectivas las condenas de las sentencias en contra de la CIFM, resultaba abiertamente improcedente contratar abogados y continuar con el proceso. En efecto, la única excepción de mérito que la CIFM podía proponer era el pago de las condenas, lo cual fue constatado por el testigo Luis Felipe Acero¹⁵⁴.

¹⁵² Acta No. 86 del 6 de julio de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 1312 – 1354, págs. 42-43.

¹⁵³ Acta No. 89 del 26 de octubre de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 1388 – 1416, págs. 2-5.

¹⁵⁴ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, No. 58 del expediente digital, Min. 1:07:47 en adelante: “DR. ENRIQUE GÓMEZ

4.2. Incorrecta valoración probatoria del Tribunal respecto de la condición de perjuicio de las sumas que se reclaman por este concepto

Estima el Tribunal que el valor cancelado a los profesionales del derecho para atender los asuntos de la demandante corresponde a una carga que debía soportar la CIFM, máxime cuando no se probó que estos gastos fueron innecesarios, ilegales y/o arbitrarios.

La Sala hizo respecto de este ítem una indebida apreciación de la carga de la prueba, desconociendo la existencia de la presunción legal, debidamente acreditada en el proceso y que no fue desvirtuada por la demandada, razón por la cual, adquiere plena entidad probatoria.

En el presente caso debe señalarse que los hechos sobre los cuales recayó la presunción, en especial los que imposibilitaron el cabal ejercicio de la labor del revisor fiscal, están debidamente acreditados, así:

“Debido a que Fiduararia incumplió el deber consignado en el numeral 12 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995 - “Rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en esta Ley”-, es procedente que opere la presunción de culpa ya explicada detalladamente en precedencia, por virtud del artículo 200 del CCo.”¹⁵⁵

En el presente caso debe señalarse que los hechos sobre los cuales recayó la presunción, en especial, los que imposibilitaron el cabal ejercicio de la labor del revisor fiscal, están debidamente acreditados con lo indicado en el acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 de la junta asesora antes transcrita en donde se indica con absoluta claridad el ocultamiento del Liquidador de información al Revisor fiscal y a la Junta asesora.

Yo le quería hacer una pregunta de contexto, pues a lo largo de su larga experiencia como profesor y abogado, ha visto que prospere en un ejecutivo basado en una sentencia alguna excepción diferente a la del pago.

LUIS FELIPE ACERO

No, no señor, por supuesto que no.

DR. ENRIQUE GÓMEZ

Pero Fiduararia contrató abogados para adelantar esa defensa, sin pagar, claro

LUIS FELIPE ACERO

Efectivamente, contrató abogados para defender, alegando entiendo que iliquidez o circunstancias que le impedían cumplir con fallos, pero pues a la postre, todos esos ejecutivos se perdieron para la liquidación.”

¹⁵⁵ Alegatos de conclusión, pág. 62

PBX: (601) 300-1759

Dirección: Calle 72 # 6-44 Edificio APA

Oficina 601. Bogotá, Colombia

zurekabogados.com

De esta forma, se probó debidamente en el proceso la negativa de Fiduciaria de rendir cuentas de su gestión que inhibió el adecuado ejercicio de la función de la revisoría fiscal, con fundamento en los contratos de los profesionales del derecho, convirtiendo la falta de prueba en contra de la presunción respecto de la celebración de estos en un hecho antijurídico con lesión patrimonial para la demandante, pues es claro que los honorarios correspondientes no pueden entenderse imputados a una gestión que protegiera adecuadamente los intereses de la CIFM.

En este sentido producto de la conducta de liquidador no se pudo establecer tan siquiera la pertinencia para la posible provisión contable de las cargas económicas que, con ocasión de los litigios, sobre los cuales actuaban los abogados, debían realizarse.

En el mismo sentido, la impertinencia de la gestión de los abogados está claramente corroborada con el testimonio del señor Luis Felipe Acero¹⁵⁶, miembro de la Junta Asesora, ya que versaban sobre procesos ejecutivos originados en sentencias condenatorias sobre los cuales la única excepción posible era la de pago. Este testimonio, al contrario de lo que se indica en el fallo es prueba fehaciente, no desvirtuada, de la impertinencia de las gestiones judiciales, las cuales por consecuencia constituyen un detrimento patrimonial, pues al estar probado tal antecedente el mismo se consolida con la presunción de responsabilidad que la demandada no desvirtuó.

De igual forma, está probado el hecho, también cobijado por la presunción legal, de que la Junta Asesora solicitó copia de los contratos celebrados con los abogados; sin embargo, Fiduciaria se negó a ello.¹⁵⁷

Este antecedente se refuerza, con el hecho también probado de que la Superintendencia de Sociedades profirió el Auto No. 440-011722 del 24 de julio de 2006 ordenando a Fiduciaria que compartiera los contratos solicitados; y que dicha orden fue desatendida por la liquidadora¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, Archivo No. 58 del expediente digital, Min. 1:18:55 en adelante.

¹⁵⁷ Acta No. 86 del 6 de julio de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 1312 – 1354, págs. 42-43.

¹⁵⁸ Acta No. 89 del 26 de octubre de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 1388 – 1416, págs. 2-5.

Conforme con lo anterior, está acreditada en el proceso, además de la impertinencia de la contratación de los profesionales del derecho, que la omisión de hacer constar dichos contratos por escrito se hizo en contravía de lo dispuesto por la Junta Asesora, lo cual fue ratificado por la Superintendencia de Sociedades mediante el referido acto administrativo.

En consecuencia, con los hechos ya reseñados se encuentra debidamente probado que Fiduagraria incumplió el deber consignado en el numeral 12 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995 - *“Rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades y términos previstos en esta Ley”*-, por lo que resulta procedente que opere la presunción de culpa, por virtud del artículo 200 del C.Co., sin que la parte demandada hubiese acreditado lo contrario.

Con fundamento en lo expuesto, es claro que el análisis efectuado y las conclusiones a las que arriba la Sala con respecto a la contratación sin autorización de la Junta Asesora del liquidador, de abogados para asuntos no necesarios ni convenientes para los intereses de la liquidación, no se ajustan a los hechos de la demanda y a las pruebas que se aportaron al proceso.

En efecto, tal como se indicó en el hecho No. 8.2 de la demanda, Fiduagraria en su calidad de liquidador adelantó contrataciones sin autorización o contrato escrito para labores no necesarias ni convenientes para los intereses de la liquidación y en cuantías ajenas a los valores de mercado en clara violación de las Circulares 1 a 10 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades.

El referido hecho tiene su fundamento, en lo establecido en la Circular Externa No. 8 del 5 de mayo de 2004¹⁵⁹ expedida por la Superintendencia de Sociedades, vigente para la época de los hechos¹⁶⁰.

La referida circular fue dirigida a los liquidadores y miembros de Junta Asesora de sociedades en liquidación obligatoria, con el fin de impartir instrucciones relacionadas con los contratos celebrados antes y después de la apertura del proceso de liquidación.

Con respecto a los contratos celebrados después de la apertura del proceso de liquidación, se establece, entre otros aspectos, que:

¹⁵⁹ Publicada en el Diario Oficial No. 45.539 del 5 de mayo de 2004.

¹⁶⁰ Sentencia de fecha 30 de julio de 2009 del Consejo de Estado, Sección Primera. Exp. 2004-00266. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

- ***“En casos excepcionales, previa autorización de su junta asesora, o en su defecto, del juez del proceso, el liquidador podrá celebrar y ejecutar contratos de* maquila, arrendamiento, fiducia, *prestación de servicios u otros equivalentes, siempre y cuando la rentabilidad y conveniencia del mismo para la liquidación esté soportada en un estudio económico y jurídico elaborado directamente por el auxiliar de la justicia, de suerte que no genere ningún costo para la liquidación”.*** (Negrilla fuera del texto original).
- El estudio económico y jurídico elaborado por el liquidador deberá demostrar como mínimo:
 - “a) La utilidad o pérdida neta que el negocio jurídico le presenta a la liquidación, de acuerdo con los ingresos, costos y gastos que genera el contrato, procurando al máximo reducir los gastos de administración;*
 - b) La conveniencia para la conservación de los activos que conforman la masa liquidable;*
 - c) Que de acuerdo con los términos del contrato a celebrarse, el proceso liquidatario no sufrirá tropiezo alguno, (...).”*
- Fija las cláusulas especiales del contrato a suscribirse.

La instrucción impartida por la Superintendencia de Sociedades a través del referido acto administrativo fue claramente desconocida por el liquidador, en la medida en que se encuentra plenamente probado en el proceso que el liquidador: **(i)** contrató profesionales del derecho sin que mediara autorización de la junta asesora, **(ii)** la contratación no cuenta con el respectivo estudio económico y jurídico para determinar la conveniencia, y **(iii)** no suscribió los respectivos contratos.

Cabe advertir que todos los hechos aquí relatados, se pueden considerar constitutivos de antecedentes con los cuales se acreditan los hechos presumidos legalmente, esto es, el *“incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos”*, conforme lo exige la presunción legal que nos ocupa, por lo que el Tribunal erró al desconocer su existencia, su cobertura bajo dicha presunción y la condición de plena prueba que adquirieron por no ser controvertidos debidamente por la demandada.

Igualmente, contrario a lo que sostiene el Tribunal en la sentencia, si existía una directriz, fijada por la Superintendencia de Sociedades, que obligaba al liquidador a contar con la previa autorización de la Junta Asesora para celebrar contratos con los profesionales del derecho, la cual nunca obtuvo, como ya se indicó la junta solicitó copia de los contratos a Fidagraria, y esta se negó, según consta en el Acta No. 86 del 6 de julio de 2006¹⁶¹.

Con fundamento en lo expuesto, es clara la prueba de la responsabilidad de Fidagraria y, por ende, procesalmente es válida la presunción legal de su culpa, conclusión que se refuerza en la medida en que se encuentra debidamente probado, adicionalmente, el incumplimiento de la función del liquidador de rendir cuentas comprobadas de su gestión, en las oportunidades previstas en la ley, sin que la parte demandante haya acreditado lo contrario.

4.3. Los perjuicios sufridos por la Flota Mercante

La contratación de abogados sin aprobación de la Junta Asesora y sin siquiera la formalización de esa relación a través de un contrato escrito, constituyó una práctica irregular. Estas contrataciones constituyeron un mecanismo de malversación de los recursos de la liquidación, que provocaron un muy importante perjuicio que fue cuantificado por la liquidación en el Informe jurídico aportado con la demanda como prueba 2.86, ascendiendo el perjuicio por este concepto a la suma de \$277.619.595, valor que se discrimina de la siguiente manera:

CONTRATISTA	N° Procesos	Autorizado	No Autorizados	Provisión Autorizados	Provisión No Autorizados
BLANCA VERGARA DE VELEZ	5	5	0	1,840,000	0
CARLOS MANRIQUE NIETO	1	1	0	137,700,000	0
CESAR UCROS BARROS	4	2	2	90,000,000	92,500,000
ELIAS QUEVEDO DIAZ	1	1	0	3,000,000	0
FERNANDO BELTRAN GONZALEZ	13	13	0	11,900,000	0
HERNANDO HERRERA VERGARA	1	1	0	0	0
HUMBERTO ZAPPI	1	1	0	10,000,000	0
JAIME LEMOINE GAITAN	6	3	3	13,800,000	9,000,000
LIGIA ROJAS LOBO	16	14	2	17,421,415	2,760,000
MARIA GUERRERO MORAN	1	0	1	0	2,020,368
MARTHA BAHAMONDE RESTREPO	12	9	3	5,060,000	7,360,000
MYRIAM PAVA SIERRA	1	1	0	2,760,000	0
PEDRO MARTIN QUINONES MACHLER	15	15	0	11,092,402	0
WEISRSOHLIM MELLBYE & BECH	1	1	0	0	0
WILLIAM CASTRO MADRID	5	5	0	6,214,026	0
WILLIAM GUTIERREZ PEREZ	4	0	4	0	1,840,000
JORGE MERLANO	3	3	0	3,935,700	0
VICTOR JULIO DIAZ	1	1	0	2,188,500	0
TOTAL	91	76	15	316,912,043	115,480,368

¹⁶¹ Acta No. 86 del 6 de julio de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 1312 – 1354, págs. 42-43.

CONTRATISTA	Nº Procesos	Saldo Adeudado	Provisión	Observación
CESAR UCROS BARROS	1	50,000,000	50,000,000	5% Comisión éxito
FERNANDO BELTRAN GONZALEZ	3	1,850,000	1,850,000	
PEDRO MARTIN QUIÑONES MACHLER	3	17,726,460	17,726,460	Incluye USD 6.619
WILLIAM CASTRO MADRID	4	1,902,767	1,902,767	
WILLIAM GUTIERREZ PEREZ	30	36,800,000	36,800,000	
BLANCA VERGARA DE VELEZ	1	460,000	460,000	
LIGIA ROJAS LOBO	16	17,480,000	17,480,000	
MARTHA BAHAMONDE RESTREPO	8	19,880,000	19,880,000	
MYRIAM PAVA SIERRA	12	16,040,000	16,040,000	
TOTAL	78	162,139,227	162,139,227	

Por su parte, P&P Auditores y Consultores Asociados¹⁶² realizó un trabajo de verificación que confirma lo indicando en el informe jurídico, en cuanto a los pagos realizados a estos profesionales del derecho, y puntualmente sobre los apoderados con procesos no autorizados o con poderes conferidos sin mediar un contrato con la CIFM, se indica el pago de los siguientes valores:

Apoderado	Sumas pagadas	Anexo P&P
Dr. Cesar Ucrós Barros	\$13.381.700	22
Dr. Fernando Beltrán González	\$15.403.284	24
Dr. Jaime Lemoine Gaitán	\$70.310.376	27
Dra. Ligia Rojas Lobo	\$69.316.923	28
Dra. María Guerrero Román	\$732.739	29
Dra. Martha Bahamon Restrepo	\$43.999.111	30
Dra. Myriam Pava Sierra	\$53.315.698	31
Dr. Pedro Martin Quiñones	\$3.806.462	32
Dr. William Gutiérrez Pérez	\$83.786.665	33
Dr. William Castro Madrid	\$22.920.249	34

Se reitera entonces que el perjuicio que se reclama corresponde al determinado por la sociedad en liquidación en el año 2008, conforme se indica en el Informe jurídico aportado con la demanda como prueba 2.86, ascendiendo el perjuicio por este concepto a la suma de \$277.619.595 del año 2008. El valor actualizado con IPC a la fecha de los presentes alegatos del referido perjuicio asciende a la suma de **\$608.847.614.**

¹⁶² Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S págs. 33 a 49.

5. Contratación de celular en contravía de lo dispuesto por la SuperSociedades

Existe dentro de los deberes del liquidador aquel atinente a preservar el patrimonio de la sociedad, en aras de hacer lo posible porque los activos puedan honrar las deudas adquiridas e idealmente que se conserve un remanente en favor de los socios¹⁶³.

Desde el año 2003, la SuperSociedades requirió a Fiduagraria para que justificara el exceso en los gastos de teléfonos fijos y celulares, como consta en el Auto 440-017905 del 6 de noviembre del 2003¹⁶⁴.

Por su parte, la Circular No. 08 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades establece que se encuentra prohibido que los liquidadores utilicen aparatos celulares pertenecientes a las empresas en liquidación.

En meridiana contravía de lo anterior, Oscar Antonio Hernández Gómez recibió y utilizó celulares de propiedad de CIFM y cuyas facturas fueron canceladas por esta con demérito de su patrimonio.

Reposa en el expediente una prueba que demuestra el motivo por el cual el señor Hernández decidió aprovechar su calidad de representante de la liquidadora para adquirir los servicios con Comcel. En efecto, uno de los motivos por los cuales la SuperSociedades se negó a renovar el registro en su lista de liquidadores fue:

“1. Consultada la Central de Información Financiera, el doctor ÓSCAR ANTONIO HERNÁNDEZ GÓMEZ, está reportado con dos obligaciones castigadas con el Banco Superior, una calificación en C con el Banco de Crédito **y una obligación castigada con Comcel**, lo cual demuestra que la moralidad comercial del citado señor no es calificada como idónea para desempeñarse como liquidador de la Superintendencia de Sociedades”¹⁶⁵

¹⁶³ Según lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 166 de la Ley 222 de 1995, citado páginas arriba.

¹⁶⁴ Acta No. 60 del 12 de noviembre de 2003 – Segunda Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 754 - 781, pág. 11.

¹⁶⁵ Prueba 2.5 de la demanda. Oficio No. 155-060036 del 12 de noviembre de 2004 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 97 del Tomo I – Anexos de la demanda.

El nuevo liquidador -Dr. Felipe Negret- intentó cancelar las líneas de celular, después de que Fidagraria le enviara la cuenta de cobro que recibió de Comcel (fecha del 25 de agosto de 2007)¹⁶⁶.

Ante tal solicitud, Comcel se negó a terminar el contrato con la CIFM debido a que "(...) al verificar su cuenta encontramos en nuestro sistema que no se encuentra registro de pago correspondiente a la última factura de rote (26/04/2007), (26/05/2007), (26/06/2007), (26/07/2007) y (26/08/2007) establecida en su factura. // Por lo anterior su solicitud de terminación del contrato del servicio de telefonía móvil celular suscrito con Comcel no será tramitada. Le recordamos que para solicitar la terminación del contrato, usted debe estar al día en el pago de sus obligaciones contractuales. (...) "¹⁶⁷

En ese orden de ideas, ante la mora en que incurrió Fidagraria con el pago de las facturas de Comcel, no fue posible terminar el contrato cuando el nuevo Liquidador fue informado de este derroche de recursos. Curiosamente, el Señor Hernández buscó cancelar el 11 de julio de 2007¹⁶⁸ -de manera personal e infructuosa- la línea, esto es, después de que fuera aceptada la renuncia de Fidagraria y designado el nuevo liquidador (la SuperSociedades aprobó la renuncia el 6 de junio de 2007).

5.1. Insuficiente e incorrecta valoración de las pruebas que dan cuenta del uso no autorizado del celular

En la sentencia apelada sostiene el Tribunal que no se acreditó que los gastos de celular por parte de la demandada obedecieran a situaciones ajenas a la administración de la sociedad en liquidación, siendo una carga que ésta debía soportar.

Contrario a lo manifestado por el Tribunal, se encuentra debidamente probado que el agente o apoderado especial de Fidagraria, Oscar Hernández Gómez, en contravía de la prohibición contenida en la Circular Externa No. 08 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades, recibió y utilizó tres líneas celulares de propiedad

¹⁶⁶ Fls. 287-288 del Cuaderno Principal No. 1, Prueba Documental No. 24 de la contestación de Fidagraria a la demanda.

¹⁶⁷ Fls. 290-291 del Cuaderno Principal No. 1, Prueba Documental No. 24 de la contestación de Fidagraria a la demanda. Comunicación del 12 de septiembre de 2007 remitida por Comcel a la CIFM, recibida el 17 del mismo mes.

¹⁶⁸ Fl. 299 del Cuaderno Principal No. 1, Prueba Documental No. 24 de la contestación de Fidagraria a la demanda.

de CIFM, cuyo servicio fue cancelado por esta, en detrimento de su patrimonio y de los acreedores.

En efecto, las líneas celulares fueron contratadas a nombre de CIFM para el uso personal del apoderado especial del liquidador de Fiduagraria, en la medida en que el señor Oscar Antonio Hernández Gómez, se encontraba en imposibilidad de solicitar el servicio como persona natural, ya que figuraba reportado en las centrales de riesgo con obligaciones castigadas, particularmente con Comcel, situación que tuvo en cuenta la Superintendencia de Sociedades para no renovar el registro en su lista de liquidadores, según consta en el Oficio No. 155-060036 del 12 de noviembre de 2004 dirigido por la Superintendencia de Sociedades a FIDUAGRARIA¹⁶⁹.

Pese a que las líneas celulares fueron para el uso personal del señor Hernández Gómez, el costo de esta salió del patrimonio de CIFM, situación que demuestra a todas luces que su actuar respecto de la utilización del celular fue en contravía de la instrucción impartida por la Superintendencia de Sociedades y en detrimento de los intereses de la CIFM.

Por lo anterior, se insiste en que el pago de las facturas del celular no debió ser asumido por la CIFM, en contravía de la Circular No. 08 de 2004 de la Superintendencia de Sociedades que establecía que se encuentra prohibido que los liquidadores utilicen aparatos celulares pertenecientes a las empresas en liquidación, por ende, el perjuicio reclamado debe ser reconocido como tal.

Huelga decir que en este caso también se predica la presunción de responsabilidad pues es un hecho incontrovertible que la línea de celular fue utilizada por el liquidador designado, aun cuando según el fallo no se probó que tal uso correspondiera a uso personal. Sin embargo, está probado el hecho de que el celular estaba a disposición del liquidador pues este estaba imposibilitado de adquirir uno para su uso personal, con lo cual la responsabilidad se presume por incumplimiento de una orden de autoridad, sin que haya sido probatoriamente desvirtuada por la demandada dicha presunción a quien le competía demostrar que el uso fue institucional, lo cual la Sala tampoco encuentra probado.

¹⁶⁹ Prueba 2.5 de la demanda. Oficio No. 155-060036 del 12 de noviembre de 2004 de la Superintendencia de Sociedades a Fiduagraria S.A., fl. 97 del Tomo I – Anexos de la demanda.

5.2. Del perjuicio que se probó en el proceso

Los peritos contadores (P&P Auditores y Consultores Asociados SAS) constataron todas las facturas emitidas por Comcel y pagadas por la CIFM desde diciembre de 2001 hasta el 25 de julio de 2007 para la utilización de 3 líneas corporativas¹⁷⁰. Resumieron sus hallazgos en los siguientes términos:

Se identificó la suma de \$26.751.702, que corresponde a las facturas canceladas de telefonía celular desde noviembre 26 de 2001 a julio 25 de 2007, de 3 líneas corporativas de los números 332350904-332350918-332350919, los cuales fueron revisados contra la factura física, orden de causación y soportes de cheque, se detalla el valor por cada vigencia:

Vigencia	Valor pagado
2001	255.872
2002	6.197.391
2003	8.521.574
2004	3.284.319
2006	3.180.310
2007	4.611.714
2008	700.522
Total	26.751.702

El valor actualizado a la fecha de los presentes alegatos del referido perjuicio asciende a la suma de \$ 59.838.347.

6. Indebida contratación de Setecsa

En concordancia con el mandato de austeridad radicado en cabeza de los liquidadores explicado en la sección precedente, se probó que nunca existió una justificación para contratar el envío del archivo de la liquidación a una bodega especializada de manejo de documentos administrada por la sociedad Setecsa S.A.

Adicionalmente, cada retiro de información generaba nuevos costos a cargo de CIFM, en un promedio mensual significativo desde la fecha de remisión del archivo afectando gravemente el patrimonio de la liquidación por cuenta de un gasto totalmente inútil.

Finalmente, la remisión del archivo a un tercero para efectos de bodegaje afectó severamente la posibilidad de manejo y auditoría del actual liquidador en funciones desde agosto de 2007, además de constituir un nuevo, gravoso e inútil costo para la liquidación.

¹⁷⁰ Págs. 25-28 del Dictamen.

6.1. Indebida valoración de los hechos y las pruebas que dan cuenta de la inconveniencia de mantener un contrato leonino para la liquidación

Concluye el Tribunal en la sentencia que no está legitimada materialmente la demandada respecto a la indebida contratación de SETECSA S.A., como quiera que la misma no realizó esta contratación.

Con este fallo la Sala desconoció de plano las facultades que, en materia de contratación y, en especial, en lo relativo a la custodia de archivos, tienen los liquidadores. En efecto, el artículo 166 de la Ley 222 de 1995¹⁷¹, vigente al momento de la liquidación que nos ocupa, tenía prevista la facultad a que hacemos alusión, de la siguiente manera:

“Artículo 166. FUNCIONES DEL LIQUIDADOR.

El liquidador tendrá la representación legal de la entidad deudora y como tal desempeñará las funciones que adelante se le asignan, y en ejercicio de ellas deberá concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del trámite y en especial las siguientes:

1. Ejecutar todos los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación del patrimonio rápida y progresiva.

(...)

4. Ejecutar los actos necesarios para la conservación de los activos y celebrar todos los actos y contratos requeridos para el desarrollo de la liquidación, con las limitaciones aquí establecidas, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten la cancelación del pasivo.

(...)

12. Mantener y conservar los archivos del deudor.” (Negrilla fuera del texto original).

Es nítida en consecuencia la facultad del liquidador, de acuerdo con el beneficio que se obtenga de celebrar contratos para la custodia de archivo, lo cual incluye,

¹⁷¹ Título II. derogado por el artículo [126](#) de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007.

implícitamente, la terminación de los que a la fecha estuvieren vigentes, cuando resulten lesivos o se puedan suscribir otros en mejores condiciones.

Sostener, en consecuencia, la tesis de que no obstante tener la facultad de celebrar contratos relacionados con la custodia de los archivos, en condiciones que produzcan beneficio para la liquidación, la omisión de esta facultad con base en la preexistencia de un contrato sobre el tema exime de responsabilidad al liquidador carece de toda lógica.

Lo anterior, constituye una indebida valoración por parte de la Sala respecto de los hechos y daños antijurídicos que se encuentran justamente probados, pues nunca existió justificación para continuar con el envío del archivo de la liquidación a una bodega especializada de manejo de documentos administrada por la sociedad SETECSA S.A., pese a que cada retiro de información generaba nuevos costos a cargo de CIFM, afectando gravemente el patrimonio de la liquidación por cuenta de un gasto totalmente inútil.

Bastaría con indicar que los contratos de tracto sucesivo no suscritos por un administrador, para el caso concreto el liquidador, pueden ser válidamente terminados cuando lesionan el patrimonio de la sociedad, y en el caso de la liquidación cuando afectan, además, los derechos de los acreedores.

6.2. El perjuicio que se acreditó en el proceso por este concepto

El perjuicio por la innecesaria contratación de Setecsa está representado en el pago realizado por la CIFM, entre los años 2000 y 2008, de las distintas facturas presentadas por esa compañía con ocasión de la prestación de los servicios de archivo y conexos. De acuerdo con el dictamen realizado por P&P Auditores y Consultores S.A.S¹⁷², las facturas pagadas por la sociedad en liquidación durante ese periodo de tiempo ascienden a la suma de \$109.443.103, valor que corresponde al perjuicio sufrido a esa fecha con ocasión del actuar indolente con los recursos de la liquidación por parte de Fiduciaria.

El valor actualizado a la fecha de los presentes alegatos del referido perjuicio asciende a la suma de **\$230.079.440**.

¹⁷² Ver expediente digital Archivo 085 20211104 dictamen pericial P&P Auditores y Consultores Asociados S.A.S págs. 31 y 32 y anexo 20.

7. Reclamaciones administrativas en Ecuador.

Los perjuicios sufridos por este concepto consisten en la deficiente gestión de Fiduagraria en tratándose del pago de las pensiones de los jubilados en el Ecuador, debido básicamente a: i) Un indebido seguimiento de que los pagos de las pensiones se estuvieran realizando en debida forma por parte del Banco del Amazonas; ii) La reanudación de los pagos a las pensiones infringiendo la legislación ecuatoriana; y iii) La falta absoluta de gestión para que la CIFM hiciera uso de su derecho de defensa ante el Ministerio de Trabajo y Empleo de Ecuador, Entidad que la condenó al pago de US\$ 913.592.66.

Se probó que desde el 1984 la CIFM suscribió un contrato de mandato para el pago de las mesadas pensionales de sus ex funcionarios Ecuatorianos con el Banco Amazonas¹⁷³.

En el acervo probatorio se encuentra una comunicación remitida por el Banco Amazonas del Ecuador en la que se informó a la CIFM de los pagos que debían realizarse a los pensionados, los incrementos del salario mínimo y de la 'compensación por transporte', así como la legislación ecuatoriana vigente en materia de los pagos que deben realizarse a los jubilados.¹⁷⁴

De igual manera, se observan algunas de las órdenes internas para transferir al Banco Amazonas los dineros requeridos para pagar las mesadas pensionales de los jubilados en dicho país¹⁷⁵.

A partir del 17 de julio de 2001, Fiduagraria como liquidadora de la CIFM reanudó el pago de las mesadas correspondientes agosto de 2000 a mayo de 2001 como mesadas posteriores a la liquidación desconociendo los mínimos legales previstos por la legislación ecuatoriana para la fecha de causación de las mesadas canceladas (Código del Trabajo del Ecuador Artículo 216 numeral 2).

¹⁷³ Prueba Documental No. 2.44 de la demanda - Copia del memorando de solicitud de reliquidación de pensiones interpuesto por apoderado de los pensionados del Ecuador ante el Subdirector del Trabajo del Litoral el 29 de enero de 1998-, fl. 960 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁷⁴ Prueba Documental No. 2.35 de la demanda - Copia Comunicación del 22 de agosto de 1997 del gerente de operaciones del Banco Amazonas a CIFM-, fls. 921-927 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁷⁵ Pruebas Documentales No. 2.36-2.40 de la demanda - Copia Comunicación del 22 de agosto de 1997 del gerente de operaciones del Banco Amazonas a CIFM-, fls. 928-959 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

La Asociación de Jubilados de la Flota Mercante Grancolombiana del Ecuador presentó una solicitud de requerimiento de pago el 20 de septiembre de 2001 ante el Ministerio de Trabajo y Empleo de Ecuador¹⁷⁶, donde se incluían mesadas dejadas de cancelar y los intereses. Para el 24 de marzo de 2004 se estimó que se adeudaba US \$306.592.66¹⁷⁷.

Para agravar la situación, Fiduagraria ordenó en el año 2003 al área contable de la CIFM que se suspendieran los pagos de las pensiones, en los siguientes términos:

“PARA: OSCAR A HERNANDEZ – Liquidador

DE: YOMAIRA RINCON RODRIGUEZ – Dpto. Contabilidad

REF: SUSPENSION PAGO PENSIONES JUBILDOS ECUADOR

FECHA: Junio 25 de 2003

De acuerdo con sus instrucciones me permito confirmar que el pago de las pensiones de Ecuador quedara (sic) suspendido hasta nueva orden, una vez el señor Rafael Roca [del Banco Amazonas] remite los comprobantes del pago de las pensiones anteriores.”¹⁷⁸ (Subrayado intencional).

Por el indebido manejo en el pago de las pensiones, el 27 de noviembre de 2003 el Banco Amazonas decidió dar por terminado el convenio para el pago de pensiones de los jubilados.¹⁷⁹

En virtud de la anterior solicitud y de las dificultades experimentadas en la atención de los pensionados por la supuesta existencia de faltantes en los valores cancelados, el Banco del Amazonas oportunamente (por lo menos desde diciembre de 2003) informó al liquidador Fiduagraria de la existencia del proceso aludido y demandó la atención del parte de CIFM por los graves perjuicios causados a su imagen por cuenta de la dificultad de atender a dichos usuarios. Asimismo, Andrés Rodríguez Carmona envió al señor Óscar Hernández el 23 de enero de 2004 el “recurso judicial” presentado por la Asociación de Pensionados de Ecuador ante el Director de Trabajo de ese país¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Fls. 972-986 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁷⁷ Prueba Documental No. 2.58 Informe rendido por el perito liquidador ante la Dirección Regional del Trabajo del Ministerio de Trabajo del Ecuador y Empleo con sede en Guayaquil del 24 de marzo de 2004.-, Fls. 1014.

¹⁷⁸ Fl. 992 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁷⁹ Fls. 993-994 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸⁰ Fl. 999 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

Previo dictamen rendido ante el Ministerio de Trabajo y Empleo de Ecuador, y que no fuera objetado por CIFM al no hacerse parte del proceso, CIFM y el Banco del Amazonas S.A. fueron condenados el 30 de junio de 2005 solidariamente a cancelar mesadas pendientes e intereses moratorios por valor de US\$ 785.452,07¹⁸¹. El Banco Amazonas informó en varias oportunidades al señor Hernández de esta decisión, buscando hacer una defensa conjunta¹⁸² frente a la anterior decisión. No obstante, la respuesta de Fiduagraria consistió en abstraerse por completo de la situación. Se constata lo antedicho en el siguiente cruce de comunicaciones sostenidas entre Fiduagraria y el Banco Amazonas:

i) Comunicación del 5 de octubre de 2005 remitida por Fiduagraria al Banco.

“Como tuve oportunidad de ratificarle en nuestra última reunión esta empresa no ha sido vinculada por las autoridades competentes del Ecuador a las reclamaciones adelantadas por los jubilados en ese país, ni tampoco se está surtiendo en la actualidad ninguna reclamación en Colombia (...) En estas condiciones, le agradezco con carácter urgente revisar los documentos relacionados con el pago de las mesadas pensionales y confirmar si se han presentado errores en dichos pagos (...)”¹⁸³

ii) Correo electrónico del 6 de octubre de 2005 remitida por el Banco Amazonas a Fiduagraria. A lo anterior, el Banco se pronunció en los siguientes términos:

“Te comento que el Banco no puede esperar más tiempo por lo que vamos a contratar al Ab. Modesto Apolo para que nos defienda, presentando una solicitud de revocatoria de la providencia (...) y en caso de que esta no tenga éxito, el paso a seguir será iniciar una acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (...) Como parte de este proceso, nuestro abogado necesita que nos ayude enviándonos las certificaciones que te pedí la semana pasada.”¹⁸⁴

iii) Correo electrónico del 7 de octubre de 2005 remitida por el Banco Amazonas a Fiduagraria. Al día siguiente de la anterior misiva, el Banco complementó lo afirmado así:

¹⁸¹ Fl. 1017 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸² Ver, por ejemplo, fls. 1035-1036 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸³ Fl. 1034 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸⁴ Fl. 1036 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

“Antes que nada, cabe aclarar que las reuniones personales las sostuvimos en Agosto 18 y Septiembre 29, pero ya en los primeros días de agosto nuestro abogado Jaime del Hierro te había puesto telefónicamente en antecedentes del caso que está sucediendo en Ecuador (...)

La providencia de la Directora del Trabajo manda pagar a la Flota Mercante Grancolombiana o al Banco Amazonas, los valores reclamados por los jubilados de ustedes. No entiendo entonces la parte que dice “esta empresa no ha sido vinculada por las autoridades competentes del Ecuador....”. Si te estás refiriendo a que no han sido notificados formalmente del proceso, eso es otra cosa, que probablemente obedezca a que ustedes no tienen representantes en Ecuador; sin embargo, he revisado la correspondencia que mantengo en mis archivos y te adjunto algunos mensajes que te he cursado sobre los problemas con los jubilados. Adicionalmente en tu visita de Marzo de 2004 te informamos detalladamente de todos los problemas que estábamos teniendo (...)

De nuestra parte y como te informé ayer, hemos contratado al Ab. Apolo para que tramite la revocatoria de esa orden de pago, en cuanto al involucramiento del banco como patrono se refiere. Para este proceso, que lo firmaremos y presentaremos el lunes, necesitaremos tu ayuda con el envío de los certificados que te pedí por correo electrónico la semana pasada.”¹⁸⁵

Las mismas posiciones serían reiteradas en misivas posteriores. Por un lado, el señor Hernández señalaría que la CIFM no fue notificada del procedimiento que cursaba ante el Ministerio del Trabajo y que cualquier desajuste en el pago de las pensiones era atribuible al Banco Amazonas¹⁸⁶. Por su parte, el Banco Amazonas señaló que la CIFM estaba obligada al pago de las pensiones, y que la función de la entidad financiera se limitaba a desembolsar a los pensionados la suma que le consignada la Flota Mercante¹⁸⁷.

El contrato¹⁸⁸ que vinculó a la CIFM con el Banco Amazonas evidencia que la entidad financiera tenía la razón, y que la posición del señor Hernández era absolutamente infundada. El ‘convenio para el pago de las pensiones de jubilación en el Ecuador a cargo de Grancolombiana’ fue claro en señalar que:

¹⁸⁵ Fls. 1035-1036 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸⁶ Fl. 1038 y 1043 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸⁷ Fls. 1041-1042 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁸⁸ Fls. 1104 a 1108 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

- Las gestiones del Banco se limitaban a pagar por cuenta de la CIFM las pensiones patronales desde el 30 de abril de 1984 (literal C de las consideraciones).
- 1. En la Cláusula Novena se estableció que “Grancolombiana deja expresa constancia de que la obligación de pagar las pensiones patronales es por su cuenta y que el Banco no asume, no tiene ni ha tenido nunca ningún tipo de responsabilidad obrero-patronal con los jubilados, antiguos empleados o tripulantes de Grancolombiana y que su única relación es el procedimiento de pago tal como se ha estipulado en el presente convenio”¹⁸⁹.

No obstante lo anterior, Fiduagraria se abstuvo de contratar a un abogado para que defendiera los intereses de la CIFM, o de realizar cualquier gestión tendiente a defender los intereses de la empresa. Recordemos que esta situación se puso de presente en la demanda, indicando que no se tenía ninguna constancia de una gestión de tal naturaleza (hecho 6.18¹⁹⁰). Frente a este hecho, Fiduagraria de manera elusiva respondió “El 6.17. y el 6.18. no son hechos sino meras apreciaciones subjetivas de la parte actora, que ciertamente no deben ser respondidas por mi representada en esta instancia del proceso.” Pues bien: del copioso expediente del proceso, brilla por su ausencia una prueba que diera cuenta de una gestión diligente por parte de Fiduagraria.

Se probó que el Banco Amazonas S.A. logró que se eliminara la condena en su contra interponiendo un recurso de revisión, lo cual fue reconocido por el Ministerio de Trabajo y Empleo en el auto del 23 de enero de 2006. Sin embargo, la condena contra la CIFM se mantuvo incólume por el valor antes referido¹⁹¹. Mediante

¹⁸⁹ Fl. 1107 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

¹⁹⁰ “6.18. La condena efectuada es improcedente en la medida en que no existían mesadas atrasadas, desde septiembre de 1.999 a abril de 2.000 y las mesadas de septiembre de 1999 a julio de 2000 fueron nuevamente canceladas con los correspondientes intereses el 18 de marzo de 2003, adicionalmente hasta abril de 2000 se cancelaron en Sucre la totalidad de las mesadas adicionales de la nómina de pensionados de CIFM en Ecuador, sin embargo dichos hechos y defensas no fueron aducidas por la falta de designación de apoderado ante el Ministerio de Trabajo y Empleo del Ecuador por parte del liquidador Fiduagraria S.A. (no se conoce documento alguno que permita concluir que si fueron defendidos los intereses de la CIFM por su apoderado ante las autoridades del trabajo ecuatorianas), ni la participación directa en el proceso por parte de Fiduagraria como liquidador de CIFM.” (Subrayas intencionales).

¹⁹¹ Fl. 1053 del Cuaderno anexos de la demanda Tomo II.

providencia del 17 de agosto de 2.007, emitida por el Director Regional del Trabajo de Guayaquil, la deuda aumentó a US \$ 917.000¹⁹².

Es menester destacar que Fiduararia no contestó los hechos 6.22 a 6.26, los cuales nos permitimos transcribir para que el Tribunal valore los efectos procesales de la conducta omisiva:

“6.22. Adicionalmente, a pesar de existir graves indicios de inconsistencias en el manejo de los pagos por parte del Banco del Amazonas, hasta la fecha de su retiro Fiduararia como liquidador de la CIFM, no adelantó conciliación alguna respecto de los pagos efectivamente realizados por el Banco del Amazonas, el valor de las mesadas supuestamente adeudadas y el valor de las mesadas adicionales canceladas.

6.23. Adicionalmente, ante la falta de atención del procedimiento y del manejo de los pensionados por parte del liquidador de CIFM, el Banco del Amazonas S.A. ha reclamado a CIFM la atención y pago de sus expensas legales asociadas a la terminación unilateral del convenio de pagos suscrito con CIFM mediante amparo constitucional y otros gastos en particular de vigilancia especial de sus sucursales por valor de setenta y dos mil seiscientos ochenta y dos dólares con cincuenta centavos (US\$ 72.682,50).

6.24. Las reclamaciones impetradas por la Asociación de Pensionados de la Flota Mercante en el Ecuador y el Banco del Amazonas S.A. en contra de CIFM pueden afectar gravemente los activos que potencialmente puede tener la misma en cabeza de su sucursal en el Ecuador y representados en derechos y licencias marítimas.

6.25. A lo largo de los 6 años y siete meses en los cuales Fiduararia S.A. se desempeñó como liquidador de CIFM no realizó ningún tipo de auditoria contable, de personal o de gestión a la labor adelantada por su apoderado o agente especial Oscar Antonio Hernández Gómez.

6.26. La negligencia y falta de diligencia de Fiduararia S.A. en el cumplimiento de sus deberes como liquidador frente al manejo de la problemática de los pensionados de Ecuador ha causado grave perjuicio

¹⁹² Acta No. 098 del 23 de enero de 2008 de la Junta Asesora de la CIFM, fl. 94404. Liquidación Obligatoria Actuación 265 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

patrimonial a CIFM en cuantía que será objeto de determinación en el presente proceso.”

Una vez Fiduagraria renunció y el nuevo liquidador asumió su cargo, éste comenzó a contactarse con el Banco Amazonas y el representante de los pensionados, procurando llegar a una solución a esta problemática. El 28 de agosto de 2007, el Banco informó lo siguiente:

“(…) el caso de Flota es un reclamo de los jubilados en Ecuador, de Flota Mercante Gran Colombiana, por el no pago de sus pensiones jubilaes, reliquidaciones, aumentos de pensiones, etc.; que de acuerdo a la providencia del Ministro de Trabajo de fecha 7 de marzo de 2006 ascendía a la suma de US 785.452. Cono Ud. conoce, dicha providencia fue comunicada oportunamente por el Banco al anterior liquidador, representante especial de FIDUAGRARIA S.A., en Bogotá-Colombia, señor Oscar (sic) Antonio Hernández Gómez, para que honre su pago, **pero por la nula e inexistente respuesta de dicho funcionario**, la cantidad debida asciende actualmente a la suma de **US\$ 913.592.00**, conforme consta en la providencia del 17 de agosto de 2007, emitida por el Director regional del Trabajo (...)”¹⁹³

En efecto, mediante providencia del 17 de agosto de 2.007, emitida por el Director Regional del Trabajo de Guayaquil, la sanción impuesta ascendía para ese momento a la suma de US \$ 913.592¹⁹⁴ suma que en últimas corresponde al perjuicio que a esa fecha había sufrido la CIFM, producto del actuar negligente de Fiduagraria.

7.1. La imposición de un estándar irracional de prueba del perjuicio

Entiende el Tribunal en la sentencia que se recurre, respecto de la sanción impuesta por el Ministerio de Trabajo de Ecuador, que se encuentra demostrado en el proceso que las autoridades de ese país impusieron sanción a la extinta CIFM por indebida liquidación de las pensiones de jubilación por valor de \$785.452 dólares, tal como se acredita en el Anexo 17 del dictamen de P&P Auditores y Consultores.

¹⁹³ Comunicación del 14 de noviembre de 2007 remitida por Felipe Negret a la SuperSociedades, fl. 73534. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), actuación 262 fl. 972 Cuaderno Principal No. 5. En caso de querer revisar este documento directamente en la baranda de la SuperSociedades (WebMaster), puede consultarse bajo el radicado 2008-01-022084 (pág. 109).

¹⁹⁴ Comunicación del 14 de noviembre de 2007 remitida por Felipe Negret a la SuperSociedades, fl. 73534. Liquidación Obligatoria Actuación 266 (en medio magnético -CD), actuación 262 fl. 972 Cuaderno Principal No. 5. En caso de querer revisar este documento directamente en la baranda de la SuperSociedades (WebMaster), puede consultarse bajo el radicado 2008-01-022084 (pág. 109).

Por otro lado, no encuentra el *a quo* probado, y así lo exige para la acreditación del daño, que la multa impuesta por las autoridades del vecino país hubiese sido cancelada por la CIFM, lo que a su juicio determina que el detrimento patrimonial no se acreditó, calificando el mismo como un daño eventual, hipotético y/o meramente posible.

Este estándar probatorio que se exige por el *a quo* presupone que únicamente existe un daño emergente cuando efectivamente ya salió del patrimonio de quien sufre el mismo la erogación económica, como consecuencia en este caso de la multa impuesta, lo que evidentemente no es cierto.

El daño emergente supone una pérdida que implica la necesidad para quien la sufre de efectuar un desembolso para recuperar aquello que se ha perdido, es decir, este tipo de daño necesariamente presupone una **erogación actual o futura** del patrimonio de quien se vio afectado, tal como se indica en la sentencia del 1 de febrero de 2016 con radicado No. 55149 del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, que fue citada en el acápite anterior, valga reiterar una erogación actual o futura.

La calificación de eventual, hipotético o meramente posible del daño en el caso en concreto resulta a todas luces equivocada e incluso contradictoria, pues tal como se afirma en la sentencia *“Se encuentra demostrado que las autoridades del Ecuador impusieron sanción a la extinta Compañía de Inversiones Flota Mercante por indebida liquidación de las pensiones de jubilación por el valor de \$ US 785.452”*. Este solo hecho da certeza de la existencia del daño, sin que se pueda exigir a la sociedad en liquidación, para la consolidación de este y para que tenga carácter de indemnizable, que el mismo tenga que haberse pagado en su totalidad.

Nuevamente vale la pena poner sobre la mesa la situación de solvencia probada de CIFM en liquidación para atender las prestaciones a su cargo, incluso en relación con los pensionados. Se encuentra acreditado en el proceso que la sociedad recibió y recibe aún hoy a través de PANFLOTA recursos del Fondo Nacional del Café, administrado por la Federación Nacional de Cafeteros, para atender **con destinación específica** el pago de dichas prestaciones.

Imponer a una sociedad en condición de liquidación que tiene que realizar una erogación patrimonial para que un daño se tenga como cierto, probado y por ende indemnizable, resulta no solo ilegal sino muy poco razonable.



Bajo este criterio, de manera generalizada toda persona natural o jurídica que no tenga solvencia y no esté en capacidad de realizar una erogación para consolidar en su patrimonio el perjuicio no tendría derecho a que se le indemnice. Esta postura carece de sentido pues el llamado a reparar es quien generó el daño, sin importar la capacidad económica de quien tuvo que soportarlo.

La valoración de los medios de prueba y la imposición de un estándar probatorio del perjuicio que no resulta en ninguna medida razonable, constituyen una razón más de inconformidad frente a la sentencia proferida por el *a quo*. Valga reiterar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del margen de apreciación probatoria de los medios de convicción que obran en el expediente.

“(...) el sentenciador goza de discreta autonomía, que no arbitrariedad, para valorar los medios de convicción que obran en el proceso y, por ende, extraer las conclusiones razonables y lógicas que de ellos se desprendan para la composición de la pendencia sometida a su definición”¹⁹⁵.

Así las cosas, el presente escrito tiene fundados méritos para que, en sede de apelación, se revoque el fallo de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda relacionadas con este punto.

7.2. El perjuicio probado

La tasa representativa del mercado para el 17 de agosto de 2007 era de \$2124 pesos, valor que utilizamos para conocer el valor en pesos de la sanción impuesta a esa fecha, suma que ascendía a \$1.940.469.408. Este valor actualizado a la fecha de los presentes alegatos asciende a la suma de **\$4.346.542.561**.

III. IMPROCEDENCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR FIDUAGRARIA

Sin perjuicio de que la demandante ha probado la clara responsabilidad imputable a Fiduagraria como liquidador de la CIFM, y los perjuicios que la negligente labor efectuada por el liquidador le ocasionó a la Compañía, pasamos a exponer los hechos y argumentos que sustentan la improcedencia de las excepciones planteadas por Fiduagraria, advirtiendo que hacemos mención a algunas que merecen comentario. Seguidamente nos referiremos a que una de las

¹⁹⁵ Sentencia 083 de veintiocho (28) de junio de dos mil (2000).

Aseguradoras demandadas también esta llamada responder, con fundamento en los contratos de seguro con el cual se amparó la responsabilidad de la Fiduciaria demandada.

1. No operó la caducidad parcial de la acción

La Demandada sostiene que el término de caducidad es de 2 años, según lo previsto en el numeral 8º del artículo 136 del CCA. Por lo tanto, aduce que todos los hechos ocurridos con antelación al 14 de febrero de 2006 no deben ser tenidos en cuenta en el presente proceso, toda vez que la demanda fue presentada en tal fecha.

Existen una multiplicidad de hechos probados por las cuales definitivamente se puede afirmar que ninguno de los asuntos incoados por la CIFM fueron objeto de la caducidad:

2. La fecha desde que empezó a discurrir el término de caducidad no es el afirmado por Fiduciaria en su contestación.
- El término de caducidad es de 5 años, por la norma especial aplicable a la responsabilidad del liquidador.
- Debe tenerse en cuenta la suspensión de la caducidad por el trámite surtido de la conciliación extrajudicial.

Bien es sabido que la caducidad tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, sancionando la pasividad del acreedor de determinado derecho.

Sobre el momento en que comienza a discurrir el término de caducidad para analizar la responsabilidad de un administrador, la Corte Suprema de Justicia¹⁹⁶ aplicó, por analogía, las consideraciones que ha hecho esta Corporación frente al momento en que la empresa conoce los actos fraudulentos de sus empleados:

“Esto, para el tema específico que se estudia, repercute en que el momento en que se ejecutó el acto deshonesto por los empleados de la sociedad no es, necesariamente, el mismo momento en que el ente asegurado **conoció o debió conocer dicho acto, pues, en primer lugar, en las relaciones intra societarias debe diferenciarse a la sociedad de sus empleados,** y, en

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2022, MP Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

segundo, lo común en este tipo de casos es que los empleados actúen a espaldas de la sociedad.

Esa previsión tiene una clara razón de ser, pues lo que la experiencia dicta es que la persona que comete un acto deshonesto lo fragua y ejecuta con el mayor sigilo, a espaldas de sus víctimas —que en estos casos es la sociedad—, y no de forma de forma pública. Desea no ser descubierto.

Por lo tanto, es lógico que **el derecho a la indemnización nazca a partir de que la víctima descubra el acto deshonesto de su empleado, socio o miembro de la junta directiva, y no desde la comisión del hecho fraudulento.**» (CSJ SC4312 de 2020, rad. 2015-00495).”

Agréguese a lo anterior que claramente nos encontramos ante una serie de actuaciones que configuran una situación continuada, y que las actuaciones irregulares del liquidador fueron siempre ocultadas. Cuando la evidencia ponía de presente algún asunto, el señor Hernández se las ingenió para mentir y dar apariencia de legalidad a sus actuaciones y engañar a la Junta a Asesora e incluso a la propia Superintendencia de Sociedades. Todos los perjuicios que se ha probado que sufrió la CIFM, como consecuencia del actual negligente gravemente del liquidador, tuvieron una sola causa continua: las gestiones de Fiduagraria como liquidadora, desde que fue posesionada en tal condición en el 2000, hasta la aceptación de su renuncia que tuvo lugar en junio de 2007, dejando claro que las conductas solo se pudieron evidenciar cuando el nuevo liquidador asumió su posición, o como mínimo con la renuncia de Fiduagraria.

Y es que el argumento falaz de la hoy demandada lleva al absurdo de entender que la misma Fiduagraria, cuando se desempeñaba como liquidadora, debió demandarse a sí misma en aras de evitar que caducara la acción. Así pues, que el H. Consejo de Estado debe considerar que el 6 de junio de 2007 la SuperSociedades aprobó la renuncia de Fiduagraria, y que solo a partir de allí sería viable contabilizar el término de caducidad. En efecto, la caducidad es un factor dependiente de las condiciones de tiempo, modo y lugar de cada caso, como tuvo a bien reconocer el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“En auto del 15 de febrero de 1996, expediente: 11.239, se decidió admitir una demanda que había sido rechazada por el a quo por caducidad de la acción, al considerar que si bien el hecho causante del daño había ocurrido varios años antes de la prestación de la demanda, de los efectos nocivos del hecho sólo se tuvo conocimiento en fecha posterior. En esa providencia se afirmó:

“...para la Sala la acción de reparación directa aquí interpuesta, no se encuentra caducada y por ello se debe admitir la demanda, pues no resulta ajustado a la lógica de lo razonable que el soldado hubiera instaurado la acción contra la administración, cuando no conocía ni la gravedad, ni lo efectos del evento que originó el daño, máxime si se tiene que este desconocimiento se dio, por motivos imputables a los superiores jerárquicos del lesionado...”

“En este momento del discurso judicial, la Sala reitera la pauta jurisprudencial en el sentido de que en casos como el presente, cuando los daños se van causando día a día, esto es, en forma de tracto sucesivo, EL TERMINO DE CADUCIDAD NO SE AGOTA MIENTRAS LOS DAÑOS SE SIGAN PRODUCIENDO. En esta materia la Sala hace suya la perspectiva doctrinaria que el Dr. Tomás Ramón Fernández maneja en su conferencia: ‘El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado’...”

‘El dies a-quo del cómputo es también, desde hace años, objeto de un análisis muy amplio estimándose que EL PLAZO NO EMPIEZA A CORRER EN TANTO LOS DAÑOS SE SIGAN PRODUCIENDO POR MUCHO QUE SEA EL TIEMPO TRANSCURRIDO DESDE QUE TUVO LUGAR EL HECHO QUE LOS DESENCADENÓ”.

(...)

Una segunda regla que ha sido adoptada por la Sala en varias providencias es la de preferir en **la interpretación de los casos complejos la aplicación del principio pro damato, lo cual implica un alivio de los rigores de la caducidad con respecto a las víctimas titulares del derecho al resarcimiento**¹⁹⁷.

(...)

Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, **o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción**, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, **no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concorra con su origen**.¹⁹⁸ (Se destaca).

¹⁹⁷ “En este sentido, ver por ejemplo, sentencias del 9 de diciembre de 1996, exp: 12.090 y del 10 de abril de 1997, Exp: 10.954”

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de agosto de 2001, MP Ricardo Hoyos Duque Exp. 13.772.

Incluso, sin tener en consideración los anteriores aciertos, el término de caducidad era de 5 años, por virtud de lo establecido en el artículo 167 de la Ley 222 de 1995. De hecho, al **momento de aceptar la renuncia de Fiduagraria a su calidad de liquidadora, la misma SuperSociedades (como juez del proceso concursal) aclaró:**

“[...] insiste el juez concursal en que el liquidador designado para el proceso liquidatorio es la sociedad **FIDUAGRARIA S.A.**, quien tiene las obligaciones, deberes y responsabilidades consagradas en la ley frente al deudor, los asociados, acreedores y terceros. Por lo tanto, no sobra recordar que de conformidad con el artículo 167 de la Ley 222 de 1995 “las acciones contra el liquidador caducarán en un término de cinco años, contado a partir de la cesación de sus funciones y se promoverán ante la justicia ordinaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

[...]

N mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles

RESUELVE:

[...]

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR a la sociedad **FIDUAGRARIA S.A.**, [...] que la aceptación de la renuncia no exonera al liquidador de la responsabilidad que tiene a la luz del artículo 167 de la Ley 222 de 1995.¹⁹⁹ (Negrilla hace parte del texto, el subrayado es intencional.”

En los mismos términos, el artículo 235 de la misma ley señala que “Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.”

No sobra anotar que la caducidad se interrumpió desde la presentación de la demanda, independientemente de que el Juzgado Civil del Circuito declarara la falta de jurisdicción, tal y como fue reconocido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-662 de 2004²⁰⁰. Ello guarda concordancia además con lo dispuesto en el artículo 143 del CCA:

¹⁹⁹ Prueba Documental No. 2.23 de la Demanda. Auto 440-008693 del 12 de junio de 2007 de la Superintendencia de Sociedades fl. 141 del Tomo I – Anexos de la demanda.

²⁰⁰ MP Rodrigo Uprimmy Yepes.

“ARTICULO 143. INADMISION Y RECHAZO DE LA DEMANDA. (...)En caso de falta de jurisdicción o de competencia mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión.”

Por último, para efectos del conteo del término de caducidad, se debe tener en su consideración que la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 27 de diciembre de 2007 y la audiencia se llevó a cabo el 19 de enero de 2008²⁰¹.

En consecuencia, en cualquier caso, no hay caducidad alguna de la acción en la medida en que la CIFM actuó oportunamente, al demandar poco tiempo después de la “renuncia” del liquidador y posterior posesión del nuevo liquidador²⁰², término de caducidad que en todo caso fue suspendido con la solicitud de conciliación, e interrumpido por la interposición de la demanda que ahora nos convoca y que fue radicada el 14 de febrero de 2008 y correspondió en reparto al Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

2. Inexistencia de cosa juzgada

Fiduagraria alega que, con el cierre de la liquidación y la aprobación de la rendición final de la SuperSociedades puso fin al proceso judicial esto es, el proceso concursal.

Nos oponemos a esta afirmación, puesto que la naturaleza del presente proceso no tiene relación con la liquidación a la que se vio sometida la CIFM, sino con la responsabilidad civil de Fidagraria con ocasión de su negligente labor como liquidadora.

De contera, brilla por su ausencia un proceso conocido por la SuperSociedades durante la liquidación de la Flota Mercante en la que se cumplieran los presupuestos de la institución de la cosa juzgada, esto es: i) que versara sobre el mismo objeto, ii) tuviera la misma causa; y iii) hubiera identidad jurídica entre las partes²⁰³.

²⁰¹ Anexo No. 8 de la demanda, fls. 43-45 del Tomo I de Anexos de la Demanda.

²⁰² Prueba Documental No. 2.23 de la Demanda. Auto 440-008693 del 12 de junio de 2007 de la Superintendencia de Sociedades fl. 139 del Tomo I – Anexos de la demanda.

²⁰³ En los términos del artículo 332 del Código de Procedimiento Civil.

El proceso liquidatorio tiene por objeto hacer efectivos los activos de una sociedad para pagar el pasivo y, si existen remanentes, repartirlos a los socios/accionistas. Este caso, por el contrario, busca la declaratoria de la responsabilidad de la administradora de una sociedad por la negligencia en sus gestiones.

Tan es así que la misma SuperSociedades, al momento de aceptar la renuncia de Fiduagraria a su calidad de liquidadora, la misma SuperSociedades (como juez del proceso concursal) aclaró:

“[...] insiste el juez concursal en que el liquidador designado para el proceso liquidatorio es la sociedad **FIDUAGRARIA S.A.**, quien tiene las obligaciones, deberes y responsabilidades consagradas en la ley frente al deudor, los asociados, acreedores y terceros. Por lo tanto, no sobra recordar que de conformidad con el artículo 167 de la Ley 222 de 1995 “las acciones contra el liquidador caducarán en un término de cinco años, contado a partir de la cesación de sus funciones y se promoverán ante la justicia ordinaria de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

[...]

N mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles

RESUELVE:

[...]

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR a la sociedad **FIDUAGRARIA S.A.**, [...] que la aceptación de la renuncia no exonera al liquidador de la responsabilidad que tiene a la luz del artículo 167 de la Ley 222 de 1995.²⁰⁴ (Negrilla hace parte del texto, el subrayado es intencional.”

3. No hubo un hecho de un tercero, y en todo caso la responsabilidad sería solidaria

Fiduagraria alega que los daños, en caso de haber acaecido, son atribuibles a la Junta Asesora y a la SuperSociedades.

Según fue expuesto en precedencia, todas las acciones y omisiones que conllevaron a que la CIFM sufriera los perjuicios aquí reclamados son en su totalidad imputables a Fiduagraria, en su calidad de liquidadora (administradora).

²⁰⁴ Prueba Documental No. 2.23 de la Demanda. Auto 440-008693 del 12 de junio de 2007 de la Superintendencia de Sociedades fl. 141 del Tomo I – Anexos de la demanda.

Pero además, resulta totalmente inocua esta afirmación en atención a que:

3. El inciso final del artículo 200 de la Ley 222 señala que: “[l]os administradores responderán solidariamente e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad.”
4. Las gestiones de un liquidador son fuente de responsabilidad extracontractual, por lo cual sería solidariamente responsable con los demás agentes que hubieran contribuido en la causación de los daños (ex artículo 2344 del Código Civil²⁰⁵).

4. Irrelevancia de que haya renunciado a 50% de honorarios.

Fiduagraria plantea que “Fiduagraria renunció al 50% de los honorarios que le podían corresponder dentro del proceso concursal, bajo la condición expresa de que tales recursos fueran necesarios para atender el pago de la gestión del nuevo liquidador designado por la Superintendencia de Sociedades.”²⁰⁶

En primer lugar, jurídicamente la obligación de pago del 50% de los honorarios definitivos se encontraban sometidos a una condición suspensiva, consistente en la aprobación final de las cuentas por la SuperSociedades, según lo establecido en el Auto 440-16818 del 6 de diciembre de 2004 expedido por tal Entidad²⁰⁷. En este orden de ideas, acudiendo a las normas más básicas del derecho de las obligaciones, la obligación sólo nace cuando ocurra el “acontecimiento futuro, que puede suceder o no”²⁰⁸ estando pendiente, esto es, “mientras que no se pueda saber si el hecho en que consiste va a ocurrir o no”²⁰⁹.

²⁰⁵ “ARTICULO 2344. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

²⁰⁶ Contestación al hecho 1.15 de la contestación de la demanda.

²⁰⁷ Ver Prueba Documental No. 2.28 de la demanda. Copia de los Informes de Rendición de Cuentas presentados por Fidagraria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006 (incluye comunicaciones de Fidagraria S.A. dando explicación de las demoras en la rendición final de cuentas dirigidas a la Superintendencia de Sociedades), fl. 723 del Cuaderno de anexos de la demanda Tomo II.

²⁰⁸ Como reza el artículo 1530 del Código Civil.

²⁰⁹ Jorge Cubides Camacho, OBLIGACIONES (Bogotá D.C.: Ed. Ibáñez, 2017) 4a Edición, p. 106.

Por lo tanto, no es que Fiduagraria, en su “espíritu altruista”, renunciara a un pago al que tenía derecho, sino que precisamente la CIFM no tenía ninguna obligación para tal efecto. La “renuncia” como liquidador es prueba y demuestra además la evidente y delicada situación que enfrentaba la Fiduciaria por los actos de su liquidador. Con respecto a los honorarios se recuerda que Fiduagraria pretendió en 2004 que se le pagaran la totalidad de los honorarios expidiendo las facturas Nos. 6783 y 7806 por los honorarios restantes, ante lo cual la SuperSociedades se opuso mediante el Auto 440-16818 del 6 de diciembre de 2004, en el cual se limitó a reconocer \$400 millones de los \$1,189 millones consignados en las facturas de Fiduagraria-²¹⁰.

Pero, además, Fiduagraria pretendía tras su renuncia que le fueran pagados el primer 50% de los honorarios, previa deducción de los honorarios provisionales (\$400.000.000)²¹¹, justificando que se le adeudaba la mitad de los honorarios al señor Hernández, único causante de todos los perjuicios sufridos por la CIFM.

Para terminar, el 12 de marzo de 2010 Fiduagraria solicitó que le fijaran honorarios definitivos que le correspondieran, los cuales fueron negados por la SuperSociedades mediante el Auto No. 2010-01-11251 del 29 de abril de 2010²¹².

IV. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Los perjuicios que se reclaman fueron debidamente acreditados en el proceso mediante los dictámenes rendidos, tanto: i) por el doctor Eugenio Merlano, **frente al cual Fiduagraria o las Aseguradoras guardaron silencio en el término de traslado de 3 días otorgado por el Despacho** para objetarlo por error grave (según la legislación aplicable en su momento) o contradecirlo; como ii) el rendido por P&P Auditores y Consultores S.A.S., cuya contradicción se realizó en audiencia y se limitó a la formulación de una serie de preguntas con las cuales se confirmaron la existencia de los perjuicios reclamados III) Los estados financieros de la sociedad en liquidación, los informes de revisoría fiscal, los informes de rendición de cuentas

²¹⁰ Ver Prueba Documental No. 2.28 de la demanda. Copia de los Informes de Rendición de Cuentas presentados por Fiduagraria S.A. en su condición de liquidador de la CIFM a la Junta Asesora y a la Superintendencia de Sociedades correspondientes a los años 2003, 2004, 2005 y 2006 (incluye comunicaciones de Fiduagraria S.A. dando explicación de las demoras en la rendición final de cuentas dirigidas a la Superintendencia de Sociedades), fl. 723 del Cuaderno de anexos de la demanda Tomo II.

²¹¹ Prueba 2.21 de la demanda. Copia de comunicación de alcance a renuncia parte de Fiduagraria S.A. radicada el 30 de abril de 2007, fl. 132 del Tomo I – Anexos de la demanda.

²¹² Cuaderno exhibición Fiduagraria Tomo I, fl. 151-153.

a la SuperSociedades. Adicionalmente, son numerosas las pruebas documentales allegadas al expediente y que se encuentran debidamente relacionadas en los acápite respectivos de los presentes alegatos, que dan cuenta del perjuicio que se reclama, como las actas de la Junta Asesora, y los autos de la Superintendencia de Sociedades.

En síntesis, se probó con éxito en el proceso que fue el actuar gravemente culposos de Fiduciaria el que generó importantes perjuicios a la CIFM, como el monto de los perjuicios que se reclaman.

No obstante, si el Despacho estimara, por algún motivo, que falta algún tipo de prueba para determinar la cuantía del daño, se estima que podrá acudir a diferentes formas de determinarlo.

En primer lugar, podrá acudir a la posibilidad dispuesta en el artículo 172²¹³ del Código Contencioso Administrativo, pero también podría valerse de otras vías que permitan materializar el principio de la reparación integral que ha sido reconocido por las Altas Cortes. Sobre este principio nos valemos, por su claridad, de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia:

“(...) se impone partir de esta premisa en desarrollo del principio de reparación integral reconocido normativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena «que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’ (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004- 00172-01)» (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).

²¹³ “ARTICULO 172. CONDENAS EN ABSTRACTO. <Subrogado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”

Así lo dejó sentado esta Corporación, al señalar que «[d]emostrado, entonces, que se causaron perjuicios no se puede dictar fallo exonerando de la condena bajo el argumento de que no obra demostración de la cuantía del mismo ni tampoco se puede morigerar o amainar su monto predicando de manera simple y rutinaria que no hay forma de acreditar una superior....» (SC de 21 oct. 2013, rad. n.º 2009-00392- 01).²¹⁴ (El destacado es nuestro).

Finalmente, no sobra recordar que se solicitó en la pretensión cuarta condenatoria que la Entidad pague los intereses moratorios a la máxima tasa legal, en los términos dispuestos en las pretensiones 2.1.5²¹⁵, 2.1.7²¹⁶ y 2.1.8²¹⁷, 3.1²¹⁸, 3.2²¹⁹,

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 29 de julio de 2021 MP Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

²¹⁵ “2.1.5. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago del mayor valor de las contingencias laborales y los intereses moratorios en contra CIFM que se demostrará en el proceso y derivado de la no terminación oportuna de los contratos laborales de los 17 ex marinos (relacionados en la pretensión 2.1.1.) dentro de los 30 días siguientes a la notificación de los fallos con sentencia condenatoria de segunda instancia en los respectivos procesos entablados por estos empleados y a partir de la primera sentencia de casación (agosto 15 de 2.001) para el marino Cesar Augusto Rizzo y al valor de las pensiones que CIFM debe reconocer por cumplimiento de requisitos para la pensión por parte de varios de los 18 ex marinos.”

²¹⁶ “2.1.7. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre las condenas solicitadas en las pretensiones de condena anteriores a partir respectivamente de: los 30 días siguientes a la fecha de notificación de cada una de las sentencias condenatoria de segunda instancia de los 17 ex marinos (relacionados en la pretensión 2.1.1.) en los respectivos procesos entablados por estos empleados y a partir de la primera sentencia de casación (agosto 15 de 2.001) para el marino Cesar Augusto Rizzo.”

²¹⁷ 2.1.8. Que se condene Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de los intereses moratorios con su correspondiente capitalización respecto de los valores que se prueben y desde la fecha probada de su causación derivados de las pretensiones de condena del numeral 2.1.6 precedente.

²¹⁸ 3.1. Que se declare la responsabilidad de Fiduagraria S.A. como liquidador respecto de las sanciones e intereses moratorios que debió o debiera cancelar CIFM por la indebida liquidación o falta de liquidación y pago de los aportes a la seguridad social de los ex marinos reintegrados a la nómina de CIFM.”

²¹⁹ “3.2. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de los valores por concepto de sanciones e intereses moratorios que haya cancelado o deba cancelar CIFM con ocasión de la correcta liquidación de los ex marinos reintegrados a la nómina de la empresa o pago de los aportes de los 11 ex marinos no cotizados y también reintegrados a la nómina de la empresa.”

.3²²⁰, 4.4²²¹, 4.5²²², 4.7²²³, 4.9²²⁴, 5.3²²⁵, 6.3²²⁶, 7.3²²⁷ y 8.3²²⁸. Subsidiariamente, y sin que sea necesario que se haya incluido una pretensión al respecto –pues puede ser reconocida de oficio²²⁹–, que se indexen las sumas deprecadas.

²²⁰ “3.3. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre las condenas solicitadas en la pretensión anterior desde las fechas en que se hayan realizados los pagos de las sanciones e intereses moratorios o en su defecto a partir cuando menos de la fecha de radicación de la presente demanda.”

²²¹ “4.4. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de la suma de setecientos ochenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos con siete centavos (US\$ 785.452,07) en contra de CIFM impuesta por parte del Ministerio de Trabajo y Empleo del Ecuador confirmada mediante auto aclaratorio de dicha entidad del 7 marzo de 2006 más los intereses moratorios que el Ministerio liquide o la suma que se pruebe dentro del proceso.”

²²² “4.5. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir del 7 de marzo de 2006, fecha del auto que impone a CIFM la condena o en su defecto a partir de la fecha de radicación de la presente demanda.”

²²³ “4.7. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha de la reunión sostenida en la Embajada de Ecuador en Quito por parte del actual liquidador el 30 de noviembre de 2007, fecha en la que se formalizó el reclamo por parte del Banco del Amazonas S.A. o en su defecto a partir de la fecha de radicación de la presente demanda.”

²²⁴ “4.9. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha de cada uno de los respectivos giros mensuales según se demostrará en el proceso o en su defecto a partir de la fecha de radicación de la presente demanda.”

²²⁵ “5.3. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha en que se condene a CIFM a realizar el pago o en su defecto a partir de la fecha de radicación de la presente demanda.”

²²⁶ “6.3. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha en que se han efectuado los pagos de honorarios dentro de los contratos de prestación de servicios con profesionales abogados que fueron suscritos sin autorización de la Junta Asesora de la liquidación o que implicaron la concesión de mandato sin la existencia de contrato.”

²²⁷ “7.3. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha de pago de cada una de las facturas de telefonía celular correspondientes.”

²²⁸ “8.3. Que se condene a Fiduagraria S.A. como liquidador al pago de intereses moratorios a la máxima tasa legal con la capitalización de intereses que ordena la ley sobre la anterior solicitud de condena a partir de la fecha de pago de cada una de las facturas de Setecsa S.A.”

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC 2217-2021 del 9 de junio de 2021, MP Octavio Augusto Tejeiro Duque.

V. LA RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA AXA COLPATRIA Y LA IMPROCEDENCIA DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR ELLA

Sobre el particular, consideramos pertinente reiterar lo consignado en nuestros escritos de alegaciones de primera instancia²³⁰ y del recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del presente proceso, en el sentido de que **el contrato de seguro llamado a responder por los actos de Fiduciaria como liquidador designado y que resulta aplicable al asunto objeto de controversia es el expedido por Axa**, toda vez que este ampara el patrimonio de Fiduciaria ante reclamos formulados por terceros con ocasión de la responsabilidad civil profesional que le pueda ser atribuida a ésta, a sus directores, administradores y empleados, por errores y omisiones en el ejercicio de sus actividades. Por el contrario, las pólizas de responsabilidad civil de directores y administradores otorgadas por Zurich y Mapfre, tienen por objeto amparar el riesgo de responsabilidad civil **personal de los directores** y administradores **de Fiduciaria en el ejercicio de sus funciones**.

En primer término, debemos señalar que existen similitudes conceptuales entre las coberturas del seguro de responsabilidad profesional y de seguro de directores y administradores. En este aspecto, ambos son seguros de responsabilidad civil, y ambos están dirigidos a proteger los riesgos patrimoniales de responsabilidad civil derivados del ejercicio de actividades profesionales de la entidad asegurada, pero la diferencia fundamental entre ambas coberturas radica en que la primera (**la de responsabilidad civil profesional o de Indemnización Profesional - “PI”**) **está dirigida a amparar el patrimonio del asegurado**, entendido éste como la persona natural o jurídica que desempeña la actividad “profesional” objeto del seguro, mientras que la segunda (**la de responsabilidad civil de directores y administradores – “D&O”**) **está dirigida a proteger el patrimonio personal de los directores y administradores**, en los cuales la persona jurídica que generalmente actúa como tomador del seguro, cuando ellos los directores, y no la citada persona jurídica a la que prestan sus servicios, son objeto de reclamos o demandas²³¹.

Ahora bien, en cuanto al caso concreto, el seguro expedido por Axa se encontraba vigente para la fecha en que la CIFM **formuló el primer reclamo a su asegurado**,

²³⁰ Escrito de alegaciones págs. 87 a 120.

²³¹ Uribe Lozada, Nicolás. (2013). El régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su aseguramiento. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.

Fiduagraria, esto es, el **27 de diciembre de 2007**²³², mediante la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial, según el siguiente detalle:

ASEGURADOR	ASEGURADO	SEGURO	VIGENCIA	VALOR ASEGURADO
ACE Seguros, Hoy CHUBB ²³³	Fiduagraria	Seguro Global Bancario - Amparo de Responsabilidad Civil Profesional de Entidades Financieras Texto NMA 2273	01/02/2005 – 31/01/2006	\$ 40.000.000.000
			31/01/2006 – 31/01/2007	
Seguros Colpatria S.A., hoy AXA ²³⁴	Fiduagraria	Seguro Global Bancario - Amparo de Indemnización Profesional Texto NMA 2273	31/01/2007 – 31/01/2008	\$ 50.000.000.000
			31/01/2008 – 31/01/2009	
QBE Seguros S.A, HOY ZURICH ²³⁵	Miembros de Junta Directiva y Administradores de Fiduagraria	Seguro de Responsabilidad civil y Directores Administradores	01/05/2004 – 31/01/2005	\$ 7.500.000.000
			01/03/2005 – 31/01/2006	
			01/02/2005 – 31/01/2007	
Mapfre Seguros ²³⁶	Miembros de Junta Directiva y Administradores de Fiduagraria	Seguro de Responsabilidad civil y Directores Administradores	31/01/2007 - 30/01/2008	\$ 7.500.000.000

Debemos resaltar que la demanda se formuló contra las aseguradoras que otorgaron cobertura a los riesgos de la actividad de Fiduagraria como entidad fiduciaria, incluyendo la responsabilidad civil profesional frente a terceros, seguros que fueron contratados con Axa y Chubb. Frente a la póliza expedida por Chubb se advierte que la misma no se encontraba vigente para la fecha en que la CIFM presentó el reclamo por primera vez.

Así mismo, la demanda se instauró contra las aseguradoras Zurich y Mapfre que amparaban la responsabilidad personal de sus directores y administradores en ejercicio de sus funciones, pues, era previsible que la liquidadora Fiduagraria formulará el llamamiento en garantía a la persona natural designada, Oscar Antonio Hernández Gómez. En efecto, dicho llamamiento se formuló sin éxito en la medida en que el mismo fue denegado, en principio, por el Juzgado 26 Civil Circuito de Bogotá, por cuanto el mismo no fue notificado dentro del término previsto para tal fin y, posteriormente, según determinación adoptada por el Tribunal cuando recibió

²³² Fls. 1-50 del Cuaderno Principal No. 1

²³³ Fls. 773-853 del Cuaderno Principal No. 1

²³⁴ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1. Póliza completa aportada con la contestación de la demanda ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2008.

²³⁵ Fls. 629-651 del Cuaderno Principal No. 1

²³⁶ Fls. 479-507 del Cuaderno Principal No. 1

el expediente, decisión consignada en el auto del 18 de septiembre de 2018²³⁷, notificado por estado el 20 del mismo mes y año, en la medida en que la demandada, Fiduagraria, no cumplió con las cargas impuestas.

Por tal motivo, consideramos pertinente centrar nuestras alegaciones en el sentido de que **se condene a Axa** a responder por los perjuicios que amparó en el Seguro de Manejo Global Bancario, bajo la cobertura de Responsabilidad Civil Profesional de Entidades Financieras, mediante la cual se ampara la responsabilidad legal del asegurado (Fiduagraria), por reclamos formulados por terceros hechos por primera vez durante el período de vigencia de la póliza previsto para la vigencia comprendida entre el 31 de enero de 2007 y el 31 de enero de 2008²³⁸.

1. Aspectos generales de la responsabilidad civil profesional

1.1. Noción y alcance de la responsabilidad civil profesional y su aseguramiento

La doctrina ha definido la responsabilidad civil profesional como “aquella que incumbe a una determinada persona por los **daños causados a un tercero** como consecuencia de una **acción u omisión negligente en el ejercicio de su actividad profesional**”²³⁹. (Negrillas fuera del texto original).

El primer presupuesto para que se configure esta tipología de responsabilidad, consiste, entonces, en que sea un **profesional**, es decir, una persona que se dedica de manera habitual a ejercer determinado oficio, quien en desarrollo de esa actividad cause un daño a un tercero.

El doctrinante Jorge Suescún Melo ha señalado que son tres los criterios decisivos para saber si se está frente a un profesional, a saber: **(i)** que desarrolle una “actividad especializada en forma habitual y normalmente a título oneroso”, **(ii)** que cuente con una organización, “gracias a la cual pueda actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad puede causar a terceros”, y, **(iii)** que tenga una posición de preeminencia, es decir, un dominio profesional “basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los

²³⁷ Fls. 742-744 del Cuaderno Principal 2

²³⁸ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1. Póliza completa aportada con la contestación de la demanda ante el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá el día 12 de mayo de 2008.

²³⁹ López-Cobo, Claudio I. (1988). El seguro de responsabilidad civil: Fundamentos y modalidades. Madrid: Nacional de Reaseguros S.A.

demás”²⁴⁰. A juicio de este autor, el profesional debe encontrarse capacitado para dominar los riesgos asociados a los asuntos que maneja y para evitar o precaver los daños que su actividad conlleva²⁴¹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que la responsabilidad de los profesionales puede provenir del incumplimiento de una obligación contractual o de un acto u omisión que no necesariamente emane de un acuerdo previo. Sobre el particular, dispuso en sentencia del 5 de marzo de 1940:

“El principio universal ya expresado, *nemo laederi*, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a terceros.

De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro.”²⁴²

Ahora bien, el segundo requisito para que se entienda configurada la responsabilidad civil del profesional, estriba en que la **acción, error u omisión**²⁴³

²⁴⁰ Suescún Melo, Jorge. (2003). Derecho privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I, págs. 442 y ss. Citado en el Laudo arbitral del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Proyectar Valores S.A. contra Chubb de Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., p. 57.

²⁴¹ Para Jorge Eduardo Narváez Bonnet se está ante un profesional “(...) cuando se precisa de especialidad, regularidad y así mismo existe una situación de carácter habilitante que lo hace merecedor de esa calidad, que lo autoriza para explotar esa actividad, por los especiales conocimientos técnicos, jurídicos o económico-financieros o, bien, esa habilitación puede obedecer al hecho que está inmerso en el desarrollo de actividades que se consideran de interés público en cuanto que son necesarias para la vida en comunidad”. Narváez Bonnet, Jorge Eduardo (2014). El contrato de seguro en el sector financiero. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 443.

²⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de marzo de 1940. M.P. Dr. Liborio Escallón. Publicada en Gaceta Judicial: Tomo XLIX (1940-1942), p. 118.

²⁴³ La doctrina arbitral ha señalado que los conceptos de “acciones, errores u omisiones”, que deben ser calificados como negligentes o culposos, deben ser entendidos en su sentido general, natural y obvio. La acción corresponde al “Ejercicio de la posibilidad de hacer. II. 2. Resultado de hacer. II. 3. Efecto que causa un agente sobre algo”; el error al “Concepto equivocado o juicio falso. II. 2. Acción desacertada o equivocada. II. 3. Cosa hecha erradamente”; y la omisión a la “Abstención de hacer o decir. II. 2. Falta por haber dejado de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa o por no haberla ejecutado. II. 3. Flojedad o descuido de quien está encargado de un asunto. II. ...”. Laudo arbitral del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Proyectar Valores S.A. contra Chubb de Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., p. 21.

atribuible a este último y que constituye la causa del daño, debe ser **negligente o culposa**. Lo anterior, tomando en consideración que el sistema de responsabilidad predominante en el ordenamiento jurídico colombiano es de “tradición culpabilista”²⁴⁴.

Para que una conducta u omisión sea culposa, ha señalado la doctrina y la jurisprudencia que, no basta que se lesione un bien jurídico, sino que debe existir un obrar descuidado, negligente, ignorante o ligero, distinto al de un hombre prudente²⁴⁵.

El alcance de la culpa profesional, que no ha sido definido expresamente en nuestra legislación, requiere de “un acto profesional teñido de impericia o negligencia profesional; es decir, por incurrir en una ineptitud incompatible con su profesión o especialidad, o por ser aquél de una torpeza o descuido inexcusables atendiendo a las reglas de la profesión: la referida *lex artis*”²⁴⁶.

La doctrina ha definido la **impericia profesional** como “la ineptitud o ignorancia al ejecutar el acto profesional por falta de los conocimientos, básicos y elementales propios de su técnica o ciencia. Esa impericia puede ser de origen, o bien incurrir en ella por olvido, falta de ejercicio, falta de práctica posterior de la profesión”. Por su parte, la **negligencia profesional** se ha considerado tiene “un plus de culpa que radica en la torpeza o descuido inexcusable del profesional que adopta su acción u omisión en circunstancias extremadamente peligrosas e incluso temerarias y por tanto desde todo punto incompatibles con el ejercicio de la profesión. Constituye en consecuencia un comportamiento contraventor, que viola frontalmente las normas, medio y deberes genéricos y básicos que fija la *lex artis*”²⁴⁷.

El tercer y último elemento esencial de la responsabilidad civil profesional, consiste en que de la misma debe derivarse un **daño a un tercero**. Este daño para que sea

²⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

²⁴⁵ Pérez Vives, Álvaro. Teoría General de las Obligaciones, Ed. Temis, Bogotá, pág. 58. Suescún Melo, Jorge. (2003). Derecho privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo I, págs. 442 y ss. Citado en el Laudo arbitral del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Proyectar Valores S.A. contra Chubb de Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., p. 54.

²⁴⁶ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo (2014). El contrato de seguro en el sector financiero. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 445 y 446.

²⁴⁷ Ibidem.

indemnizable debe ser cierto y directo, tal y como reiteradamente lo ha precisado la jurisprudencia al señalar:

“(…) para que un daño sea objeto de reparación tiene que ser cierto y directo, por cuanto solo corresponde reparar el perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado y como consecuencia inmediata de la culpa o delito; y ha puntualizado así mismo, que de conformidad con los principios regulativos de la carga de la prueba, quien demanda la indemnización de un perjuicio que ha sufrido le corresponde demostrar, en todo caso, el daño cuya reparación persigue y su cuantía, puesto que la condena por tal aspecto no puede extenderse más allá del detrimento padecido por la víctima”²⁴⁸. (Negrillas fuera del texto original).

Los daños que son indemnizados por concepto de responsabilidad profesional normalmente tienen carácter patrimonial y corresponden: (i) al daño emergente, esto es, a aquello que salió o saldrá del patrimonio de la víctima, y (ii) al lucro cesante, entendido como el valor que no ingresó o no ingresará al patrimonio de la misma. Los perjuicios de carácter extrapatrimonial normalmente no son reconocidos con fundamento en esta tipología de responsabilidad, y es usual que se excluyan de cobertura en las pólizas expedidas para ampararla, como se verá más adelante.

Igualmente, no puede perderse de vista que los seguros que otorgan cobertura sobre la responsabilidad profesional, como seguros de daños²⁴⁹, son de carácter eminentemente indemnizatorio²⁵⁰ y sólo cubrirán el daño efectivamente causado por el responsable (asegurado) a la víctima (tercero afectado).

Partiendo de los tres elementos antes descritos se puede establecer que **el seguro de responsabilidad civil profesional tiene como finalidad proteger el patrimonio del asegurado frente a los daños que este, sus directores, administradores, asesores, empleados y personal, puedan causar a terceros en ejercicio de su actividad profesional, con ocasión de una acción, error u omisión negligente y/o culposa**²⁵¹.

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de marzo de 1990. Citada en: Díaz-Granados, Juan Manuel. (2012). El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 68.

²⁴⁹ Artículo 1082 del Código de Comercio.

²⁵⁰ Artículo 1088 del Código de Comercio.

²⁵¹ Se puede consultar la definición que del seguro de responsabilidad civil profesional se otorga en el Laudo arbitral del 10 de noviembre de 2016, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Fidupetrol S.A. – en liquidación contra AIG Seguros Colombia S.A., p. 23.

Se insiste en destacar la naturaleza **negligente y/o culposa** que debe caracterizar la conducta del asegurado y/o sus empleados, pues es esta circunstancia la que diferencia el amparo de responsabilidad civil profesional del amparo de infidelidad, que otorga cobertura sobre actos deshonestos, fraudulentos y dolosos, normalmente excluidos en los clausulados de este seguro (responsabilidad)²⁵².

En lo que atañe al contrato de seguro, debe destacarse que el **interés asegurable**²⁵³ en la póliza de responsabilidad civil profesional lo ostenta el asegurado, quien puede ver perjudicado su patrimonio ante la ocurrencia de un siniestro por el cual debe responder. El tercero afectado, por su parte, es la persona que sufre un daño con ocasión del actuar negligente del asegurado y, que por ende, tiene derecho a recibir la correspondiente indemnización²⁵⁴.

El **riesgo asegurable**²⁵⁵, por su parte, será el nacimiento de una deuda de responsabilidad en cabeza del asegurado. Sin perjuicio de que como se explicará más adelante, en las pólizas de responsabilidad civil profesional la cobertura se circunscriba a la reclamación presentada por el tercero afectado contra el asegurado o contra el asegurador, por el hecho generador de responsabilidad (profesional para el caso), durante la vigencia del seguro.

1.2. En Colombia, la culpa grave hace parte del amparo de la póliza de responsabilidad civil profesional

En línea con lo señalado en el acápite precedente, resulta pertinente poner de presente que en Colombia la culpa grave, con fundamento en el artículo 1127 del Código de Comercio, hace parte del amparo de responsabilidad civil profesional cuando no ha sido materia de una exclusión expresa.

²⁵² Sobre el particular se pueden consultar: (i) el Laudo arbitral del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Proyectar Valores S.A. contra Chubb de Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A., y (ii) el Laudo arbitral del 30 de agosto de 2002, proferido en el Tribunal de Arbitramento instaurado por Sociedad Fiduciaria Bermúdez y Valenzuela S.A. en liquidación contra Aseguradora Colseguros S.A.

²⁵³ En los términos del artículo 1083 del Código de Comercio, tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por un riesgo.

²⁵⁴ Díaz-Granados, Juan Manuel. (2012). El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 99.

²⁵⁵ El artículo 1054 del Código de Comercio define el riesgo como "(...) el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. (...)".

Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de julio de 2012, al señalar:

“En el presente caso, tratándose del “amparo de responsabilidad civil profesional”, que como quedó dicho admite como asegurable la “culpa grave”, **era claro que la misma quedaba cubierta, máxime cuando dentro de las exclusiones no se contempló tal concepto** y sin que del documento obrante a folios 188 a 191, contentivo de las condiciones acordadas, surja algún manto de duda al respecto. **Es más, se podría advertir que la sola estipulación de que “sean consecuencia de un acto negligente, error u omisión de algún ejecutivo o empleado del asegurado”, constituía una clara delimitación del riesgo que la incorporaba.**”²⁵⁶ (Negritillas fuera del texto original).

En esta medida, ante una actuación negligente o poco prudente del asegurado que resulte constitutiva de una culpa grave, nunca podrá alegar la aseguradora la ausencia de cobertura, pues la jurisprudencia ha definido que este tipo de conducta se encuentra amparada salvo que haya sido excluida expresamente en los condicionados que integran el contrato de seguro.

1.3. La delimitación temporal del riesgo en la póliza de responsabilidad civil profesional

Los clausulados aplicables a la póliza de responsabilidad civil profesional, dentro de los cuales se destaca la versión NMA 2273²⁵⁷, por ser la de mayor utilización y el condicionado aplicable a la póliza contratada Fiduagraría, estipulan, por regla general, que la referida tipología de seguro opera bajo el sistema de delimitación temporal de cobertura claims made.

En efecto, la Ley 389 de 1997 previó una nueva modalidad de delimitación temporal del riesgo que no se encuentra supeditada a la ocurrencia del hecho dañoso, como hasta esa fecha lo contemplaba el artículo 1131 del Código de Comercio²⁵⁸, sino que permite que la cobertura se circunscriba a **“las reclamaciones formuladas por**

²⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de julio de 2012. Exp. 0500131030082005-00425-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

²⁵⁷ Narváez Bonnet, Jorge Eduardo (2014). El contrato de seguro en el sector financiero. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 456.

²⁵⁸ El artículo 1131 del Código de Comercio dispone: “En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (...)”.

el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, (...), así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación²⁵⁹. (Negrillas fuera del texto original).

En los términos de la Corte Suprema de Justicia, bajo la modalidad de cobertura claims made:

“(...) la aseguradora se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado frente a la responsabilidad originada en un ‘hecho externo’ que le sea imputable, sin importar la época de su ocurrencia, siempre y cuando la víctima del evento dañoso formule la reclamación al asegurado, o al asegurador, durante la vigencia de la póliza (...).

Teniendo en cuenta, que para la primera de esas tipologías (pólizas claims made), **no es trascendente el momento en el que ‘aconezca el hecho externo imputable al asegurado’, resulta posible que la aseguradora indemnice desmedros patrimoniales cuyo origen se sitúa en eventos dañosos acaecidos con antelación a la celebración del contrato de seguro, siempre y cuando, claro está, la reclamación de la víctima se presente durante su vigencia**²⁶⁰. (Negrillas fuera del texto original).

Así las cosas, en los seguros de responsabilidad civil profesional, por regla general, el presupuesto necesario para que la póliza otorgue cobertura consiste en que el tercero afectado formule reclamación al asegurado o a la aseguradora en vigencia de la póliza.

Preciso es señalar que, en ocasiones, las aseguradoras a cambio de un cobro de prima adicional otorgan un “periodo adicional de notificaciones” o “periodo extendido de reporte”²⁶¹ al asegurado, en virtud del cual, se da cobertura a reclamaciones que

²⁵⁹ Artículo 4 Ley 389 de 1997.

²⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5217-2019 del 3 de diciembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

²⁶¹ El “periodo extendido de reporte o adicional para notificaciones” ha sido definido como “una prerrogativa, consignada normalmente en una cláusula del condicionado general del seguro que confiere al tomador/asegurado, la posibilidad de obtener cobertura de parte de la compañía de seguros para aquellos reclamos que reciba con posterioridad a la terminación o no renovación de la póliza. Reclamos que deberán fundarse, únicamente, en hechos ocurridos con anterioridad a la expiración de la póliza, bien sea dentro de su vigencia o dentro del periodo de retroactividad otorgado por el asegurador”. Uribe Lozada, Nicolás. (2016). Análisis técnico – jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “claims made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. Rev. Ibero-Latinoamericana de Seguros, vol. 44 (25), págs.13-89.

se verifiquen tras haber terminado la vigencia de la póliza, siempre que tengan lugar en el plazo adicional concedido.

De otro lado, si las partes fijaron un periodo de retroactividad específico, anterior a la celebración del contrato de seguro, el hecho dañoso que da origen al reclamo tendrá que haber ocurrido en dicho lapso para que haya cobertura. Si, por el contrario, las partes fijaron una fecha de retroactividad ilimitada, será irrelevante de cara a la obligación indemnizatoria de la aseguradora, la fecha en la que ocurrió el evento dañoso.

Si bien cada póliza definirá en su condicionado general y/o particular qué debe entenderse por reclamación, traemos a colación a modo de ejemplo, la definición que el tratadista Jorge Eduardo Narváez Bonnet trae en su obra sobre el particular:

“(...) el reclamo se define usualmente en los siguientes términos:

- Cuando el asegurador reciba una notificación escrita del asegurado;
- Cuando reciba copia de la respectiva demanda junto con la solicitud de reembolso de gastos;
- Cuando reciba copia de la solicitud de convocatoria a un tribunal de arbitramento;
- Cuando de cualquier forma llegue a su conocimiento que una persona ha promovido proceso contra el asegurado por una responsabilidad que le imputa, o
- Cuando llegue a su conocimiento cualquier hecho, circunstancia o acontecimiento del cual pudiera pensarse razonablemente que podría dar origen a un proceso judicial.”²⁶²

En conclusión, el supuesto fundamental para la existencia de cobertura en una póliza de responsabilidad civil profesional normalmente corresponde a la formulación de una reclamación por parte del tercero afectado en vigencia de la póliza. Entendiéndose por **reclamo**, cualquiera de los eventos antes enunciados a manera de ejemplo.

1.4. El siniestro en la póliza de responsabilidad civil profesional y su prueba

²⁶² Narváez Bonnet, Jorge Eduardo (2014). El contrato de seguro en el sector financiero. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, p. 465.

No existe conceso al interior de la jurisprudencia y la doctrina acerca de cuál es el evento que constituye el siniestro en las pólizas de responsabilidad civil contratadas bajo la modalidad claims made, sin embargo, la posición mayoritaria, establece que **el siniestro debe entenderse como la formulación del reclamo de responsabilidad por parte del tercero afectado (víctima) durante la vigencia de la póliza.**

Sobre el particular, el autor Juan Manuel Díaz-Granados ha señalado:

“Si conforme al artículo 1072 del Código de Comercio siniestro es la realización del riesgo asegurado, es necesario concluir que la Ley 389 de 1997 en su artículo 4, inciso 1, modificó el concepto de siniestro para esta modalidad en particular. En otros términos, si con base en esta ley los contratantes pactaron que el riesgo asegurado se refiere a las reclamaciones presentadas durante la vigencia, para estos efectos habrá que entender modificado el artículo 1131 del Código de Comercio, y en consecuencia, **concluir que el siniestro se presenta en el momento de la reclamación y no cuando acaezca el hecho externo imputable al asegurado. El artículo 1131 citado mantiene su entera vigencia para la modalidad de ocurrencia.**”²⁶³ (Negrillas fuera del texto original).

Si bien, como acabamos de señalar, la doctrina mayoritaria y la Corte Suprema de Justicia han entendido que “es la ‘presentación del reclamo’, el que se toma en cuenta para la configuración del siniestro”²⁶⁴, no se puede perder de vista que la jurisprudencia arbitral también ha dispuesto que, en los términos en que está concebida la cobertura, la prueba del siniestro implicará, además, la demostración de que ocurrieron “hechos generadores de responsabilidad del asegurado, imputables a una acción, error u omisión culposas, tuyas o de sus dependientes, que se tradujeron en una pérdida patrimonial para el tercero, para todo lo cual existe libertad probatoria. (...)”²⁶⁵.

²⁶³ Díaz-Granados, Juan Manuel. (2012). El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 179. Dicha posición es sostenida igualmente por el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo y la Dra. María Cristina Isaza Posse.

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC10048-2014 del 31 de julio de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

²⁶⁵ Laudo arbitral del 24 de octubre de 2012, proferido por el Tribunal de Arbitramento instaurado por Proyectar Valores S.A. contra Chubb de Colombia S.A. y Chartis Seguros Colombia S.A.

Así las cosas, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio²⁶⁶ se debe probar: (i) que durante la vigencia de la póliza se recibió, por primera vez, el reclamo de un tercero, y (ii) que ocurrió un hecho generador de responsabilidad civil con ocasión de una conducta u omisión negligente suya o de sus empleados²⁶⁷.

2. La Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, amparo de Responsabilidad Civil Profesional de Entidades Financieras del Lloyd's, Texto NMA 2273 expedida por AXA

2.1. Amparos y vigencias

Axa amparó a Fiduagraria otorgando cobertura a los riesgos de su actividad como entidad Fiduciaria, mediante la Póliza de Manejo Global Bancaria No. 8001000152, expedida el 31 de enero de 2007, para la vigencia comprendida entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008, período que fue extendido por un año más, desde 31 de enero de 2008 al 31 de enero de 2009²⁶⁸.

Bajo el referido seguro se concedieron, básicamente, los siguientes amparos:

- i) Global Bancario – Infidelidad de empleados Texto DHP 84
- ii) Predios
- iii) Tránsito
- iv) Falsificación
- v) Falsificación Extendida
- vi) Moneda Falsa
- vii) Crimen por computador Texto LSW 983
- viii) **Indemnización profesional Texto NMA 2273**

2.2. Valor asegurado y deducible

²⁶⁶ El artículo 1077 del Código de Comercio dispone: “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuese el caso”.

²⁶⁷ Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de julio de 2017, con ponencia del Magistrado Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, señaló: “Por su parte, las cláusulas “claims made” o “reclamo hecho” constituyen una limitación temporal al cubrimiento, por no basta que los sucesos generadores de responsabilidad civil ocurran, sino que también es menester que la reclamación por parte del damnificado se materialice durante la vigencia de la póliza o en el periodo adicional y específico estipulado, de tal suerte que si esta no se presenta oportunamente, se excluye el referido débito a cargo del asegurador, a pesar de presentarse el hecho dañoso”.

²⁶⁸ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

En la póliza se fijó como límite de indemnización para cada uno de los amparos otorgados la suma **de \$50.000.000.000 con un deducible de \$400.000.000 toda y cada pérdida.**

2.3. Fecha retroactiva

Según lo consignado en el seguro en comento, la fecha retroactiva es eliminada y reemplazada por la cláusula de limitación de descubrimiento previsto en los siguientes términos:

“NO OBSTANTE CUALQUIER RESTRICCIÓN O CONDICIÓN IMPUESTA POR EL CLAUSULADO DE LA PÓLIZA, POR MEDIO DEL PRESENTE QUEDA ENTENDIDO Y ACORDADO QUE LA FECHA RETROACTIVA SE ELIMINA Y QUE SE APLICARÁ LA SIGUIENTE CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE DESCUBRIMIENTO:

NO EXISTIRÁ RESPONSABILIDAD CON RESPECTO A UN RECLAMO QUE:

- (A) SURJA DE O EN RELACIÓN CON ALGUNA CIRCUNSTANCIA O EVENTO QUE HAYA SIDO NOTIFICADO AL ASEGURADOR EN ALGUNA OTRA PÓLIZA DE SEGURO EFECTUADA ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA
- (B) QUE SURJA DE O EN RELACIÓN CON ALGUNA CIRCUNSTANCIA O EVENTO CONOCIDO POR EL ASEGURADO ANTES DE LA FECHA DE ENTRADA EN VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA”²⁶⁹

Al haberse eliminado la fecha retroactividad supone que el hecho pudo ocurrir en cualquier momento anterior, siempre que el reclamo se hubiera formulado en vigencia de la misma.

En el caso que nos ocupa, como ya se ha señalado el reclamo se formuló por la CIFM como tercero afectado frente a Fiduagraria como responsable profesional por los actos cometidos en el ejercicio de su función como liquidador, con la solicitud de conciliación o con la demanda instaurada contra la Aseguradora y el asegurado. Ambos hechos ocurrieron en vigencia de la póliza.

²⁶⁹ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

2.4. Alcance del amparo de Indemnización Profesional de Entidades Financieras del Lloyd's, Texto NMA 2273 - Clausulado por Reclamos Hechos ("CLAIMS MADE")

El clausulado aplicable a la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional para Entidades Financieras otorgada por Axa a Fiduagraria, corresponde a la versión NMA 2273²⁷⁰, que opera bajo el sistema de delimitación temporal de cobertura "claims made".

En esta medida, la cobertura otorgada por el contrato de seguro se encuentra supeditada a la **reclamación** que realice el tercero afectado a la Aseguradora, en ejercicio de la acción directa, o al asegurado, de manera judicial o extrajudicial, **dentro de la vigencia de la póliza.**

Conforme con el referido clausulado general, sujeto a los términos, exclusiones, limitaciones y condiciones de la póliza, **se ampara al asegurado, Fiduagraria, por la responsabilidad legal frente a terceros, siempre que el reclamo cumpla con los siguientes requisitos:**

- i) Ser para compensación de daños, incluyendo tal indemnización los costos del reclamante y los costos y gastos de defensa aprobados del asegurado; y
- ii) Ser hecho por primera vez contra el asegurado durante la vigencia de la póliza; y
- iii) Ser por pérdidas financieras causadas por un acto, error u omisión, negligentes, por parte de un administrador o empleado del asegurado; y
- iv) Surja del curso ordinario de la prestación por parte del asegurado de los servicios financieros descritos en el formulario de solicitud; y
- v) No sea instaurado ni total ni parcialmente dentro de los Estados Unidos de América y/o Canadá; y
- vi) No se desprenda de un acto, error ni omisión negligentes, que fue, pudiera haber sido o se suponga que ha sido cometido u omitido (lo que

²⁷⁰ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

fuere del caso) total o parcialmente dentro de los Estados Unidos de América y/o Canadá; y

- vii) No sea relacione con un acto, error ni omisión negligentes que fue, pudiera haber sido o se suponga que ha sido cometido u omitido (lo que fuere del caso) antes de la fecha retroactiva especificada en la carátula de la póliza.

Acorde con lo anterior, se reitera que la reclamación se formuló por parte de la CIFM como tercero afectado frente a Fidagraria como responsable profesional por los actos negligentes cometidos en el ejercicio de su actividad como liquidador, con la solicitud de conciliación o con la demanda instaurada contra la Aseguradora y el asegurado, hechos que ocurrieron en vigencia del seguro.

2.5. El reclamo hecho por el tercero al asegurado, Fidagraria

En los términos previstos en el clausulado general mencionado, **se considera hecho un reclamo de un tercero por primera vez al asegurado durante el período de la póliza, cuando:**

- a) **Reciba una demanda escrita** por daños del tipo cubierto por esta póliza, incluyendo la contestación del pleito o la institución de procedimientos legales o arbitraje; o
- b) **Se entere de la intención de cualquier persona de instaurar tal demanda contra él;** o
- c) Se entere de cualquier hecho, circunstancia o acontecimiento del cual pudiera pensarse razonablemente que pudiera dar origen a tal demanda en algún momento futuro²⁷¹.

Así las cosas, en el presente caso se cumple el presupuesto fundamental para la existencia de cobertura en la póliza de responsabilidad civil profesional otorgada por Axa bajo la modalidad de *claims made*, pues el reclamo fue formulado con la solicitud de conciliación o con la demanda instaurada contra la Aseguradora y el asegurado en vigencia de la misma

²⁷¹ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

2.6. Definición de Administradores y empleados

Conforme con lo establecido en el clausulado general mencionado, Administradores y Empleados significará:

- A) “Los administradores del asegurado y también cualquier empleado de tiempo parcial o total que esté como empleado (incluyendo un director del asegurado que esté empleado como administrador, o cualquier otro asalariado) mientras que se encuentre actuando el curso ordinario de su empleo con el asegurado, y
- B) **Un director del asegurado (diferente del que está empleado como administrador u otro empleado asalariado) pero sólo mientras que esté ejecutando actos que caigan dentro del campo de acción de los deberes usuales de un administrador o empleado y no mientras esté actuando en ninguna otra condición.**

Y para evitar cualquier duda, no incluirá agentes o consultores o subcontratistas o asesores profesionales independientes”²⁷².

Con fundamento en las referidas estipulaciones contractuales se tiene que el propósito de la cobertura otorgada mediante la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Responsabilidad Civil Profesional de Entidades Financieras, es amparar las pérdidas que se deriven de actos u omisiones negligentes por parte de un administrador y/o director del asegurado, Fiduciaria, que sean reclamadas por un tercero, por primera vez, en vigencia de la póliza.

Bajo tales presupuestos, que desarrollaremos particularmente más adelante, tenemos que el Axa debe proceder al pago de la prestación asegurada, dentro del **límite del valor asegurado**, en la medida en que la CIFM, en su calidad de tercero, formuló la reclamación²⁷³ por primera vez, cuando presentó la solicitud de conciliación el **27 de diciembre de 2007** o bien el **9 de abril de 2008**²⁷⁴, **cuando le fue notificada la demanda a Fiduciaria y a Axa**, en vigencia de la póliza en la medida en que la misma fue expedida para el período comprendido entre el 31 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2008 y posteriormente prorrogada desde el 31 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009, por las pérdidas financieras

²⁷² Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

²⁷³ Fls. 1-50 del Cuaderno Principal No. 1

²⁷⁴ Fls. 99-102 del Cuaderno Principal No. 1

causadas por las actuaciones negligentes de su director, Oscar Antonio Hernández Gómez, en ejercicio de sus funciones con liquidador, actividad propia del objeto social²⁷⁵ del asegurado Fiduagraria, por expresa autorización otorgada por el artículo 163²⁷⁶ de la Ley 222 de 1995.

Según lo dispuesto en el precitado artículo, en este caso, el liquidador de la CIFM es Fiduagraria, en su calidad de persona jurídica que actúa como administrador de los bienes del sujeto del proceso de liquidación judicial, así como representante legal de la persona jurídica sometida a este proceso y debe cumplir las cargas, deberes y responsabilidades propias de los administradores de conformidad con las normas vigentes, así como las de auxiliar de la justicia, y que la persona natural que en su nombre desarrolló las funciones de liquidador, para estos efectos debe acreditar su vínculo con la persona jurídica, ser inscrito y designado por ella, para el cabal cumplimiento de sus funciones, luego actúa claramente como dependiente de la misma, con carácter de director.

Y es claro, además, porque los actos de la persona natural designada por la persona jurídica que fue nombrada liquidador son los que dan pie a la responsabilidad del liquidador de acuerdo con las disposiciones del Código de comercio, en concreto su artículo 255, que determina así la responsabilidad del liquidador: “Los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.”

La posible responsabilidad de Fiduagraria, como liquidador, se determinó cuando esta entidad fue reemplazada en tal cargo, en el año 2007 y el nuevo liquidador pudo detectar las múltiples irregularidades que dan origen a la responsabilidad que se imputa a la Fiduciaria y son la causa de esta demanda en su contra.

Se concluye de lo anterior que no se presentó con anterioridad modalidad alguna de reclamo en la forma prevista en el seguro, el cual se formula como consecuencia de los actos y omisiones negligentes del señor Oscar Antonio Hernández Gómez, quien para todos los efectos de la póliza funge como director de la asegurada, es decir, de Fiduagraria.

²⁷⁵ Según consta en su certificado de existencia y representación legal “EL OBJETO SOCIAL DE FIDUAGRARIA SERA, (sic) EL DESARROLLO DE NEGOCIOS Y SERVICIOS FIDUCIARIOS EN GENERAL (...)”. Prueba Documental X.

²⁷⁶ “ARTÍCULO 163. REQUISITOS. (...) PARAGRAFO. Podrán ser designados como liquidadores, las sociedades fiduciarias, las sociedades y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea asesoría en la recuperación y liquidación de empresas. Pero en todo caso, deberán designar la persona o personas naturales que en su nombre ejecutarán el encargo.” (Se destaca).

3. Con respeto a la responsabilidad de Axa e improcedencia de las excepciones propuestas por dicha aseguradora.

De las relacionadas con el fondo del litigio

3.1. Improcedencia de la excepción de Inexistencia de responsabilidad atribuible a Fiduagraria

Contrario a lo que sostiene el apoderado de Axa, y tal y como se ha probado y explicado en extenso en el Capítulo II “HECHOS PROBADOS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS APLICABLES AL CASO” se encuentra debidamente probado dentro del proceso, según se refirió en el recuento precedente, que la demandada Fiduagraria, a través de su representante, señor Oscar Antonio Hernández Gómez, quien para efectos de la póliza ostenta el cargo de Director, actuó de manera negligente, generando con ello graves perjuicios a la CFIM, todo lo cual se ve materializado en los actos ya referidos en el presente escrito y que resumimos, así: i) incumplimiento en el pago de las mesadas pensionales en la liquidación de la CIFM, ii) negligencia en la terminación de los contratos laborales, iii) indebida liquidación de aportes a la seguridad social tras el reintegro de los 18 marinos; iv) pago de aportes a la seguridad social sin sujeción a los parámetros fijados en la normatividad, v) contratación no autorizada y sin contrato de abogados, vi) uso desmedido del celular, viii) indebida contratación de Setecsa, ix) indebida defensa de los intereses de la CIFM frente a las reclamaciones administrativas en Ecuador.

Debemos señalar que la responsabilidad en cabeza de Fiduagraria, se encuentra amparada por la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, en la medida en que se generaron pérdidas financieras a la CIFM, causadas por un acto, error u omisión, negligentes, por parte de un administrador o empleado del asegurado, que de acuerdo con la definición de la Póliza, se trata de “Un director del asegurado (diferente del que está empleado como administrador u otro empleado asalariado) pero sólo mientras que esté ejecutando actos que caigan dentro del campo de acción de los deberes usuales de un administrador o empleado y no mientras esté actuando en ninguna otra condición.”²⁷⁷

3.2. Caducidad del medio de control de reparación directa

²⁷⁷ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1

Con respecto a la referida excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, debemos reiterar lo manifestado en el capítulo III, numeral 1, del presente escrito, en el sentido de que no operó la caducidad parcial de la acción, en la medida en que el término de caducidad es de 5 años, por ser la norma especial aplicable a la responsabilidad del liquidador.

En cualquier caso, como ya se ha señalado y para que no exista asomo de duda alguna, se debe tener en consideración que: i) la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 27 de diciembre de 2007 y la audiencia se llevó a cabo el 19 de enero de 2008; y ii) la demanda fue presentada el 14 de febrero de 2008, notificada dentro de la oportunidad legal, esto es, el 9 de abril de 2008²⁷⁸, de modo, que la acción fue oportunamente ejercida conforme con lo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la ley 794 de 2003, norma vigente para la época en que se inició la acción. Reiteramos, que la CIFM, solo con ocasión de la designación del nuevo liquidador pudo evidenciar las negligencias, graves irregularidades e incumplimientos de deberes en que incurrió Fidagraria, y que la renuncia del mismo fue presentada el 22 de marzo de 2007 y aprobada el 6 de junio de 2007 por la SuperSociedades.

3.3. Falta de legitimación en la causa por activa respecto del reclamo de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social.

El apoderado de Axa señala, en términos generales, que se deben “... desestimar la totalidad de las pretensiones en las que se busque obtener rubro alguno por concepto de prestaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud y pensiones, por cuanto las únicas personas legalmente habilitadas para el efecto son los trabajadores o pensionados presuntamente afectados, las distintas entidades administradoras de los fondos respectivos y en el caso de sustituciones pensionales, su núcleo familiar”.

Tal excepción no tiene fundamento alguno, en la medida en que lo que se está reclamando es el pago de los perjuicios causados por el liquidador designado por Fidagraria, generados a la CIFM, entre otros, por la indebida liquidación de los aportes a la seguridad social y los relativos a la no afiliación al sistema de seguridad social en salud de los pensionados y no realización oportuna de descuentos, que implico que la CIFM asumiera costos asociados a: i) los aportes a la seguridad social (pensión y salud) tras el reintegro de los 18 ex marinos, omitidos que corresponden a los ciclos comprendidos desde agosto de 2000 hasta septiembre de 2005, tal

²⁷⁸ Fls. 99-100 del Cuaderno Principal No. 1

como lo indica el numeral cuarto de la Resolución No 010834 de 26 de enero de 2009 del ISS y ii) a la omisión de Fiduagraria al realizar las afiliaciones respectivas de sus pensionados y no efectuar los respectivos descuentos en los pagos de las mesadas pensionales, que se traducen en perjuicios económicos para lo cual se encuentra debidamente legitimada, sin perjuicio de las acciones que instauren otros terceros afectados.

Cabe advertir que las acciones que otras personas, naturales o jurídicas, pueden ejercer por los perjuicios causados, son concurrentes, no excluyentes, al punto de excluir la legitimación para demandar por activa, pues las conductas desplegadas por el liquidador pueden afectar, de manera simultánea a varias personas.

3.4. Improcedencia de la excepción denominada “EN TODO CASO, EL ÚNICO LLAMADO A RESPONDER ES EL GARANTE EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 165 DE LA LEY 222 DE 1995”

La referida excepción no tiene vocación de prosperidad en la medida en que la caución constituida por parte del liquidador para responder de su gestión y de los perjuicios que con ella irroque, en los términos del artículo 165 de la ley 222 de 1995, no es la llamada a afectar por los daños causados a la CIFM como consecuencia de una acción u omisión negligente en el ejercicio de su actividad profesional, fundamento de la presente acción.

En efecto, La Póliza de Manejo No. 1002291 expedida por La Previsora, fue constituida por Fiduagraria a favor de la CIFM, pero la misma tiene por objeto amparar los perjuicios que pudiera ocasionar en su gestión como liquidador, derivados de la comisión de conductas punibles, tales como, hurto, hurto calificado, abuso de confianza, falsedad y estafa.

En este orden de ideas, se tiene que los perjuicios derivados de la actuación negligente del liquidador designado por Fiduagraria, no se encuentran amparados y no pueden ser reclamados en virtud del mencionado contrato de seguro, pues los eventos que cubre son fundamentalmente de carácter doloso. En la presente acción se invocan como sustento de la misma el proceder culposo y negligente en que el liquidador incurrió.

Excepciones relacionadas con el contrato de seguro No. 8001000152

3.5. Improcedencia de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa para reclamar cualquier prestación derivada del contrato de seguro No. 8001000152

El apoderado de Axa alega que la CIFM no es beneficiaria, asegurada ni tomadora de la póliza y, en consecuencia, solamente Fiduagraria, en su calidad de beneficiaria del mismo, es la única persona que se encuentra legitimada para exigir en un proceso judicial el cumplimiento del contrato de seguro.

Tal afirmación desconoce la naturaleza y alcance de la póliza de responsabilidad civil en la medida que este es un seguro a favor de terceros, acorde con lo estatuido en el artículo 1133 del Código de Comercio, que a la letra dice:

“En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.”

Sobre la finalidad propia del seguro de responsabilidad civil, la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de manera consistente, señalando:

“Con la reforma introducida por la ley 45 de 1990, cuya ratio legis, como ab-initio se expuso, reside primordialmente en la defensa del interés de los damnificados con el hecho dañoso del asegurado, a la función primitivamente asignada al seguro de responsabilidad civil se aunó, delantera y directamente, la de resarcir a la víctima del hecho dañoso, objetivo por razón del cual se le instituyó como beneficiaria de la indemnización y en tal calidad, como titular del derecho que surge por la realización del riesgo asegurado, o sea que se radicó en el damnificado el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, confiriéndole el derecho de reclamarle directamente la indemnización del daño sufrido como consecuencia de la culpa del asegurado, por ser el acreedor de la susodicha prestación, e imponiendo correlativamente al asegurador la obligación de abonársela, al concretarse el riesgo previsto en el contrato...” (negrilla por fuera del texto original).

Acorde con lo anterior, la víctima de un hecho dañoso constitutivo de responsabilidad civil puede ejercer sus acciones ya sea contra el responsable en virtud de las normas que regulan la materia en el Código Civil y en contra del asegurador para obtener el reconocimiento y pago de la prestación asegurada.

Por lo expuesto, es claro que la CIFM en su calidad de tercero se encuentra legitimada para reclamar la indemnización en los términos pactados en el seguro de Manejo Global bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Responsabilidad Civil Profesional Texto 2273.

3.6. Improcedencia de la excepción de no realización del riesgo asegurado y por lo tanto no existe obligación indemnizatoria a cargo de Axa.

Sobre la particular, se indica, en términos generales, que en el presente caso no se reúnen los requisitos de la responsabilidad de la entidad financiera, por cuanto únicamente se vislumbra un actuar diligente y prudente de la fiduciaria.

Tal como se encuentra plenamente probado en el proceso, la desatención de las obligaciones y deberes profesionales del liquidador designado por Fiduagraria repercutieron gravemente en el patrimonio de la CIFM, generándole importantes perjuicios, que le fueron reclamadas tanto a la aseguradora como a su asegurado en vigencia de la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Indemnización Profesional, en virtud del cual la responsabilidad queda demarcada en función de la actividad profesional propia de Fiduagraria, que ha sido cubierta por la ocurrencia de pérdidas como consecuencia de negligencia, error u omisión de administradores o empleados del asegurado.

Por ende, y en la medida en que se realizó el riesgo asegurado, Axa está obligada en los términos del contrato de seguro otorgado a proceder al reconocimiento y pago de la indemnización por las pérdidas padecidas por la CIFM como consecuencia del actuar negligente del señor Oscar Antonio Hernández Gómez, quien, en representación de Fiduagraria, fungió como liquidador.

La conducta negligente del liquidador designado por Fiduagraria generó perjuicios a la CIFM que deben ser indemnizadas por Axa con fundamento en el seguro otorgado.

3.7. Improcedencia de la excepción de falta de cobertura temporal del contrato de seguro

En términos generales se indica que la vigencia temporal del referido seguro "... inició el 31 de enero de 2007 y finalizó el 31 de enero de 2008, es decir, si el descubrimiento o el acaecimiento de los hechos se presentaron por fuera del mencionado período, es claro que mi procurada no tendrá obligación alguna de indemnizar...".

Sobre el particular, debe señalarse que el descubrimiento de pérdidas sufridas durante la vigencia del contrato solo resulta aplicable al amparo básico de infidelidad y no al de indemnización profesional que, se reitera, tiene por objeto amparar la responsabilidad legal del asegurado, Fiduagraria, por reclamos formulados por terceros hechos por primera vez durante el período de vigencia de la póliza previsto para la vigencia comprendida entre el 31 de enero de 2007 y el 31 de enero de 2008.

De igual forma, debe precisarse que tal como se encuentra acreditado en el proceso, la vigencia de la póliza se extendió por un año más a partir del 31 de enero de 2008 y hasta el 31 de enero de 2009. Por ello, conforme con lo pactado bajo el amparo de indemnización profesional, se formuló la respectiva reclamación por parte de la CIFM, esto es, el **27 de diciembre de 2007**, con la solicitud de conciliación o bien con la demanda, el **9 de abril de 2008**²⁷⁹, fecha en que le fue notificada a Fiduagraria y a Axa.

En este orden de ideas, la excepción propuesta de falta cobertura temporal debe ser desestimada.

3.8. Improcedencia de la excepción de falta de cobertura temporal del amparo de indemnización profesional del contrato de seguro.

Se argumenta que el amparo de indemnización profesional tiene una cobertura en la cual únicamente se cubrirán reclamos que hayan ocurrido durante la vigencia de la póliza, esto es, reclamos que haya recibido Axa durante el 31 de enero de 2007 y el 31 de enero de 2008. Se afirma que no existe cobertura temporal por cuanto el único reclamo que obra en el plenario, es la solicitud de conciliación de fecha “27 de diciembre de 2008(sic)”²⁸⁰.

Tal como se señaló en numeral 3.7. anterior, se encuentra acreditado en el proceso, que la vigencia de la póliza se previó para el **31 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2008**, y extendió por un año más a partir del 31 de enero de 2008 y hasta el 31 de enero de 2009, período dentro del cual, conforme con lo pactado bajo el amparo de indemnización profesional, se formuló la respectiva reclamación por parte de la CIFM, esto es, el **27 de diciembre de 2007**, con la solicitud de

²⁷⁹ Fls. 99-102 del Cuaderno Principal No. 1

²⁸⁰ Fls. 566-644 del Cuaderno Principal No. 4

conciliación o si no con la demanda, el **9 de abril de 2008**²⁸¹, fecha en que le fue notificada a Fiduagraria y a Axa,

En este orden de ideas, la excepción propuesta de falta cobertura temporal del amparo de indemnización profesional debe ser desestimada.

3.9. Improcedencia de la excepción de falta de cobertura como consecuencia de la fecha de retroactividad y limitación de descubrimiento.

Se argumenta que conforme con lo pactado en el contrato de seguro Axa no será responsable con respecto a un reclamo que surja en relación con alguna circunstancia o evento conocido por el asegurado antes de la fecha de entrada en vigencia de la póliza, y tomando en consideración que la mayor parte de los hechos tienen una fecha anterior al 31 de enero de 2007, no puede exigirse prestación alguna respecto a Axa.

Se ha explicado con suficiencia que la cobertura bajo la cual se otorgó la póliza es por reclamación formulada por el tercero al Asegurado y que en el contrato de seguro que nos convoca la fecha de retroactividad o de ocurrencia de los hechos fue eliminada.

También se ha puesto de presente y aparece claro en los hechos que las actuaciones negligentes en que incurrió el liquidador designado por Fiduagraria, solo fueron advertidas por la CIFM con la designación del nuevo liquidador, Felipe Negret Mosquera, quien fue designado por la Superintendencia de Sociedades el 12 de junio de 2007, y empezó a ejercer sus funciones desde el 8 de agosto de 2007, es decir, que dichos actos negligente generadores de responsabilidad solo fueron conocidos por el tercero afectado la CIFM con posterioridad a la expedición de la póliza para el período comprendido entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008, vigencia que prorrogada por un año más, a partir del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009.

3.10. Improcedencia de la excepción de que la aseguradora no puede ser responsable por hechos pretéritos.

El apoderado de Axa señala que, dado que la mayoría de los hechos narrados por la demandante ocurrieron con anterioridad al 31 de enero de 2007, esto es, la fecha

²⁸¹ Fls. 99-102 del Cuaderno Principal No. 1

de vigencia del seguro debe darse aplicación al inciso segundo del artículo 1073 del Código de Comercio que establece que sí el siniestro "... inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro".

Tal excepción no tiene vocación de prosperidad pues desconoce el alcance de los términos del amparo de Responsabilidad Civil Profesional para Entidades Financieras otorgado bajo a Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, en la medida en que acorde con la pactado en la misma, el siniestro se presenta cuando se efectúa un reclamo, formulado por primera vez por parte de un tercero en vigencia de la póliza.

Sobre el particular, y tal como ya se expuso, en las pólizas de responsabilidad civil contratadas bajo la modalidad claims made, **el siniestro debe entenderse configurado por la formulación del reclamo de responsabilidad por parte del tercero afectado (víctima) durante la vigencia de la póliza.**

Por ende, el Despacho debe tener en cuenta que en el presente caso el siniestro, que lo constituye el reclamo del tercero, se presentó al formular la CIFM la solicitud de conciliación el día 27 de diciembre de 2007 o si no al instaurar la demanda contra Fidagraria el pasado 14 de febrero de 2008²⁸² y a notificarla el 9 de abril de 2008, dentro de la vigencia de la póliza comprendida entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008, prorrogada para el 31 de enero de 2008 al 31 de enero de 2009 y que los hechos que dieron lugar a establecer la responsabilidad de Fidagraria, esto es los actos u omisiones negligentes por parte del liquidador designado por Fidagraria, que ocasionaron pérdidas a la CIFM, fueron detectados, para efectos de ese reclamo, también durante la vigencia de dicha póliza.

3.11. Improcedencia de la garantía, nulidad del contrato de seguro por aplicación del artículo 1061 del Código de Comercio.

Se indica que Fidagraria no realizó ningún tipo de auditoría contable o financiera respecto de la gestión del señor Hernández Gómez, por ende, se deberá dar aplicación al artículo 1061 del C.Co., y declarar la nulidad del contrato de seguro, como consecuencia del incumplimiento por parte del asegurado en la ejecución de la garantía contemplada en el literal a) Sección IV de las condiciones generales

²⁸² Fls. 1-50 del Cuaderno Principal No. 1

Tal excepción debe ser desestimada, comoquiera que la garantía o compromiso que adquirió el asegurado, Fiduagraria, es el de llevar a cabo una auditoría interna y una revisión contable de su oficina principal, todas sus sucursales y/o agencias por lo menos una vez al año.

Es claro que la garantía pactada es la de realizar una auditoría interna y una revisión contable a la oficina principal, sucursales y/o agencias del asegurado, y no propiamente respecto de la gestión encomendada al liquidador designado por Fiduagraria.

3.12. Improcedencia de la excepción respecto de las exclusiones pactadas en el contrato de seguro.

Las pérdidas sufridas por la CIFM derivadas de los actos u omisiones negligentes por parte del liquidador designado por Fiduagraria, se encuentran cubiertas a la luz de lo previsto en la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Responsabilidad Civil Profesional, otorgada por Axa, reiterando que el reclamo se formulo por primera vez, en vigencia de la póliza, mediante la presentación de la solicitud de conciliación el 27 de diciembre de 2007 o si no con la demanda instaurada y notificada a Fiduagraria y a Axa el 9 de abril de 2008²⁸³, sin que resulte aplicable exclusión alguna.

La exclusión relativa a hechos o circunstancias conocidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la póliza, esto antes, del 31 de enero de 2007, no tiene aplicación frente al reclamo formulado por la CIFM, pues se reitera que los actos negligentes en que incurrió el designado por Fiduagraria, fueron advertidos por el nuevo liquidador, Felipe Negret Mosquera, quien fue designado por la Superintendencia de Sociedades el 12 de junio de 2007, y empezó a ejercer sus funciones desde el 8 de agosto de 2007, es decir, que dichos actos negligentes solo fueron conocidos con posterioridad a la expedición de la póliza para el período comprendido entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008.

Huelga reiterar que, con anterioridad, no existían reclamaciones por actos atribuidos a Fiduagraria en su calidad de liquidador derivada de conductas imputables a quien designó para ejercer esta función como tampoco reclamos en su contra fundados en su responsabilidad como liquidador, ni acciones de terceros que hicieran previsible este tipo de demandas, aun cuando existieran otras acciones judiciales

²⁸³ Fls. 99-102 del Cuaderno Principal No. 1

que fueron atendidas por el liquidador pues actuaba en representación de la CIFM por la naturaleza de la representación legal que ejercía respecto de ella.

De esas acciones legales en curso no se pueden presumir posibles demandas contra el liquidador Fiduagraria derivadas de su responsabilidad, pues en materia de liquidación son comunes las acciones judiciales para que se reconozcan obligaciones y créditos de terceros por parte de la liquidada, sin que se establezca como requisito para su procedencia la responsabilidad del liquidador.

3.13. Improcedencia de la excepción de falta de cobertura por cuenta el reclamo de la CIFM no cumple con los lineamientos del condicionado general del contrato de seguro.

El apoderado de Axa señala que Fiduagraria, tras todas las reclamaciones instauradas tanto por parte de los acreedores de la liquidación, como por el ahora liquidador, podía razonablemente pensar que se iba a dar inicio a un proceso judicial en contra suya, y en tal virtud, conforme con lo pactado en el seguro, no es jurídicamente viable reclamar prestación alguna respecto de la aseguradora.

Como lo advertimos en el numeral 3.12. anterior, de las reclamaciones instauradas por parte de los acreedores de la liquidación no se pueden presumir posibles demandas contra el liquidador derivadas de su responsabilidad, pues en materia de liquidación son comunes las acciones judiciales para que se reconozcan obligaciones y créditos de terceros por parte de la liquidada, sin que se establezca como requisito para su procedencia la responsabilidad del liquidador.

Por lo anterior, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

3.14. Improcedencia de la excepción de nulidad del contrato de seguro como consecuencia de la reticencia del asegurado.

Se alega que se encuentra probada la nulidad del contrato de seguro, como consecuencia de la reticencia del asegurado, por cuando Fiduagraria no detalló completamente las actividades desempeñadas, como la de liquidador, y omitió información relevante al momento de solicitar la cobertura.

Sobre el particular, debe señalarse que las circunstancias descritas no tienen la virtualidad de viciar de nulidad el contrato de seguro, por cuanto, como ya se advirtió, la función de liquidador de Fiduagraria constituye un acto propio de su



objeto social²⁸⁴, por expresa autorización conferida por el artículo 163²⁸⁵ de la Ley 222 de 1995, consistente en que las sociedades fiduciarias pueden ser designadas como liquidadoras, por lo cual ha de entenderse que el asegurado sí informó a la Aseguradora sobre las actividades para las cuales se encuentra habilitada para desarrollar.

Adicionalmente, debe señalarse, nuevamente, que las actuaciones negligentes en que incurrió el designado por Fiduagraria, fueron advertidas por el nuevo liquidador, Felipe Negret Mosquera, quien fue designado por la Superintendencia de Sociedades el 12 de junio de 2007, y empezó a ejercer sus funciones desde el 8 de agosto de 2007, es decir, que dichos actos solo fueron conocidos con posterioridad a la expedición de la póliza para el período comprendido entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008, vigencia extendida por un año más a partir del 31 de enero de 2008 al 31 de enero de 2009.

3.15. Improcedencia de la excepción sobre la facultad de Axa de retener la prima a título de pena como consecuencia de la declaratoria de la reticencia del contrato de seguro.

Se afirma que el evento de acreditarse que Fiduagraria fue reticente debido a que el momento de su inclusión en el contrato de seguro omitió declarar sinceramente el estado del riesgo, Axa tiene derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.

Acorde con lo expuesto en el numeral 3.14. anterior, y en la medida en que se encuentra acreditado que el asegurado, Fiduagraria, no fue reticente al momento de contratar el Seguro Global Bancario No. 8001000152 y que el referido contrato no reviste nulidad alguna, no resulta procedente la retención de la prima propuesta por la aseguradora.

3.16. Con respecto a la aplicación de las condiciones generales del contrato de seguro relacionadas con la coexistencia de seguros.

²⁸⁴ Según consta en su certificado de existencia y representación legal “EL OBJETO SOCIAL DE FIDUAGRARIA SERA, (sic) EL DESARROLLO DE NEGOCIOS Y SERVICIOS FIDUCIARIOS EN GENERAL (...)”. Prueba Documental X.

²⁸⁵ “ARTÍCULO 163. REQUISITOS. (...) PARAGRAFO. Podrán ser designados como liquidadores, las sociedades fiduciarias, las sociedades y personas jurídicas debidamente constituidas cuyo objeto sea asesoría en la recuperación y liquidación de empresas. Pero en todo caso, deberán designar la persona o personas naturales que en su nombre ejecutarán el encargo.” (Se destaca).

Sobre el particular, debe advertirse que, si bien los seguros otorgados por Axa y Chubb presentan identidad de asegurado, de interés y riesgo asegurado, en los términos previstos en el artículo 1094 del Código de Comercio²⁸⁶, también lo es que el expedido por ésta última no se encontraba vigente para la fecha en que la CIFM formuló el reclamo en vigencia de la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Responsabilidad Profesional de Entidades Financieras.

De otro lado, no se puede predicar coexistencia de seguros con respecto a las Pólizas de Responsabilidad de Directores y Administradores expedidas por Zurich y Mapfre, en la medida en que el objeto de estas, como ya se dijo, es amparar el riesgo de responsabilidad civil personal de los directores y administradores del asegurado en el ejercicio de sus funciones, y no los riesgos de responsabilidad civil profesional del propio asegurado en el ejercicio de sus actividades como tal, el cual, como ya se dijo, supone la actuación de sus funcionarios y empleados, entre ellos quienes, con o sin representación, dirigen y/o administran, en forma individual o colegiada, a la persona jurídica asegurada.

Conclusión de lo anterior es que en la cobertura de Directores y Administradores lo que se busca es proteger el patrimonio personal de los directores y administradores de una sociedad, o, en general, de una persona jurídica, en los eventos en que éstos puedan ser demandados, como personas naturales, en acciones de responsabilidad civil que se originen en conductas activas u omisivas que dichos directores y administradores hayan desarrollado en ejercicio de sus funciones como empleados o directores de la persona jurídica²⁸⁷.

Por lo expuesto, la referida excepción de coexistencia de seguros debe ser desestimada.

3.17. Con respecto a la aplicación de deducible pactado

²⁸⁶ Artículo 1094. Pluralidad o coexistencia de seguros-condiciones, del Código de Comercio. “Hay pluralidad o coexistencia de seguros cuando éstos reúnan las condiciones siguientes:

- 1) Diversidad de aseguradores;
- 2) Identidad de asegurado;
- 3) Identidad de interés asegurado, y
- 4) Identidad de riesgo”.

²⁸⁷ Uribe Lozada, Nicolás. (2013). El régimen general de responsabilidad de los administradores de sociedades y su aseguramiento. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibáñez.

El Seguro de Manejo Global Bancario No. 8001000152, para el amparo de Indemnización Profesional Texto NMA 2273, tiene previsto un deducible de \$400.000.000 para toda y cada pérdida, que deberá ser descontado sobre el valor total de los perjuicios patrimoniales sufridos como consecuencia de la materialización del riesgo amparado, los cuales fueron probados en su integridad por la CIFM en el curso del proceso.

Se advierte que, en todo caso, el asegurado, Fiduagraria, deberá asumir el deducible o su participación en dicha pérdida²⁸⁸ en favor de la CIFM, acorde con lo pactado en el mencionado contrato de seguro.

3.18. Sobre la procedencia de la solicitud del pago de los intereses moratorios.

Los intereses moratorios reclamados son procedentes y deben ser reconocidos y pagados por Axa, porque como se ha probado el siniestro fue acreditado judicialmente con la presentación de la demanda el 14 de febrero de 2008²⁸⁹ y su notificación del 8 de abril de 2008²⁹⁰.

En consideración a lo expuesto se solicita declarar que el reclamo formulado por la CIFM es un evento amparado por la cobertura de Indemnización Profesional Texto 2273 del Seguro de Manejo Global Bancario No. 8001000152 y condenar a Axa al pago de los perjuicios patrimoniales sufridos como consecuencia de la materialización del riesgo amparado, los cuales fueron probados en su integridad por la CIFM, así como al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida vencido el mes contado desde la fecha de radicación de la demanda, 14 de marzo de 2008, y hasta la fecha en que se verifique el pago, conforme con lo previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio²⁹¹.

²⁸⁸ Artículo 1103, Deducible, del Código de Comercio, que a la letra dice: “Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original”.

²⁸⁹ Fls. 1-50 del Cuaderno Principal No. 1

²⁹⁰ Fls. 99-100 del Cuaderno Principal No. 1

²⁹¹ Artículo 1080. Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios, del Código de Comercio: “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. **Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad**”. (negrilla por fuera del texto original).

3.19. Improcedencia de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

Tal como ya se expuso, la disposición que regula la prescripción de las acciones y derechos derivados del seguro de responsabilidad civil profesional contratado bajo la modalidad claims made es el artículo 1081 del Código de Comercio, en concordancia con la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 1131 de dicho estatuto para este caso.

Así las cosas, el término de prescripción en las pólizas otorgadas bajo la modalidad claims made debe contabilizarse a partir de la fecha en que el tercero afectado formuló **reclamación** al asegurado o a la aseguradora, pues es dicha actuación la que constituye el siniestro en esta tipología de seguros²⁹².

Retomando la definición de reclamo que contiene la póliza es claro que aplica la que se refiere al primero de los tres eventos previstos, esto es, cuando el asegurado **“Reciba una demanda escrita** por daños del tipo cubierto por esta póliza, incluyendo la contestación del pleito o la institución de procedimientos legales o arbitraje” o, en su defecto, cuando **“Se entere de la intención de cualquier persona de instaurar tal demanda contra él”**.

En este orden de ideas, y como quiera que el seguro otorgado por Axa bajo la modalidad claims made establece que el reclamo se entiende formulado cuando el asegurado se entere de la intención de cualquier persona de instaurar una demanda en su contra o cuando reciba la demanda escrita, se tiene que la acción derivada del contrato de seguro se ejerció dentro de los dos años previstos legalmente, en la medida en que la **reclamación** la formuló la CIFM por primera vez en vigencia de la póliza, con la presentación de solicitud de conciliación el **27 de diciembre de 2007** o cuando se instauró la demanda, lo que aconteció el **14 de febrero de 2008**²⁹³.

Ahora bien, en virtud de la presentación de la solicitud de conciliación se entiende suspendido el término prescriptivo y con la formulación de la demanda judicial se

²⁹² “En las cláusulas claims made el siniestro lo constituye la reclamación del afectado, lo cual por regla general habrá de surtirse durante el período de vigencia del contrato. Tal reclamación podrá ser judicial o extrajudicial”. Díaz-Granados, Juan Manuel. (2012). El seguro de responsabilidad. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario y Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

²⁹³ Fls. 1-50 del Cuaderno Principal No. 1

interrumpe el mismo según lo preceptuado en el artículo 2539 del Código Civil, para lo cual, se hace indispensable que se surta la notificación del auto admisorio de la misma pues antes de este acto no ha nacido la relación jurídico procesal.

Mediante la reforma introducida al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil por el artículo 10 de la ley 794 de 2003, se subrogó el texto inicial de aquel, norma vigente para época de los hechos, para regular no solo la interrupción de la prescripción sino, también la inoperancia de la caducidad y la constitución en mora cuando así lo exija la ley.

En cuanto a la interrupción del término para la prescripción y la inoperancia de la caducidad para impedir que esta última se consumare, dispuso el referido texto legal que la presentación de la demanda produciría esos efectos “siempre que el auto admisorio de aquélla, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”.

En cumplimiento del referido precepto legal, una vez admitida la demanda mediante auto del 21 de febrero de 2008, notificado por estado del 26 del mismo mes y año, se surtió la notificación a Axa el **9 de abril de 2008**²⁹⁴.

Conforme con lo expuesto, la excepción de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro no está llamada a prosperar, en la medida en que la CIFM formuló la solicitud de conciliación extrajudicial y, posteriormente, instauró la demanda y la notificó dentro del término previsto legalmente.

4. Cuantía de la pérdida sufrida por la CIFM que debe ser indemnizada por Axa en los términos previstos en el Seguro de Manejo Global Bancario No. 8001000152, amparo de Indemnización Profesional NMA 2273.

Las pérdidas sufridas por la CIFM derivadas de los actos u omisiones negligentes por parte del liquidador designado por Fiduagraria, se encuentran amparadas en los precisos términos pactados en la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Responsabilidad Civil Profesional, otorgada por Axa, reiterando que el reclamo se formuló por primera vez, en vigencia de la póliza, mediante la presentación de la solicitud de conciliación el 27 de diciembre de 2007

²⁹⁴ Fls. 99-100 del Cuaderno Principal No. 1

o si no con la demanda instaurada y notificada a Fiduagraria y a Axa el **9 de abril de 2008**²⁹⁵.

En la mencionada demanda se pretende el reconocimiento de las pérdidas financieras causadas por el actuar negligente del señor Oscar Antonio Hernández Gómez, en su calidad de director del asegurado mientras se desempeñó como liquidador, designado por parte de Fiduagraria, quien se encuentra habilitada legalmente para cumplir la referida función de liquidadora, uno de los actos propios de su objeto social.

Los actos negligentes en que incurrió el designado por Fiduagraria, fueron advertidos por el nuevo liquidador, Felipe Negret Mosquera, quien fue designado por la Superintendencia de Sociedades el 12 de junio de 2007, y empezó a ejercer sus funciones desde el 8 de agosto de 2007, es decir, que dichos actos negligentes solo fueron conocidos con posterioridad a la expedición de la póliza para el período comprendido entre el 31 de enero de 2007 al 31 de enero de 2008.

Por lo anterior, y en la medida en que el reclamo se ajusta a los términos previstos en la Póliza de Manejo Global Bancario No. 8001000152, bajo el amparo de Indemnización Profesional NMA 2273²⁹⁶, Axa debe proceder al reconocimiento y pago de la prestación asegurada a favor de la CIFM, junto con los respectivos intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida vencido el mes contado desde la fecha de presentación de la solicitud de conciliación, 27 de enero de 2008, o de la radicación de la demanda, 14 de marzo de 2008, y hasta la fecha en que se verifique el pago, conforme con lo previsto en el artículo 1080 del Código de Comercio²⁹⁷.

Dichas pérdidas financieras causadas por el actuar negligente del liquidador designado por Fiduagraria, ascienden a la suma de **27.187.668.901**, según el siguiente detalle:

²⁹⁵ Fls. 99-102 del Cuaderno Principal No. 1.

²⁹⁶ Fls. 652-740 del Cuaderno Principal No. 1.

²⁹⁷ Artículo 1080. Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios, del Código de Comercio: “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. **Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad**”. (negrilla por fuera del texto original).

Concepto	Valor	Actualizado IPC Agosto 2024
Sustituciones pensionales - Recursos no consignados a ordenes de juzgados	\$ 976.288.425	\$ 2.183.767.055
Contratación Abogados para atender procesos de sustituciones pensionales	\$ 4.544.315	\$ 10.164.748
Contratación de abogados para atender procesos iniciados por 18 exmarinos	\$ 464.561.315	\$ 1.018.829.555
Indebida liquidación de aportes 18 marinos	\$ 960.476.041	\$ 1.934.009.710
Contratación de Abogados sin aprobación junta y sin contrato escrito	\$ 277.619.595	\$ 608.847.614
Uso no autorizado del Celular	\$ 26.751.702	\$ 59.838.347
Contratación Setecsa	\$ 109.443.103	\$ 240.019.701
Indebida liquidación 18 exmarinos	\$ 7.759.717.468	\$ 16.220.553.014
Costas y agencias en derecho	\$ 351.498.006	\$ 565.096.597
Sanción Ministerio del Trabajo del Ecuador	\$ 1.940.469.408	\$ 4.346.542.561
Total	\$ 12.871.369.378	\$ 27.187.668.901

El monto que debe indemnizar Axa a la CIFM se encuentra dentro del límite de valor asegurado previsto en la suma de \$50.000.000.000.

Finalmente, se insiste, que Fiduagraria, debe asumir el pago del deducible pactado en la suma de \$400.000.000, con sujeción a lo pactado en el referido seguro.

VI. FRENTE AL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA FIDUAGRARIA

Frente a la improcedente solicitud de la condena en costas formulada por Fiduagraria, me permito realizar a continuación una serie de consideraciones sobre la normatividad aplicable, y posteriormente, respecto de las afirmaciones sin sustento sobre el supuesto actuar supuestamente temerario y carente de fundamento jurídico de la CIFM, aseveraciones esas si que no deben quedar impunes por mendaces y mal intencionadas.

En primer lugar, debemos recordar que el presente proceso inició antes del 2 de julio de 2012, fecha en la que entró en vigor el Código de Procedimiento



Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y de acuerdo con el artículo 308 de esa codificación procesal, los procesos que comenzaron antes de esa fecha deben registrarse hasta su terminación por el Código Contencioso Administrativo (CCA), que era la normativa vigente en ese momento.

Ahora bien, el artículo 171 del CCA señala que el juez podrá imponer condena en costas, teniendo en cuenta la conducta procesal de la parte vencida. Es decir, el análisis se debe centrar para ese efecto en la conducta procesal de la parte vencida de cara al proceso en términos de diligencia, lealtad y corrección en el ejercicio de la acción.

Así las cosas, cualquier análisis sobre la procedencia de la condena en costas debe realizarse conforme lo dispuesto en el artículo 171 del CCA y la remisión normativa que hace el Código de Procedimiento Civil (CPC), y no conforme lo dispuesto en el CPACA como sugiere el apoderado judicial de Fiduiagraría, en el recurso de apelación en cuestión.

En el numeral 9 del artículo 392 del CPC, se indica que las costas solo pueden imponerse cuando se pruebe que se han causado y en la medida de su comprobación, a lo que se debe agregar el criterio contenido en el CCA en el sentido de que dicha condena solo se impone previo un análisis de la conducta procesal de la parte vencida.

En conclusión, para que proceda la condena deprecada por el apoderado de Fiduiagraría, debió acreditar con su recurso de apelación, en primer lugar, el actuar temerario de la CIFM y que la demanda se formuló sin que existiera un fundamento jurídico y factico que la soportara, y en segundo lugar, probar que efectivamente Fiduiagraría incurrió en el pago de expensas y agencias en derecho.

Frente a la supuesta temeridad y ausencia de fundamento, Fiduiagraría afirma que en la demanda de CIFM alegó hechos contrarios a la realidad que se desvirtuaban con las propias pruebas allegadas por esta al proceso. Según la fiduciaria que no era cierto el alegado el actuar caprichoso del agente liquidador para la contratación de abogados para atender procesos judiciales, y que resultó contrario a la realidad el hecho que SETECSA S.A. hubiera sido contratada por Fiduiagraría.

Frente a la contratación caprichosa de abogados por parte del liquidador, se acreditó en el proceso con el testimonio del doctor Luis Felipe Acero que, contrario a lo que se afirma, el agente especial designado por Fiduiagraría ocultó de manera



sistemática y reiterada información a la Junta Asesora respecto de la contratación de abogados, en los siguientes términos:

“A ver Dr. Gómez, en primer lugar, la información que se nos presentaba no era una información completa, dijéramos se presentaba un listado de abogados y unos procesos, entonces el abogado Juan Ramírez, por decir algo era laboralista y el otro era comercialista y el otro defendía intereses para un arbitramento. En términos generales, (...) cuando se preguntaba entonces nos decían (...) respuestas evasivas o respuestas en donde no había datos concretos.”²⁹⁸

Esta situación se corrobora con el ocultamiento probado y documentado de información por parte del Liquidador al Revisor Fiscal referente a los abogados que prestaban sus servicios a la liquidación, veamos:

“3.1.2.1. Desde enero de 2004, verbalmente y con carta de 10 de febrero de 2004. El Revisor Fiscal solicitó al Representante Especial la impresión y firma de las comunicaciones dirigidas a 16 abogados externos de la CIFM:

1. Blanca Vergara de Vélez

(...)

16. Myriam Pava Sierra,

En las cuales les pedía información sobre los negocios judiciales a su cargo. El fin de esta solicitud era valorar las contingencias jurídicas, sus expectativas de éxito y los honorarios pendientes, todo en cumplimiento de las normas legales pertinentes y de las reglamentaciones de la Superintendencia de Sociedades sobre la materia.

3.1.2.2. El Representante Especial sólo dio curso a las comunicaciones dirigidas a nueve (9) abogados externos: (...) Eliminando de tales comunicaciones los siguientes requerimientos:

(...)

b) Su concepto, calificación y estimación de la provisión requerida de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993.

c) Honorarios pendientes de pago.

3.1.2.3. La actuación del representante Especial constituyó una indebida limitación de las facultades y funciones del Revisor Fiscal, que le impidió

²⁹⁸ Audiencia del 21 de septiembre de 2021, No. 58 del expediente digital.

*conocer en forma cabal y oportuna la situación de las contingencias jurídicas de la CIFM, materia que es fundamental para establecer la realidad contable (...)*²⁹⁹

El ocultamiento de esta información se dio incluso respecto de la Junta Asesora que solicitó copia de los contratos, pero Fidagraria a través de su agente especial se negó a suministrar los mismos en los siguientes términos:

“4.7.2. El Miembro Ramírez insiste en el requerimiento hecho en sesiones anteriores por la Junta Asesora al Representante Especial para que le envíe copias de todos los Contratos de Servicios Técnicos y profesionales suscritos desde el 31 de julio de 2000, (...) incluyendo, obviamente, los contratos celebrados con los abogados externos; (...)

*4.7.3. El Representante Especial contesta que no mandará las copias de los Contratos solicitadas por la Junta Asesora; que en su lugar mandará una relación con la síntesis de los mismos, a partir del año 2004, con los detalles que a su juicio son ilustrativos, sus probabilidades de éxito y los honorarios pactados para cada uno de ellos.
(...)*

*4.7.4. La Junta Asesora renueva una vez más su requerimiento e invoca al efecto, otra vez, la Resolución No. 100-000285 de 26 de febrero de 2006, 440-000871 de 26 de enero de 2006 y en el propio Auto No. 440-007223 de 9 de mayo de 2006 y el artículo 178 de la Ley 22/95 (sic). Y concluye diciendo que si persiste la negativa de FIDUAGRARIA S.A. y su Representante Especial, tomará las acciones pertinentes (...) para lograr que se respete su calidad de órgano asesor y fiscalizador de Fidagraria s.a., Liquidador.”*³⁰⁰

Posteriormente, ante la renuencia del liquidador la propia SuperSociedades profirió el Auto No. 440-011722 del 24 de julio de 2006 ordenando a Fidagraria que compartiera los contratos solicitados; aun así, dicha orden fue desatendida por Fidagraria³⁰¹.

²⁹⁹ Acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, págs. 4-5, Fls. 820 – 862.

³⁰⁰ Acta No. 86 del 6 de julio de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II Fls. 1312 – 1354, págs. 42-43.

³⁰¹ Acta No. 89 del 26 de octubre de 2006. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 1388 – 1416, págs. 2-5.

Se acreditó en el proceso igualmente que el 12 de noviembre de 2003³⁰² el Señor Hernández informó a la Junta Asesora en abierta contraposición con la realidad, que los procesos judiciales de reintegro de los marinos suspendidos no eran idénticos para justificar que los procesos que no habían sido fallados debían continuar, aun cuando ya existía un precedente que dejaba clara la improcedencia de los recursos extraordinarios interpuestos ante la Sala laboral de la Corte Suprema.

Tan era caprichosa e innecesaria la contratación de abogados para interponer los recursos de casación que cuando la Junta Asesora advirtió que todas las sentencias estaban siendo proferidas por la Corte Suprema en eximentemente los mismos términos, al Agente especial designado por Fiduciaria manifestó que al sustituirse al apoderado encargado de interponer los recursos extraordinarios de casación, las decisiones debían empezar a proferirse en favor de la compañía, lo que evidentemente nunca pasó:

“El Presidente, Dr. Luis Felipe Acero, dice que en varias sesiones anteriores el Representante Especial ha dicho que las sentencias de la Corte Suprema en los casos de los marinos suspendidos, siguen un prototipo, son exactas; y recuerda también el Presidente que el Representante Especial afirmó que tal situación habría de cambiar al sustituir al abogado casacionista de la CIFM, por el Dr. Marco Emilio Hincapié; pero tal cambio no se ha dado.”³⁰³

Frente a los procesos de sustitución pensional también está acreditado que la contratación de abogados era absolutamente innecesaria, como advirtió la Junta Asesora luego de la renuncia del Fiduciaria al cargo de liquidador:

*“El ex Representante Especial dice que atendió debidamente las sustituciones pensionales; esta afirmación es falsa: el Dr. Hernández sistemáticamente puso obstáculos innecesarios a las viudas para lograr las sustituciones; generó conflictos judiciales con ellas, a fin de nombrar apoderados; les negó arbitrariamente el pago de las pensiones y registró contablemente depósitos judiciales de las mismas, **sin haberlos hecho realmente.**”³⁰⁴*

³⁰² Acta No. 60 del 12 de noviembre de 2003 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo I y II, Fls. 746 – 781, pág. 11.

³⁰³ Acta No. 63 del 26 de marzo de 2004 – Primera Parte. Cuaderno Reconstrucción Solicitada en Audiencia 13/08/14 Tomo II, Fls. 820 – 862, pág. 11.

³⁰⁴ Acta No. 102 de la Junta Asesora del 25 de junio de 2008, fl. 77518. Liquidación Obligatoria Actuación 276 (en medio magnético -CD), fl. 972 Cuaderno Principal No. 5.

En conclusión, contrario a lo afirmado por el apoderado de Fiduagraria en su apelación, se acreditó en el proceso de manera suficiente que Fiduagraria utilizó la contratación de apoderados como un mecanismo para sustraer con apariencia de legalidad recursos de compañía en claro detrimento de los acreedores.

Frente a la contratación de Setecsa, en la demanda se advirtió que la liquidación de CIFM disponía del espacio y mobiliario suficiente para almacenar la totalidad de los archivos y del personal para su cuidado y manejo, no obstante, a inicios de 2007 la demandada procedió a contratar el envío del archivo de la liquidación a una bodega especializada de manejo de los mismos, administrada por la sociedad Setecsa S.A. constituyendo un nuevo, gravoso e inútil costo para la liquidación.

El Tribunal en la sentencia manifiesta que como el contrato con Setecsa fue suscrito con anterioridad al nombramiento de Fiduagraria, luego esta no es responsable por la desproporción de los valores que se reclaman como perjuicio. Sin embargo, es importante advertir que lo que se indicó en la demanda no es que la suscripción del contrato haya generado el perjuicio, como equivocadamente lo advierte el Tribunal, sino que el envío del archivo de la empresa desde el 2007, a unos valores desproporcionados y teniendo la capacidad instalada para manejarlo constituye el perjuicio.

Vale la pena agregar que, de los múltiples conceptos reclamados, utiliza el apoderado de Fiduagraria únicamente dos ejemplos en los que supuestamente las pruebas son contrarias a los hechos alegados. La simple lectura de estas alegaciones de segunda instancia ponen de presente las irregularidades groseras en que incurrió el liquidador de suyo suficientes para que la sentencia sea revocada y se imponga una condena ejemplar. Tal y como se probó incluso en los dos eventos Citados por Fiduagraria las pruebas respaldan los hechos alegados.

Por otro lado, frente al requisito de haber acreditado en el proceso el pago de expensas y agencias en derecho, brilla por su ausencia prueba siquiera sumaria allegada por Fiduagraria con la que se acredite cualquier pago de gastos que se hubieran generado para Fiduagraria en el trámite del proceso, o de cualquier tipo de gasto relacionado con la defensa judicial de esa Fiduciaria. Suficiente, para que se verifique la imposibilidad de que prospere la solicitud de condena formulada.

A este respecto, vale la pena advertir al *adquem* que de acuerdo con la sentencia recurrida ninguna de las excepciones formuladas por el apoderado de Fiduagraria prosperó, es decir no estuvo en capacidad de probar los hechos que adujo en el

proceso, así aun cuando la sentencia es desfavorable a los intereses de la CIFM, este resultado no es atribuible al esfuerzo probatorio de la demandada.

En conclusión, de manera respetuosa solicito al *adquem* despache desfavorablemente el recurso incoado por Fiduagraria.

VII. LA CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS POR PARTE DE LA CIFM A LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS

No sobra señalar que en el Auto del 10 de septiembre de 2019 el Despacho aceptó la cesión de los derechos litigiosos por parte de la CIFM (cedente) en favor de la Federación Nacional de Cafeteros (cesionaria), en los siguientes términos:

“PRIMERO: ACEPTAR la cesión de derechos litigiosos presentada por la Flota Mercante S.A. (en calidad del cedente) y la Federación Nacional de Cafeteros, en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café (en calidad de cesionaria) en virtud del contrato de cesión celebrada por las partes el pasado 10 de mayo de 2010 (fls. 725-729, c. 2), por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: TENER a la Federación Nacional de Cafeteros, en su calidad de administradora del Fondo Nacional del Café como litisconsorte de la parte demandante, por las razones expuestas en la presente providencia.”³⁰⁵

La cesión puede ser consultada en el Cuaderno Principal No. 4 - Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la Sección Tercera, fls. 724-739.

VIII.SOLICITUDES

Con fundamento en los hechos y argumentos antes expuestos solicito respetuosamente al H. Consejo de Estado que:

- 1) Acceda a las pretensiones incoadas en la demanda, condenando a Fiduagraria como directa responsable de los perjuicios reclamados y a Axa Colpatria (o la Aseguradora que el H. Consejo de Estado estime responsable) hasta el límite del valor asegurado en la póliza.
- 2) En cualquier caso, si el H. Consejo de Estado encuentra probada alguna excepción que exonere de responsabilidad a Axa Colpatria, la misma solo

³⁰⁵ Cuaderno Principal No. 4 - Tribunal Administrativo de Cundinamarca de la Sección Tercera, fls. 834-836.

beneficia a la aseguradora y en esa medida solicito se condene a Fidagraria como responsable directa a pagar todos los perjuicios sufridos con cargo a su patrimonio.

- 3) Se condene en costas a la Demandada.
- 4) Las condenas se profieran en favor de la Federación Nacional de Cafeteros en virtud de la cesión de derechos litigiosos ya reconocida.

IX. ACTUALIZACIÓN DE NOTIFICACIONES

Me permito solicitar que, en adelante, se comuniquen toda actuación dentro del proceso **a todos los siguientes correos electrónicos (Canal Digital):**

- mzurek@zurekabogados.com,
- cchaux@zurekabogados.com,
- jgaitan@zurekabogados.com,
- jrueda@zurekabogados.com

De los señores Magistrados, respetuosamente,

MARÍA ISABEL ZUREK GARCÍA-HERREROS

C.C. No. 60.329.161 de Cúcuta

T.P. No. 70.941 del CSJ

