

Santiago de Cali, julio 10 de 2024

Señores

HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI

Sala Civil

Magistrado Ponente: Dr. Cesar Evaristo León Vergara.

Vía Correo Electrónico

REFERENCIA: PROCESO VERBAL
DEMANDANTE: CAROLINA JIMENEZ M. Y PAULINA SALAZAR J.
DEMANDADO: ACCION SOCIEDAD FIDUCIARIA S. A. Y
FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360
RADICACION: 76001310301620200010000

Asunto: Pronunciamiento sobre solicitud del llamado en garantía.

JUAN DAVID CÁRDENAS VILLARREAL, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.143.934.375 de Cali, portador de la Tarjeta Profesional 288.258 del Consejo Superior de la judicatura, actuando como apoderado Judicial de la parte Demandante, por medio del presente escrito me permito pronunciarme sobre la comunicación de solicitud de aclaración interpuesta por el llamado en garantía, sociedad MONTANGO S.A.S., de fecha 9 de julio del año en curso, en los siguientes términos:

PRIMERO. DE LAS MANIFESTACIONES REALIZADAS: Del escrito presentado por el llamado en garantía, surgen manifestaciones sobre las cuales me permito pronunciarme:

RESPECTO AL HECHO 5: No es cierto que con la sentencia se esté generando un beneficio a nosotros como parte demandante. La devolución de los recursos aportados que se condenó en la sentencia fue liquidada con la mera actualización, es decir, indexación de lo que fueron los recursos pagados en su momento y que al día de expedición de la sentencia judicial debían ser traídos a valor actual, sin embargo, no se tuvo en cuenta ningún tipo de interés, rendimiento o compensación por la utilización de dichos recursos en cabeza de MONTANGO S.A.S. a lo largo de los años y los beneficios que ello le hubiese ocasionado al llamado en garantía. Así mismo no es cierto que MONTANGO S.A.S. se vea perjudicado por la restitución de la tenencia del inmueble toda vez que ello implica recibirlo con una valorización generada comparando el precio del mismo en la fecha de entrega y el precio del mismo en la fecha de cumplimiento de la sentencia, valorización que por demás se debe en gran parte a los cuidados y actos propios de señor y dueño que ha realizado sobre el inmueble la parte demandante. Es claro entonces que con el fallo no se genera un

desequilibrio económico ni jurídico, para la llamada en garantía, lo que si para el DEMANDANTE, por la pérdida del interés o beneficio con sus pagos.

RESPECTO AL HECHO 8: Compartimos la postura del llamado en garantía al manifestar que la restitución de la propiedad del inmueble objeto de la litis debe ser entregada a ellos, toda vez que es objeto de la demanda la renuencia que ha tenido ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARA S.A. como persona jurídica en sí misma y en calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO FA-975 ARBOLEDAS 360 a transferir la propiedad del INMUEBLE, a pesar de las instrucciones dadas al respecto, utilizando esa posición en busca de beneficios propios ajenos a los hechos discutidos en el presente proceso.

Es decir, el Juzgado 16 Civil del Circuito y el Tribunal Superior de Cali, han hecho caso omiso a los testimonios rendidos inclusive por los representantes de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA, quienes su argumento para transferir el bien inmueble se basa en una supuesta protección a un fideicomiso que demás esta probado que sólo falta su liquidación y que es la renuencia de la DEMANDADA la que no ha permitido terminar el contrato.

En ese orden de ideas, es importante que el Tribunal Superior de Cali aclare o si es necesario adicione en su Sentencia la razón por la cual va en contra de la jurisprudencia que sobre el Conflicto de Interés se ha promovido por la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo en la Sentencia de Casación 11001-31-99-002-2016-00315-01, en la cual el máximo tribunal recordó que el conflicto de interés no aparece objetivamente por el hecho de ser administrador, sino cuando se evidencia un perjuicio o probable perjuicio para la sociedad que éste representa.

Así, me permito citar apartes de esa sentencia:

2.1. El conflicto de intereses -explicó un connotado tratadista del derecho societario- afecta el poder de representación orgánica del administrador. Se presenta como “un impedimento para el desarrollo normal de la relación representativa. El que actúa en conflicto queda privado del ejercicio del poder representativo, por incompatibilidad con el fin por el que le ha sido conferido”.³ Lo anterior entraña un peligro o riesgo razonable de daño para la sociedad, el cual, explica el autor, “no se determina en relación con las consecuencias patrimoniales del acto por sí mismas, sino con referencia a la ilegitimidad del ejercicio del poder”.⁴ En tales eventos, la satisfacción del interés propio del administrador o de los terceros a quienes pretende beneficiar, se materializa “en sacrificio

del interés social”5, de modo que no se garantiza la independencia o autonomía de cada uno de los procesos de formación y validación de las voluntades negociales concernidas.

2.2. En la estructura interna del conflicto de intereses, la doctrina especializada ha identificado algunos elementos principales, como:

- a) **La existencia de una situación antagónica entre intereses diversos.***
- b) Un interés concreto y particular del asociado que puede ser propio o ajeno.*
- c) **Un nexo causal entre el interés particular o extrasocietario del asociado y el perjuicio del interés societario.***
- d) El carácter patrimonial de ese interés.*
- e) La irrelevancia de la intención del socio de causar perjuicio a la sociedad.⁶ La colisión de intereses normalmente contrapuestos ocasiona que uno pretenda prevalecer sobre el otro, relación de contrapeso en el que la consecución de uno de ellos implica la afectación del otro, de ahí que algunos autores consideren el **riesgo real y actual de daño** a la sociedad como un presupuesto definidor del conflicto, reclamando que este pueda detectarse a partir de datos objetivos al momento de estimarse la existencia del enfrentamiento del interés propio o ajeno que persigue el administrador y el del ente social.⁸ **(Negrilla Fuera de Texto)***

A diferencia del régimen común de responsabilidad civil contractual, los damnificados no tienen la *carga* de demostrar la culpa del administrador, pues esta se presume en los casos de “incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos” (art. 200 C. de Co.¹⁰), **pero si deberán acreditar la extensión de la lesión económica que hayan sufrido y que ésta fue generada por la culpa del administrador, esto es, la existencia de un nexo causal entre una y otra. (negrilla fuera de texto)**

5.1. El objeto de la reclamación dirigida a evidenciar la responsabilidad de los administradores cuando se incurre en conflicto de interés o competencia con la sociedad, es el de recomponer el capital social perdido o mermado por la incorrección de los administradores, razón por la cual es el ente moral, como guardián de su patrimonio, el sujeto habilitado, en principio, para impetrar la queja, pues la lesión no afecta al asociado de manera directa, sino en forma mediata, es decir, en razón del daño ocasionado a la persona jurídica, que conserva el derecho prevalente

de la acción social aun durante el periodo de liquidación, a través del liquidador designado.

5.2.3. La invalidación puede exorarla cualquier persona a la que asista un interés legítimo, así como el Ministerio Público en protección de la ley, al aplicarse, por analogía, las reglas de la nulidad absoluta en negocios civiles, y podrá declararse de oficio por el juez cognoscente siempre que el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

En ese sentido, esta colegiatura, recientemente, ha recordado que la facultad del juez de declarar la nulidad absoluta de un negocio jurídico consagrada en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 no es ilimitada, pues «{n}o por ser una declaración oficiosa el juez queda autorizado para formularla con prescindencia y menoscabo del derecho primordial de defensa" (G.J. t. XLVII pg. 238), doctrina esta por cierto reiterada en múltiples oportunidades posteriores tal como lo pone de manifiesto la sentencia del 27 de febrero de 1982 en la que se dijo: "tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1a. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. 2a. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3a. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse, sino con la audiencia de todos los que la celebraron" (G.J. t. CLXV)» (CSJ SC5185-2020, 18 dic., rad. 2016-00214-01, reiterando la providencia CSJ SC 10 oct. 2005, rad. 4541).

Y añadió: La irregularidad, por supuesto, debe aparecer nítida, clara, sin lugar a ninguna clase de interpretación. La razón estriba en que se trata de un control de legalidad excepcional de la actividad negocial en procura de proteger la autonomía de la voluntad de las partes y la estabilidad jurídica en los actos que celebran los particulares. Si el defecto sustancial es ostensible y directo en el contenido del acto o contrato, independiente de otros elementos de juicio, se entiende que es conocido de los sujetos en contienda y que

nada habría para investigar o contraprobar. En tal caso, la declaración inquisitiva no pondría en entredicho los derechos fundamentales de defensa y contradicción. En cambio, esas garantías se verían menoscabadas cuando la falta constitutiva de nulidad absoluta debe ser auscultada en otros medios de convicción. La pesquisa probatoria, por sí, implica amplio debate y la posibilidad de aducir pruebas en contrario. Esto quedaría menguado cuando la decisión, sin más, deviene sorpresiva o súbita de la jurisdicción. La nulidad absoluta, en definitiva, estaría adoptándose a espaldas de quienes tienen interés en la subsistencia del respectivo acto o contrato.

En ese orden de ideas, además de ser procedente la solicitud de aclaración elevada por el llamado en garantía, pues se le vinculó de oficio como parte, también se hace procedente que el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil aclare cual fue el perjuicio causado a SOCIEDAD ACCIÓN FIDUCIARIA para que nazca a la vida jurídica el tan discutido “conflicto de intereses”, pues se debe recordar al honorable Tribunal que la sociedad DEMANDANDA no indicó ningún perjuicio causado con el negocio jurídico, puesto que no hubo ningún beneficio para el comprador, ningún beneficio para el vendedor y ningún perjuicio para la sociedad demandada, no es más que un capricho por parte de la sociedad DEMANDANDADA y que hoy se esta legalizando su actuar.

Por lo expuesto anteriormente, solicitamos al honorable tribunal:

PETICIÓN: En ese orden de ideas, solicitamos comedidamente al TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI – SALA CIVIL proceder con la aclaración solicitada por MONTANGO y la parte DEMANDANTE.

JUAN DAVID CÁRDENAS VILLARREAL

C.C. No. 1.143.934.375 de Cali

T.P. 288.258 del C. S. de la Jra.