

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

JORGE ALBERTO VELEZ VELÁSQUEZ

Contra

FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Febrero 28 de 2006

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **JORGE ALBERTO VELEZ VELÁSQUEZ** parte convocante, y **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, parte convocada, surgidas con ocasión del CONTRATO DE FIDUCIA EN GARANTÍA contenido en la escritura pública No. 1169 otorgada en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá D.C., el 11 de abril de 1996, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I - ANTECEDENTES

A. Cláusula compromisoria

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el CONTRATO DE FIDUCIA EN GARANTÍA contenido en la escritura pública No. 1169 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá D.C., de fecha 11 de abril de 1996, en el que se pactó, en la cláusula Décimo Quinta la siguiente cláusula compromisoria:

“CLAUSULA DÉCIMO QUINTA.- TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO Cualquier diferencia que surja entre las partes derivada de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, y se regirá por lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1989 y demás normas que lo modifiquen.”

B. Fase Pre-Arbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 28 de octubre de 2004, el señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el escrito de convocatoria arbitral que dio origen al proceso.
2. Al tenor de lo dispuesto en la cláusula compromisoria citada, el Tribunal debía conformarse por tres árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá.
3. Mediante sorteo público realizado el 9 de noviembre de 2004 se designó como árbitros a los doctores FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ, JORGE LARA URBANEJA y MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ quienes aceptaron su designación en la debida oportunidad.
4. El 1 de diciembre de 2004 a las 10:30 a.m. se llevó a cabo la audiencia de instalación a la cual asistieron los árbitros, la parte convocante, su apoderado y la parte convocada.
5. En dicha audiencia el Tribunal nombró como Presidente al doctor FRANCISCO MORRIS ORDOÑEZ y como Secretaria a la doctora GABRIELA MONROY TORRES. Adicionalmente se fijó el monto de gastos y honorarios del Tribunal.

6. Mediante Auto No. 3 de fecha enero 28 de 2005, el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada, tal y como consta en el Acta N. 3. (Folios 56 a 58 del Cuaderno Principal N. 1).

7. Mediante escrito radicado el día 11 de febrero de 2005 y estando dentro de la oportunidad legal, la parte convocada presentó su contestación de la demanda, y formuló excepciones de mérito.

8. Mediante Auto No. 4 de fecha febrero 18 de 2005 se corrió el traslado a la parte convocante de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda.

9. Estando dentro del término de traslado de las excepciones de mérito contenidas en el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la parte convocante presentó un memorial en el que se pronunció sobre las citadas excepciones y solicitó pruebas adicionales (Folios 85 a 90 del Cuaderno Principal No. 1).

10. Mediante auto No. 4 proferido por el Tribunal el 18 de febrero de 2005, se dispuso que se siguiera con el trámite arbitral, fijándose como fecha el 2 de marzo de 2005 a las 10:00 a.m., para llevar a cabo audiencia de conciliación de que tratan los artículos 141 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 121, Ley 446 de 1998), y 430 del C.P.C.

En tal oportunidad la audiencia de conciliación se declaró fracasada por la inasistencia de la parte convocante y de su apoderado. Sin embargo ante la presentación de la prueba de una justa causa para la inasistencia de la parte convocante, posteriormente el Tribunal procedió a celebrar la citada audiencia, con la asistencia de las partes y sus apoderados. Sin embargo la misma fue suspendida atendiendo la solicitud expresa formulada de común acuerdo por las partes.

11. El día 8 de abril de 2005 se procedió a continuar la audiencia de conciliación sin que las partes hubiesen llegado a acuerdo conciliatorio alguno y se fijó como

fecha para llevar a cabo la Primera Audiencia de Trámite el día 26 de abril de 2005 a las 10:00 a.m.

C. Trámite arbitral

1. La Primera Audiencia de Trámite tuvo lugar el día 26 de abril de 2005, oportunidad en la que, mediante Auto N. 9, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes. Adicionalmente, mediante Auto No. 12, decretó las pruebas del proceso.

2. El presente proceso se llevó a cabo en 23 audiencias, en las cuales se asumió competencia, y se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes. Por último, las partes expusieron sus alegatos de conclusión, el día 7 de febrero de 2006.

3. Mediante Auto N. 30, proferido el 7 de febrero de 2006, el Tribunal citó a las partes para audiencia de fallo el día 28 de febrero de 2006, a las 3:00 p.m., estando dentro del término legal para proferirlo.

D. Las partes, y los hechos en que se basa la demanda

1. Parte convocante

La Parte Convocante de este trámite es el señor **JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ** quien comparece a este proceso en nombre propio, en su condición de adjudicatario del dominio, propiedad y posesión plena de los derechos fiduciarios constituidos por su padre **VICTOR MANUEL VÉLEZ GIL** con la **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**, según escritura pública N. 1.169 otorgada el 11 de abril de 1996 en la notaría Veinticinco del Círculo de Bogotá. Tales derechos le fueron adjudicados en virtud del trabajo de liquidación y adjudicación en la sucesión del señor **VÍCTOR MANUEL VÉLEZ GIL**, tal y como consta en la Escritura pública No. 534 otorgada el 28 de febrero de 2003 en

la Notaría treinta y seis del Círculo de Bogotá (folios 25 a 47 del Cuaderno de Pruebas No. 1). En el presente proceso arbitral está representado judicialmente por el doctor **ANDRÉS GUILLÉN GÓMEZ**, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional número 49.279 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo con el poder visible a folio 18 del Cuaderno Principal No.1.

2. Parte convocada

La Parte Convocada del presente trámite arbitral es **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** sociedad comercial legalmente constituida por Escritura Pública No. 1710 de la Notaría Cuarenta y Cuatro (44) del Círculo de Bogotá de fecha 17 de septiembre de 1991, con domicilio principal en esta ciudad y representada legalmente por José Ricardo Torres Paniagua, mayor de edad y de este vecindario, sociedad cuya existencia y representación legal está acreditada con los certificados de existencia y representación legal respectivamente expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá y por la Superintendencia Bancaria de Colombia (Folios 19 a 22 del Cuaderno de Pruebas No. 1). En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **CALIXTO DANIEL ANAYA ARIAS**, abogado con tarjeta profesional número 106.357 del Consejo Superior de la Judicatura, de acuerdo al poder visible al folio 81 del Cuaderno Principal No. 1.

3. Causa petendi

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los siguientes hechos:

1. Afirma la parte convocante que mediante escritura pública número mil ciento sesenta y nueve (1169) del once (11) de abril de Mil Novecientos Noventa y Seis (1.996), de la Notaría Veinticinco (25) de Bogotá, se celebró un contrato de fiducia en garantía entre el hoy difunto **VICTOR MANUEL VELEZ GIL** como fideicomitente y **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.** como fiduciario, utilizando

para el efecto el formato de contrato que usaba en ese tiempo la sociedad fiduciaria.

2. El objeto, del contrato, era garantizar a los terceros que el fideicomitente señalare expresamente y que aparecieren inscritos en el registro que para estos efectos lleva la fiduciaria, el cumplimiento de las obligaciones presentes o futuras del mismo fideicomitente o de terceros, con los bienes que éste transfirió para estos efectos, lotes que se identifican a continuación:

1. EL LOTE EL PORVENIR:

Partiendo del mojón marcado con la letra E que se coloca al pie de la cerca de piedra, sobre el camino carretable que de San Francisco conduce hacia Subachoque, se sigue en línea recta en extensión de diecinueve metros (19.00 mts), con cincuenta y nueve centímetros (0.59 cmts), hasta encontrar un mojón de piedra marcado con el número uno (1) de este mojón se sigue hacia la derecha hasta encontrar el mojón con el número dos (2) en una extensión de veinte metros (20.00 mts), con cuarenta y cuatro centímetros (0.44 cmts), situado al pie de una cerca de piedra; de este mojón se sigue en línea recta por toda la cerca de piedra y en colindancia con propiedades del Municipio hasta encontrar el mojón marcado con la letra F en una extensión de ochenta y nueve metros (89.00 mts), con veinticinco centímetros (0.25 cmts), del mojón F, se sigue hacia la izquierda con una extensión de ciento treinta y dos metros (132.00 mts), con setenta y dos centímetros (0.72 cmts), y en línea recta y en colindancia con la parte que se adjudica a Ana Lucía Acero de San Juan, hasta encontrar el mojón G; de este mojón se vuelve hacia la izquierda en línea recta y en extensión de ciento once metros (111.00 mts), con veinte centímetros (0.20 cmts) y en colindancia con la parte que se adjudica a Carlos Eduardo Acero Rubio, hasta encontrar el mojón marcado con la letra B , situado al pie de una cerca de piedra sobre el camino carretable que de San Francisco conduce a Subachoque; de este mojón se sigue hacia la izquierda por toda la cerca de piedra hasta encontrar el mojón E. Punto de partida y encierra.

2. EL LOTE DENOMINADO “SAN RAFAEL”, alinderado así: Partiendo del mojón marcado con la letra G, situado al pie de una cerca de piedra y a la orilla de la carretera que de San Francisco conduce a Bogotá D.C., se sigue por toda la carretera, en extensión de ciento cincuenta y un metros (151.00 mts), con diecisiete centímetros (0.17 cmts) hasta encontrar el mojón marcado con la letra K; de este mojón se vuelve a la izquierda y por la colindancia con la parte que se adjudica a Luz Ángela Acero Rubio en

extensión de ciento veintiún metros (121.00 mts), con diecinueve centímetros (0.19 cmts) hasta encontrar el mojón marcado con la letra L, de este mojón siguiendo hacia la derecha el línea recta, en colindancia con la parte que se adjudica a María Amparo Acero de Duque , en extensión de ciento ocho metros(108.00 mts), con setenta y siete centímetros (0.77 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra M, situado al pie de una cerca de piedra, de este mojón se vuelve a la izquierda, en línea recta y por toda la cerca de piedra, en extensión de ciento cuarenta y dos metros (142.00 mts), con ochenta y un centímetros (0.81. cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra G, punto de partida y encierra.

3. EL LOTE “ANDREA DEL CAMPO”, se alindera así: Partiendo del mojón marcado con la letra D situado en la orilla del camellón de entrada al predio de mayor extensión, en línea recta y por colindancia con la parte adjudicada a Carlos Eduardo Acero Rubio, en extensión de ciento cuarenta y siete metros (147.00 mts), con cincuenta centímetros (0.50 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra C, de este mojón se vuelve a la izquierda en extensión de ciento diez metros (110.00 mts), con noventa centímetros (0.90 cmts), en línea recta y por colindancia de la parte adjudicada a Ana Lucía Acero de San Juan, hasta encontrar el mojón marcado con la letra I, situado a tres metros (3.00 mts) de distancia de una cerca de piedra; del mojón I, se sigue hacia la izquierda hasta encontrar el mojón marcado con la letra J, situado a la orilla del camellón de la entrada del lote de mayor extensión y tres metros (3.00 mts) de la cerca de piedra, en una extensión de ciento cuarenta y tres metros (143.00 mts), con veintiséis centímetros (0.26cmts); del mojón J se sigue hacia la izquierda el línea recta por la orilla de todo el camellón hasta encontrar el mojón marcado con la letra D, a una extensión de ochenta y nueve metros (89.00 mts) punto de partida y encierra

4. EL LOTE “LAS MERCEDES”, se alindera así: Partiendo de un mojón con la letra B, situado al pie de una cerca de piedra sobre el camino carretable que de San Francisco conduce a Subachoque, en línea recta en extensión de ciento once metros (111.00 mts), con veinte centímetros (0.20 cmts) y por colindancia con la parte adjudicada a Carmen Rosa Acero de Vargas, hasta encontrar el mojón marcado con la letra C; de este mojón se sigue a la izquierda y por colindancia con el lote adjudicado a Celia Acero Rubio, con extensión de ciento cuarenta y siete metros (147.00 mts). Con cincuenta centímetros (0.50 cmts), en línea recta hasta encontrar el mojón marcado con la letra D, situado a la orilla del camellón de entrada al predio en mayor extensión; del camellón en extensión de noventa y un metros (91.00 mts), con treinta centímetros (0.30 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra A, situado a la orilla de un mechón que es la puerta de

entrada al predio de mayor extensión. Del mojón A se sigue hacia la izquierda por toda una cerca de piedra y colindando con el camino carretable que de San Francisco conduce a Subachoque hasta encontrar el mojón marcado con la letra B punto de partida y encierra.

5. LOTE DE TERRENO “VILLA CARMENZA”, Se alindera así: Partiendo del mojón marcado con la letra F, situado al pie de una cerca de piedra en las colindancias del lote del municipio de San Francisco y de la parte adjudicada a Carmen Rosa Acero de Vargas, se sigue por toda la cerca, en extensión de noventa y cinco metros (95.00 mts), con cincuenta y ocho centímetros (0.58 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra G; situado al pie de la cerca de piedra; de este mojón se vuelve a la izquierda y por toda una cerca de piedra en extensión de ciento cuarenta y dos metros (142.00 mts), con ochenta y un centímetros (0.81 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra M, colindando con todo este costado cerca de piedra de por medio, con la parte adjudicada a Rosalba Acero Rubio; del mojón M, se vuelve a la izquierda atravesando un camellón pasando por un mojón, en extensión de ciento diez metros (110.00 mts), con noventa centímetros (0.90 cmts) hasta encontrar el mojón marcado con la letra C y en colindancia con la parte que se adjudica a Celia Rubio; del mojón C, se vuelve a la izquierda en línea recta y por colindancia con lo adjudicado a Carmen Acero de Vargas en extensión de ciento treinta y dos metros (132.00 mts), con setenta y dos centímetros (0.72 cmts), hasta encontrar el mojón marcado con la letra F punto de partida y encierra.”

3. A los mencionados inmuebles les corresponden los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 156-0047313, 156-0047305, 156-0047307, 156-0047308 y 156-0047312 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Facatativa, Cundinamarca.

4. Afirma el convocante que en la cláusula décima segunda, del contrato redactado por la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. se establece que “están garantizadas por los bienes fideicomitidos todas las obligaciones que hayan sido incluidas en el registro que lleve el fiduciario. Para que dicha inclusión se haga efectiva el FIDUCIARIO exigirá lo siguiente: c) Comunicación escrita del fideicomitente, CON RECONOCIMIENTO DE TEXTO Y FIRMA ANTE NOTARIO, solicitando la inclusión de uno o varios acreedores, para la consecuente expedición

del certificado de garantía a nombre de este por parte del fiduciario.” (El resaltado proviene de la demanda arbitral).

5. Expone la demanda arbitral que la entidad fiduciaria expidió a solicitud de VICTOR VELEZ GIL (q.e.p.d.), los siguientes certificados de garantía:

- A. Certificado de Garantía número 578, expedido el 26 de febrero de 1.997 a favor del Banco COLPATRIA por valor de CIENTO DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$116.000.000.00)
- B. Certificado de Garantía número 334, expedido el 3 de Junio de 1.996 a favor del Banco TEQUENDAMA por valor de CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$112.498.200.00).
- C. Certificado de Garantía número 508, expedido el 26 de Diciembre de 1.996 a favor del DANN FINANCIERA por valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00).

Y formula el siguiente interrogante “¿Cómo puede la Fiduciaria Colpatria expedir un certificado de garantía el 26 de febrero de 1.997 teniendo en cuenta que el fideicomitente, Víctor Manuel Vélez Gil (q.e.p.d.) falleció el 23 de febrero de dicho año?

6. Se anota que la parte convocada es parte del GRUPO EMPRESARIAL (Ley 222 de 1.995) del BANCO COLPATRIA, con todas las implicaciones que esto tiene en relación con el poder decisorio, desde el punto de vista jurídico y práctico que se tiene entre empresas así vinculadas. Agrega que la sociedad convocada, una de las empresas de dicho grupo, de manera ilegal expidió uno de los certificado a favor de una empresa o sociedad que la controla o que aquella controla, lo cual, según afirma, implica que el tenedor y titular del certificado de garantía número 578 a que se hace referencia en esta demanda, tiene poder vinculante sobre la entidad que de manera ilegal, según afirma, expidió los mencionados certificados.

7. Recalca la parte convocante que “es perfectamente claro que el contrato de fiducia en garantía celebrado entre las partes en este proceso y que es materia del debate, es de aquellos que se denominan como contratos de adhesión.” Agrega

que “presenta todas las características de este tipo de contratos, fue redactado por la entidad fiduciaria” y precisa que “este tipo de entidades son las únicas facultadas legalmente para celebrar este tipo de contratos.” Expone que “las cláusulas del contrato y especialmente las que imponen los requisitos para la expedición de certificados de garantía, constituyen una exigencia de la entidad fiduciaria con el fin de asegurarse que cuando se expidiera uno de los mencionados certificados, existiera la certeza que da la presentación personal y el reconocimiento del contenido del documento ante notario.”

8. Destaca que la entidad fiduciaria, en el texto del contrato de adhesión que ella misma redactó, impuso como requisito para expedir certificados de garantía, la solicitud por parte del fideicomitente con diligencia de reconocimiento del texto y firma ante notario. Manifiesta que no obstante lo anterior, “la fiduciaria obrando de manera negligente, con culpa grave, expidió los mencionados certificados sin haberse cumplido el requisito que ella misma impuso”

[9. Se afirma que ninguna de las comunicaciones mediante las cuales el fallecido VÍCTOR VELEZ GIL, solicitó la expedición de certificados en garantía conlleva la diligencia ante notario de reconocimiento del contenido y de la firma. El anterior es un requisito que “la misma fiduciaria se impuso y que habría podido verificar con una simple y superficial observación de los documentos que contienen las solicitudes de expedición de los mencionados certificados.”

10. Manifiesta que la parte convocada al proceder de esta forma obró de manera “imprudente y negligente, con culpa grave. Se cuestiona cómo es posible que una entidad que se dedica de manera profesional, en el giro ordinario de sus negocios a actividades fiduciarias, que redacta ella misma el contrato, expide certificados sin el lleno de los requisitos y **actuando amplia y claramente de manera dolosa y temeraria al emitir un certificado de garantía con fecha posterior al acaecimiento de la muerte del fideicomitente.**” (Negrilla proviene de la demanda arbitral)

11. Añade que es todavía más grave la culpa y más evidente la negligencia de la fiduciaria, cuando por mandato expreso del contrato firmado entre las partes y que fue redactado por la entidad fiduciaria, la expedición de los mencionados certificados depende única y exclusivamente de ella, pues nadie, ni el fideicomitente ni los terceros acreedores intervienen en su expedición, con la salvedad del Banco Colpatría.

12. Concluye que “es claro e inequívoco que la fiduciaria al expedir los certificados de garantía sin el lleno de los requisitos exigidos por el mismo, obró, de manera negligente e imprudente e incurrió en culpa grave.”

13. La parte convocante afirma que el señor VÍCTOR MANUEL VÉLEZ GIL, falleció desde el mes de febrero del año de 1.997, hace más de siete años y hasta la fecha, que se tenga conocimiento la entidad FIDUCIARIA no ha manifestado con hechos positivos y reales, su voluntad de proceder a la extinción del contrato fiduciario y a su liquidación. Afirma que no lo ha hecho “porque obrando, como ha obrado, de manera dolosa y negligente, no puede por haber expedido certificados en garantía de manera ilegal, engañando a los terceros acreedores y perjudicando a los legítimos sucesores de don VICTOR VELEZ GIL.”

14. Afirma además que “al ser ilegal, alejada de la ley y del contrato la expedición de los certificados en garantía, estos son inoponibles a los legítimos sucesores y herederos de don VICTOR VELEZ GIL, quienes, han visto pasar el tiempo sin que la fiduciaria, a pesar de la muerte del fideicomitente, haya liquidado el contrato y no han sido sujetos de la liquidación del fideicomiso y de la restitución del derecho de dominio sobre los bienes fideicomitados, sobre los cuales no puede predicarse que existe, en virtud de la fiducia en garantía, ningún certificado de garantía, porque les son inoponibles.”

15. Argumenta que se ha presentado la inejecución e incumplimiento doloso del contrato por parte de la fiduciaria, siendo dicho incumplimiento imputable única y exclusivamente a dicha entidad, pues expidió los certificados sin el lleno de los

requisitos que ella misma impuso, pues los certificados de garantía se expedieron por un acto, que sólo dependía de ella, en cuanto que si la solicitud no llenaba los requisitos que ella misma creó e impuso, no se han debido expedir.

16. Señala que se le ha causado un perjuicio, como quiera que los bienes se encuentran afectos a la fiducia y no puede disponer de ellos por existir los mencionados certificados de garantía expedidos en forma irregular y además, por no haberse liquidado el negocio fiduciario, no ha podido disponer, en su calidad de causahabiente de dichos bienes y/o de los derechos herenciales que haya podido tener sobre dichos bienes. Añade que en adición a la expedición irregular e ilegal de los certificados, han pasado más de siete (7) años desde el fallecimiento del fideicomitente, sin que la demandada haya manifestado, con actos positivos, su obligación de liquidar el fideicomiso, como era su deber.

16. La parte Convocante sostiene que la Fiduciaria procedió a enajenar los inmuebles fideicomitados con base en avalúos hechos unilateralmente por dicha entidad, cuyos valores asignados correspondían a valores que se apartan dramáticamente de otros avalúos efectuados por otras entidades que estuvieron interesadas en adquirir los predios.

17. Según la parte convocante, los avalúos efectuados por la fiduciaria COLPATRIA a los lotes Fideicomitados, se efectuaron tomando los predios como si estos fueran rurales, cuando en realidad estos de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de San Francisco (Cundinamarca) eran parte del casco urbano. De ahí la diferencia ostensible entre uno y otro avalúo.

18. Se señala en la demanda que la parte convocante es legítimo heredero y causahabiente.

Parte de los anteriores hechos y afirmaciones se acompañan con una serie de fundamentos de derechos que la parte actora plantea como hechos:

- Se señala que si el contrato implica necesariamente el concurso de voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debería realizarse, siempre previa discusión de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Precisa que “sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos o más personas lleguen a encontrarse vinculadas a un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre sus cláusulas y condiciones” y cita la obra “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos” de Guillermo Ospina Fernández, Segunda Edición, Editorial Temis, 1.983.

- Expone que en relación con los contratos de adhesión los tratadistas del derecho Francés, Planiol y Ripert, en su obra Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo Sexto, Las Obligaciones, Primera parte, Editorial Cultural S.A. Cuba, 1.946, establecen, entre otras las características de este tipo de contratos que menciona a continuación, las cuales, a pesar de la diferencia de legislación se deben aplicar, con la debida interpretación a nuestra legislación y más específicamente al asunto materia de este proceso. Acto seguido cita las siguientes características:
 - A. “En todos los contratos de adhesión la oferta tiene un carácter general y permanente, yendo dirigida a persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo ilimitado o por cierto tiempo”. Es evidente que en el contrato celebrado entre las partes en este proceso, se da esta característica, en efecto, la oferta de contratos de fiducia en garantía por parte de la fiduciaria es de carácter general y permanente, va dirigida a personas indeterminadas y está dentro del objeto social, el prestar este tipo de servicios y hacer este tipo de contratos.”

 - B. “La oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho o de derecho o al menos gran poder económico, bien sea por sus propias fuerzas o por unión con otras empresas análogas. En efecto las fiduciarias son, por mandato de ley, las únicas entidades que tienen capacidad legal para celebrar este tipo de

contratos, lo anterior para no mencionar el gran poder económico de los grupos empresariales financieros, la fiduciaria pertenece a unos de ellos.”

C. “El objetivo del contrato es la prestación de un servicio privado (...) y que solamente una persona determinada puede prestar”. En efecto las únicas legalmente autorizadas para prestar este tipo de servicios son las fiduciarias, independientemente de que el servicio sea de carácter público o privado.

D. “La oferta aparece bajo la forma de un contrato tipo cuyas condiciones generales, cuidadosamente estudiadas, forman un conjunto que se presenta en bloque a los adherentes particulares; (...) Es de recordar en este punto que los contratos tienen, tres tipos de cláusulas:

- De la esencia, aquellas que si se modifican degeneran en otro contrato o en otro tipo de acto, como cuando en una compraventa no se pacta el precio, degeneraría, en principio en una donación; se cambia la esencia del contrato. Todos los contratos redactados y firmados por la fiduciaria tienen las mismas cláusulas esenciales.
- De la naturaleza, aquellas que si bien son accesorias a las de la esencia si pueden ser modificadas sustancialmente sin que se varíe la forma del contrato o el contrato mismo, como cuando en una compraventa se pactan diferentes modalidades de forma de pago del precio. Estas también fueron redactadas e impuestas por la fiduciaria y si se observa los contratos de fiducia en garantía celebrados por la entidad demandada dentro del periodo que se menciona en el acápite de pruebas se observará que aún las mismas cláusulas de la naturaleza son básicamente iguales
- Accidentales, las cuales, como su misma denominación indica, corresponden simplemente a cada caso en particular y no afectan ni varían para nada ni la esencia ni la naturaleza del negocio o contrato. Nótese que aún este tipo de cláusulas en los contratos celebrados por la entidad fiduciaria son bastante similares en todos los casos. Una de estas cláusulas es el requisito impuesto por la fiduciaria en su propio favor y para asegurarse a la hora de emitir certificados de garantía dentro de la fiducia materia de esta demanda, consistente en el reconocimiento del texto y firma ante notario por parte del fideicomitente”

- Manifiesta que al ser un contrato de adhesión, este deberá interpretarse, de acuerdo a los preceptos legales (artículo 1.624 Código Civil) y jurisprudenciales, en sus cláusulas, ambiguas en contra de quien las impuso, y precisa que en este caso además de ser un contrato de adhesión, LA CLÁUSULA EN CUESTIÓN ES PERFECTAMENTE CLARA E INEQUÍVOCA AL EXIGIR LA DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE TEXTO Y FIRMA ANTE NOTARIO.” (El destacado proviene de la demanda arbitral.)

- Trae a colación las normas sobre grupos empresariales y concluye que aunque el Banco Colpatria y la convocada son dos personas jurídicas diferentes, están ligadas por unos lazos que afirma son inocultables y que se ven claramente calcados en los presupuestos de hecho de la ley sobre la materia. Agrega que el Banco Colpatria, beneficiario y titular del mencionado certificado de garantía, se benefició de la actuación manifiestamente ilegal de una empresa que hace parte de su grupo empresarial.

- Menciona que entre otros, el artículo 1.234 del Código Comercio, en cuanto establece que el fiduciario, “además de los previstos en el acto constitutivo (en este caso el contrato), tiene los siguientes deberes indelegables: “... 2. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo.(...)” Precisa que invertir es definido por el diccionario Aristos, como: “(...) Emplear caudales, gastarlos o colocarlos en aplicaciones productivas (...)”. Considera que es evidente que la norma, al referirse a invertir, “hace alusión a la disposición de los bienes fideicomitidos y el expedir los certificados de garantía, pone, en últimas, en movimiento el mecanismo para la disposición de los bienes fideicomitidos, saltándose, por decir lo menos, los requisitos que ella mismo impuso.” (Subrayado proviene del texto de la demanda arbitral.)

- Cita la definición que contempla el Código Civil respecto de la culpa y añade que “por mandato expreso de la ley, se puede, sin lugar a dudas ni a equivocaciones, predicar que **FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. HA OBRADO Y OBRÓ DOLOSAMENTE.**” (Subrayado proviene del texto de la demanda arbitral).
- Agrega que “la jurisprudencia, en sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, en julio 31 de Mil Novecientos Cuarenta y Cinco (1.945), establece, en criterio que se mantiene hasta nuestros días, el alcance de las tres nociones de culpa, graduando la responsabilidad del deudor, en este caso la entidad fiduciaria, según la gravedad de la culpa cometida, la cual, como ya se mencionó, en este caso se equipara, por mandato legal al dolo.”
- Precisa que en este caso podría hablarse de una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario a la luz del artículo 66 del Código Civil, pues, siendo el contrato ley para las partes, según mandato del mismo estatuto, y siendo el contrato perfectamente claro, se dan los presupuestos de hecho y de derecho para que no se admita prueba en contrario en relación con lo pactado en el contrato.
- Agrega que la ley en materia de responsabilidad de las entidades fiduciarias es clara, pues “en el artículo 1243 del estatuto comercial establece que el fiduciario responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.”
- Manifiesta que como quiera que el contrato celebrado entre VÍCTOR MANUEL VÉLEZ GIL y la entidad demandada es bilateral, a la luz de lo previsto en el artículo 1.546 del Código Civil, de éste se predica la condición resolutoria tácita.
- Expone que el artículo 1.239 del Código de Comercio establece dentro de las causales de remoción del Fiduciario, el dolo o grave negligencia, el cual,

según afirma, es un hecho más que notorio en este caso. Agrega que el contrato celebrado entre VÍCTOR MANUEL VÉLEZ GIL y la entidad demandada, estipula como causal de terminación, entre otras, las previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio y dentro de estas causales, la del cumplimiento de la condición resolutoria, la cual, por mandato expreso del Código Civil, va implícita en este tipo de contratos. Afirma que tal condición se ha dado en tanto que la Fiduciaria no cumplió con las obligaciones derivadas del contrato.

E. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes.

1. Pretensiones de la parte convocante.

Con apoyo en su relato de los hechos, en su escrito de demanda la parte convocante solicita al Tribunal se decrete lo siguiente:

“PRIMERA. Que se declare que por culpa, negligencia grave y dolo, la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. ha incumplido el contrato de fiducia mercantil celebrado entre esta entidad y VICTOR VELEZ GIL contenido en la escritura pública No. 01196 del 11 de abril de Mil Novecientos Noventa y Seis (1.996) de la Notaría 25 de Bogotá.”

“SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior se declare la disolución del contrato mencionado por resolución del mismo.”

“TERCERA. Que como consecuencia de todo lo anterior, se declare la ineficacia y se dejen sin efecto, por ser inoponibles al causahabiente del fideicomitente (ya fallecido), los siguientes certificados de garantía:

- A. Certificado de Garantía número 578, expedido el 26 de febrero de Mil Novecientos Noventa y Siete (1.997) a favor del Banco COLPATRIA por

un valor de CIENTO DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$116.000.000.00).

B. Certificado de Garantía número 334, expedido el 3 de Junio de Mil Novecientos Noventa y Seis (1.996) a favor del Banco TEQUENDAMA por un valor de CIENTO DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS PESOS (\$112.498.000.00).

C. Certificado de Garantía número 508, expedido el 26 de Diciembre de Mil Novecientos Noventa y Seis (1.996) a favor del DANN FINANCIERA por valor de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00)”

“CUARTA. Que se ordene la restitución del derecho de dominio sobre los bienes fideicomitados, para que dicho derecho recaiga en su heredero, JORGE ALBERTO VELEZ.”

“QUINTA. Que se condene a pagar a la entidad demandada a JORGE ALBERTO VELEZ, la indemnización de perjuicios, daño emergente y lucro cesante, derivados de la actitud dolosa de la entidad fiduciaria demandada, causados desde el momento mismo en que se expidió, de manera ilegal el primer certificado de garantía, desde el punto de vista cronológico, y para estos efectos, ruego, se decrete su tasación por peritos y que han de ser como mínimo, los frutos y rendimientos que han debido dar los bienes, desde la muerte de VICTOR VELEZ GIL, es decir desde el 21 de febrero de 1.997 hasta la fecha en que se efectúe el pago, indexando dicha suma.”

“SEXTA. Que se condene a la demandada a restituir a JORGE ALBERTO VELEZ la totalidad de las comisiones y sumas que por cualquier concepto hayan recibido derivados del contrato de fiducia mencionado en los hechos de esta demanda, más los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima, desde la fecha de pago de cada una de las cuotas o comisiones, hasta la fecha en que se realice el

pago, en su defecto que se indexen estas sumas a la fecha en que se realice el pago.”

“SÉPTIMA. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad demandada.”

2. Excepciones de la parte convocada.

Al contestar la demanda, la parte convocada, se pronunció formulando las siguientes excepciones:

“1. Falta de Legitimación en la Parte Activa o Convocante.”

“2. Inexistencia de Culpa ó Dolo y no Incumplimiento del Contrato de Fiducia por parte de Fiduciaria Colpatria S.A.”

“3. Inexistencia de Perjuicios.”

F. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus respectivas pretensiones y excepciones, las partes aportaron varios documentos, solicitaron la recepción de testimonios, la práctica de dos inspecciones judiciales, al igual que tres dictámenes periciales.

Todas las pruebas practicadas obran en el expediente y fueron aportadas en los términos de las solicitudes formuladas por las partes.

Según consta en el acta No. 8, que obra a folios 100 a 132 del cuaderno principal N. 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 26 de abril de 2005, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en la forma que se explica a continuación.

1. Testimonios.

El día 11 de mayo de 2005 se recibió el testimonio de la señora Gloria Inés Vélez. La correspondiente transcripción obra a folios 473 a 482 del cuaderno de pruebas No 4. Dicho testimonio fue tachado de sospechoso por la parte convocada. (Folio 137 del Cuaderno Principal No. 1)

En la misma fecha se recibieron las declaraciones de parte del representante legal de la sociedad convocada, señora Luz Stella Tovar Becerra, y de la parte convocante, cuyas transcripciones obran respectivamente a folios 483 a 489 y 490 a 502 del cuaderno de pruebas N. 4.

2. Documentales.

Se ordenó tener como pruebas documentales las enunciadas en el acápite de pruebas documentales del escrito de demanda, aquellas enunciadas en la contestación a la demanda, así como los documentos aportados al descorrer el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda. Adicionalmente se tuvo como prueba documental el documento aportado en desarrollo de la declaración de parte rendida por la señora Luz Stella Tovar Becerra y aquellos aportados por las partes en desarrollo de la Inspección Judicial llevada a cabo en las oficinas de la sociedad convocada sus oficinas. De otro lado se dispuso tener como pruebas documentales, los documentos aportados por la parte convocada como prueba de la objeción por error grave formulada contra el dictamen rendido por el perito Carlos Ávila Barreto.

3. Oficios.

Se remitieron oficios solicitados por las partes y se obtuvo respuesta por parte de las siguientes entidades:

- Alcaldía de San Francisco, Cundinamarca

- Gobernación de Cundinamarca
- Superintendencia de Sociedades
- Superintendencia Bancaria
- Fiduciaria Colpatría
- Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de Bogotá
- Banco Colpatría – Red Multibanca Colpatría
- Cámara de la Construcción – CAMACOL
- Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá
- Ahumada Ingenieros & Asociados

4. Dictámenes periciales.

- a. El día 13 de junio de 2005 se recibió un dictamen pericial, rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, practicado en los términos solicitados por las partes, documento que obra a folios 252 a 351 del cuaderno de pruebas No. 4.

La parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas el día 5 de agosto de 2005 y obran a folios 112 a 133 del cuaderno de pruebas No. 5.

- b. El día 17 de junio de 2005 se recibió un dictamen pericial, rendido por el perito Carlos Ávila Barreto, documento que obra a folios 352 a 472 del cuaderno de pruebas No. 4. La parte convocada presentó objeción por error grave al citado dictamen pericial, solicitando la práctica de pruebas adicionales. De tal objeción se corrió traslado a la parte convocante quien asimismo solicitó pruebas adicionales. Todas la pruebas solicitadas por las partes con motivo de la objeción al dictamen fueron decretadas por el Tribunal.

- c. El día 15 de noviembre junio de 2005 se recibió un dictamen pericial, rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, practicado en los términos solicitados por las partes, documento que obra a folios 169 a 192 del cuaderno de pruebas No. 5.

5. Inspecciones judiciales con intervención de perito.

El Tribunal decretó la práctica de dos inspecciones judiciales con intervención de perito, así:

- a. A las oficinas de la sociedad Fiduciaria Colpatria S.A., diligencia que se llevó a cabo el día 19 de mayo de 2005.
- b. A los inmuebles materia del contrato de fiducia mercantil, diligencia que se llevó a cabo el día 4 de noviembre de 2005.

G. Alegatos de conclusión

Agotada la etapa probatoria, el 7 de febrero de 2006, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, las partes, por conducto de sus respectivos apoderados, expusieron oralmente sus alegatos finales, los cuales fueron resumidos en escritos que se allegaron al expediente y obran a folios 343 a 401 del Cuaderno Principal No. 1.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso, durante la cual las partes tuvieron amplia oportunidad de controvertir todas las pruebas solicitadas, y la posición de su adversario, en los términos de ley, como expresamente lo reconocieron.

II - CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, conviene reiterar que en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos

procesales, es decir, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permiten proferir decisión de fondo.

1. Capacidad de las partes y cumplimiento formal de requisitos de la cláusula compromisoria y de la ley.

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el Tribunal que las partes en el presente proceso, JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ como convocante, y FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. como convocada, son personas con capacidad para transigir. Igualmente se confirma que ambas estuvieron legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en la cláusula compromisoria suscrita por las partes y tal como se expuso atrás, el Tribunal se integró en debida forma, se instaló, y en las oportunidades que establece la ley, la parte convocante consignó la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme al artículo 103 de la ley 23 de 1991, éste es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, la cual se llevó a cabo el día 26 de abril de 2005. Por solicitud formulada por las partes de común acuerdo se decretaron las siguientes suspensiones del término del trámite arbitral: entre los días 20 de mayo y 20 de junio de 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 10 correspondiente a la audiencia celebrada el 19 de mayo de 2005); entre los días 16 de julio y agosto 4 de 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 13 correspondiente a la audiencia celebrada el 15 de julio de 2005); entre los días 24 de agosto y 23 de septiembre de 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 14 correspondiente a la audiencia celebrada el 17 de agosto de 2005.); entre los días 1 de octubre y 1 de noviembre de 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 16 correspondiente a la audiencia celebrada el 26 de septiembre de 2005.); entre los días 5 de noviembre a 14 de noviembre 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 18 correspondiente a la audiencia celebrada el 4 de noviembre de 2005); entre los días 21 de noviembre al

27 de noviembre de 2005, ambas fechas inclusive (Acta No. 19 correspondiente a la audiencia celebrada el día 15 de noviembre de 2005); entre los días 29 de noviembre de 2005 y 31 de enero de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No. 20 correspondiente a la audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2005) para un total de 130 días hábiles.

Adicionados los días de suspensión del proceso, el término vence el 8 de mayo de 2006 y, por tanto, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

2. Alcances de la cláusula compromisoria y legitimación en la causa por parte activa.

Se convocó un Tribunal de Arbitramento para resolver un conflicto derivado de la ejecución del contrato de fiducia suscrito mediante Escritura Pública No. 1169 del 11 de abril de 1996, corrida en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá que, en su cláusula DÉCIMO QUINTA expresa:

“Cualquier diferencia que surja entre las partes derivada de la celebración, ejecución o liquidación de este contrato, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, y se regirá por lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1.989 y demás normas que lo modifiquen.”

Dicho contrato fue suscrito originalmente entre el Señor VICTOR MANUEL PÉREZ GIL (q.e.p.d.) y la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. Siendo el presente Tribunal convocado por el señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ, la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. propuso la excepción de falta de legitimación en la parte activa.

Podría pensarse, en un primer momento, que el señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ ha actuado en condición de beneficiario del contrato, no como acreedor garantizado, sino como eventual titular de los bienes remanentes,

una vez liquidado el contrato. En este evento, bien podría discutirse su condición de tercero o parte en el contrato, en tanto en cuanto frente a la condición del beneficiario en los contratos de fiducia, la doctrina y la jurisprudencia arbitral mantienen una viva discusión cuyos grandes linderos se han puesto de presente en auto del 24 de junio de 2005 proferido en desarrollo del Tribunal de Arbitramento entre FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A. contra POLLOCOA S.A.¹:

*El Tribunal no ha desconocido el profuso y profundo debate, especialmente en el marco de la doctrina contenida en laudos arbitrales, acerca de la condición o no de parte del beneficiario de un contrato de fiducia mercantil. Esta materia dista de ser pacífica en nuestro país, como lo expone el Dr. Sergio Rodríguez Azuero en su obra Negocios Fiduciarios², encontrándose antecedentes y pronunciamientos en uno y en otro sentido. Así por ejemplo, en el caso de Comercial Patrimonio S.A. contra Fiduango S.A., tramitado en el año 2000, los árbitros fueron de la opinión de que el beneficiario no era parte del contrato³, en tanto ese mismo año, los árbitros de otro caso contra la misma entidad fiduciaria promovido por BASF Química Colombiana S.A., Novartis de Colombia S.A. y otros, asumieron una posición radicalmente contraria.⁴ (...) Al margen de los tópicos en los que se ha centrado el debate, el Tribunal ha tenido en cuenta que el artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia mercantil como un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o **de un tercero** llamado beneficiario o fideicomisario...” (Se destaca por fuera del texto). Esto es, que la legislación mercantil identifica, por principio, al beneficiario como un tercero frente al negocio jurídico. (...) La anterior consideración no se ha tomado con un sentido absoluto. No ha pasado inadvertido para el Tribunal que el mismo artículo 1226 del Código de Comercio especifica que una persona puede al mismo tiempo ser fiduciante y beneficiario. Se ha notado así mismo, que el principio de relatividad de los contratos se desdibuja en gran medida en la fiducia. El anterior aserto puede ilustrarse, poniendo de presente las consecuencias que se siguen de los artículos 1226, 1234 numeral 8 y 1235, entre otros. El artículo 1226 del Código de Comercio señala que si bien la existencia del fideicomisario no es condición necesaria para la constitución del fideicomiso, sí debe ser posible y debe*

¹ Cámara de Comercio de Bogotá. Tribunal de Arbitramento de Fiducia del Estado contra Pollocoa S.A. Auto 7 del 24 de junio de 2005. Árbitro Único: Dr. Manuel Enrique Cifuentes Muñoz.

² RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Editorial Legis. Primera Edición 2005. Bogotá. Páginas 254 y ss.

³ Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Acta No. 3 de abril de 2000. Comercial Patrimonio S.A. vs. Fiduango S.A. Árbitros: Dres. Carlos Manrique Nieto, José Armando Bonivento Jiménez y Fernando Hinestrosa Forero.

⁴ Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. BASF Química Colombiana S.A., Novartis de Colombia S.A. Productos Fitosanitarios Proficol El Carmén S.A. y Monsanto Colombiana Inc. Vs. Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Julio 19 de 2000. Árbitros: Dres. César Gómez Estrada, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Juan Caro Nieto.

realizarse dentro del término de duración del mismo, de modo que sus fines puedan tener efecto. El artículo 1234 impone la carga al fiduciario de rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses. El artículo 1235 del Código de Comercio, finalmente, reconoce un haz de derechos al beneficiario cuyos alcances posibles, suponen una penetración o invasión por parte de dicho tercero al ámbito del negocio jurídico. (...) El contexto normativo del contrato no permite, en consecuencia, afirmaciones tajantes. No parece plausible con base en las disposiciones legales que otorgan un papel importante y hasta imprescindible al fideicomisario en el contrato, extenderle de modo general la condición de parte, desconociendo la caracterización normativa como tercero contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio o las consecuencias usuales normales de la denominada estipulación a favor de otro prevista en el artículo 1506 del Código Civil. En sentido contrario, tampoco es posible desconocer que el beneficiario puede llegar a ser parte en el contrato. El Código de Comercio le reconoce por regla general al beneficiario de un fideicomiso la condición de tercero, en términos que hacen del mismo no un tercero común, sino que casi que una categoría especial situada de a caballo, entre tercero y parte. Pero va aún más allá en el sentido de permitir allanar definitivamente esta distancia. El artículo 1226 consagra una primera hipótesis en que el beneficiario es por fuerza parte, consistente en la circunstancia en la que una persona es al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Así mismo, el artículo 1235 que consagra los derechos del beneficiario, no es taxativo en su enumeración, permitiendo que el acto constitutivo o la ley concedan otros derechos al beneficiario.”

Existen en el presente evento, tres elementos que nos alejan de la referida hipótesis y que han llevado a este Tribunal a admitir la demanda y a asumir competencia:

1. Como se manifiesta en la cabeza misma de la demanda y se acredita en los correspondientes anexos, en especial, mediante Escritura Pública 534 del 28 de febrero de 2003 de la Notaría 36 del Círculo de Bogotá, el señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ convocó el presente Tribunal en la condición de titular de los “derechos de hijo y heredero forzoso” de VICTOR MANUEL VÉLEZ GIL, esto es, ocupando la posición jurídica que en el contrato de fiducia en garantía correspondía al *de cuius*. Bajo esta premisa, que este Tribunal encuentra debidamente acreditada (folios 25 a 55 del Cuaderno de Pruebas No. 1), es indubitable la condición que frente al contrato de fiducia en garantía, ostenta el convocante.

En efecto, en dicha escritura pública se transfiere a favor del señor Jorge Alberto Vélez Velásquez: *“El Dominio. Propiedad y Posesión Plena, sobre los derechos fiduciarios constituidos por el causante, con la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. Tal y como da cuenta la escritura pública Mil Ciento Sesenta y Nueve (1.169) del once (11) de abril de Mil Novecientos Noventa y Seis (1.996) de la Notaría Veinticinco (25) del círculo de Bogotá.”*

En este punto resulta pertinente precisar que la cláusula décima cuarta del contrato de fiducia hace referencia general a las causales de terminación anticipada del mismo mencionando las previstas en el artículo 1240 de C. de Co., dentro de las cuales la número seis está referida a “La muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción.”

El Tribunal encuentra, que el contrato de fiducia que generó las diferencias que hoy se dirimen en este laudo, no contempló la muerte del fideicomitente como causal de terminación anticipada, porque ello tendría que haberse señalado expresamente como lo ordena la norma citada, y no se hizo.

En efecto, la técnica legal con que se ha consagrado la eventual causal en mención, no permite catalogarla como una disposición de carácter supletivo que opere automáticamente en defecto de la voluntad de las partes. El numeral sexto del citado artículo 1240 del C. Co extiende una facultad o permisión en cabeza de los contratantes de pactar tal causal -lo que implica un acto de definición que corresponde necesariamente a las partes- y señala que dicha causal opera cuando tal suceso haya sido pactado en el acto de constitución, como causal de extinción. En otras palabras, no se trata de una causal propiamente dicha de fuente legal sino de la extensión a los particulares de una opción que en caso de acordarse, debe ser plasmada, según el propio legislador, en el acto constitutivo.

La mención genérica a las causales previstas en la norma en comento hecha en el contrato, no es suficiente para entender incorporada la citada causal sexta del artículo 1240 del C. Co., que supone la manifestación de un acto expreso o positivo de voluntad en el que dicho suceso en particular sea considerado como causa de extinción del contrato.

No sobra añadir que la facultad deferida por el legislador a los contratantes de consagrar la muerte como causal de terminación no es absoluta, debiéndose consultar en cada caso, la naturaleza del negocio en concreto y los derechos e intereses legítimos de terceros vinculados a la terminación y continuidad del contrato. En algunos casos tal opción podría contrariar el ordenamiento jurídico o la moralidad comercial; en otros casos, que son los naturalmente comprendidos dentro de la permisión, se trataría de una opción legítima, pero entonces habría que extender una debida protección a los intereses de terceros. Precisamente la complejidad de relaciones jurídicas ínsitas en el contrato de fiducia mercantil, que no pocas veces supone la coligación o coordinación de varios contratos y operaciones, hacen que por fuerza, su terminación no suponga un fenómeno puro y simple o de ocurrencia instantánea, que conduzca al decaimiento automático del contrato y de las relaciones en él soportadas. La fiducia mercantil pertenece al tipo de contratos cuya terminación lleva aparejado un período de liquidación y puesta en orden de relaciones, cuya inercia se puede traducir en actos posteriores a la ocurrencia de la causal misma, que no por ello deben en todos los casos considerarse como carentes de validez o de eficacia.

El interés de los terceros beneficiarios es, en consecuencia, una razón de más que explica la exigencia de una consagración especial de esta causal de terminación anormal del contrato.

De otra parte, no debe olvidarse que la relación jurídica trabada entre la fiduciaria y el fideicomitente fue de carácter oneroso y se tradujo en un conjunto de derechos, cargas y obligaciones que no se limitan a

salvaguardar la posición del constituyente de la fiducia como beneficiario de la misma, una vez cumplido el objeto, sino que aluden a su posición jurídica como fideicomitente y por tanto, como parte del contrato. Una cosa es que por convención de las partes el contrato esté llamado a expirar y otra muy distinta el que los derechos y acciones de las que haya sido titular el *de cuius*, en su condición de parte en el contrato, deban correr idéntica suerte.

En el criterio de este Tribunal, tratándose de derechos de contenido económico éstos son susceptibles de transmisión *mortis causa*, de modo tal que el heredero a título singular o universal, en los términos del artículo 1008 del C.C., entra a ocupar la posición del causante., en dado caso, no con el objeto de asumir la continuidad del contrato, sino con el de ejercer los derechos vinculados a la ejecución del contrato y su liquidación.

En efecto, derechos legalmente o contractualmente en cabeza del fideicomitente, de lo que es ejemplo el derecho de ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario plasmado en el artículo 1236 del C. de Co., no poseen una condición personalísima y revisten por el contrario, un claro contenido económico como quiera que se traducen en una prestación valorable en dinero, susceptible de transmisión y por ende de integración al caudal relicto.

Para este Tribunal es claro que cuando se adjudica al heredero el dominio, propiedad y posesión plena sobre los derechos fiduciarios constituidos por el causante “tal y como da cuenta” la escritura de constitución, se está transfiriendo en su favor la universalidad de los derechos fiduciarios en cabeza del mismo. Ello comprende tanto los derechos vinculados a su condición de fideicomitente, como aquellos asociados a su condición de beneficiario, toda vez que el contrato erige al fideicomitente como beneficiario, compartiendo posición con los acreedores garantizados, para rescatar su vocación de obtener la restitución de los bienes o el remanente, una vez cumplida la finalidad del negocio. Tal derecho, a la luz de los

artículos 1236 numeral 3 y 1242 del C. de Co., no repugna con la condición de fideicomitente.

La acción en estudio, de modo más concreto, versa sobre un supuesto incumplimiento del contrato ligado a la acusada pretermisión de las formalidades convenidas y sobre la responsabilidad profesional de la fiduciaria con ocasión del proceso emprendido para la ejecución de la garantía, elementos que aluden al conjunto de derechos, obligaciones y cargas de la relación fideicomitente-fiduciaria y que comportan un interés económico susceptible de ser transmitido por causa de muerte.

Asumir la tesis contraria, abriría el campo a la irresponsabilidad de las partes en un contrato, por los daños ligados a su incumplimiento con ocasión de la muerte de su contraparte y generaría una situación manifiestamente injusta frente al mismo ordenamiento que, al contemplar la situación análoga en la que el causante haya iniciado en vida la acción, establece que la misma está llamada a continuar en cabeza de sus herederos: “Fallecido un litigante no declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador. (...)” (Art. 60 CPC.).

Nótese que la condición *intuitu personae* propia del contrato de fiducia, posee un carácter relativo y marcadamente unidireccional. Es la entidad fiduciaria en su condición de profesional, la parte por principio insustituible en la relación, sin que, por lo demás, exista una restricción absoluta del ordenamiento a los cambios en el operador y/o la posibilidad de cierto grado de delegación, si se repara, por ejemplo, en que bajo ciertas condiciones es posible obtener la remoción del fiduciario o que éste, en desarrollo de su gestión pueda acudir, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1234 del C. de Co., al apoyo de terceros, como en el caso de la contratación de avalúos comerciales.

2. Dentro del presente proceso se acreditó que la presente demanda se instauró, por el mismo actor, inicialmente frente a la jurisdicción ordinaria, arena donde la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. opuso, como excepción previa, la existencia de la cláusula arbitral. (Folios 100 a 110 del Cuaderno de Pruebas No.5) Esta conducta procesal de la FIDUCIARIA, en la cual fijó su posición frente a una autoridad jurisdiccional, a la luz del principio de buena fe, debe desplegar todos sus efectos y está llamada a resolver cualquier duda sobre la suficiencia de la cláusula arbitral. Este Tribunal considera contrario al principio de lealtad procesal alegar de manera intermitente y a conveniencia, una excepción con el objeto de cerrar el acceso a la justicia a la contraparte.

3. Existe abundante material probatorio en el expediente que da cuenta del trato deparado al heredero del causante propio del trato debido al fideicomitente. La misma insistencia de la fiduciaria para que éste acreditara formalmente su condición, da cuenta de su conducta procesal. (Folios 248 a 249 y 258 a 259 del cuaderno de Pruebas No. 3.)

Este titubeo en el plano sustancial respecto al tipo de reconocimiento deparado a la parte convocante durante la ejecución del contrato y el cuestionamiento de su condición de parte una vez se ha presentado el conflicto, merece el mismo reproche formulado en el punto inmediatamente anterior.

3. Derechos de terceros y necesidad de interpretación de la demanda.

El principio de relatividad de los contratos contenido en el aforismo romano *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, supone en nuestro ordenamiento la conciliación de tres premisas básicas: (1) Que los contratos son ley para las partes que los celebran; (2) Que estos, por principio, no pueden perjudicar ni aprovechar a los demás; (3) Que los contratos, por regla general, son oponibles a terceros. En el derecho romano el tercero era denotado como *penitus extranei*, es

decir como un alguien totalmente extraño al contrato. Esta división tan tajante se debilitó paulatinamente en la propia dinámica de dicho derecho hasta que finalmente se llegó al reconocimiento de acciones directas en favor del propio beneficiario. Con mayor razón, en el derecho contemporáneo mucho más abierto a las relaciones de carácter complejo, resultan atendibles desde la perspectiva sustancial y procesal los derechos de terceros frente a ciertos contratos que les afectan y la fiducia en garantía es un buen ejemplo de ello.

Es preciso, en consecuencia, analizar la posición de los terceros a la relación contractual frente a la controversia objeto de arbitramento.

Para este Tribunal no ha escapado la solicitud que se declare la ineficacia e inoponibilidad de los certificados de garantía, ni el que en la pretensión CUARTA de la demanda el convocante haya solicitado “se ordene la restitución del derecho de dominio sobre los bienes fideicometidos, para que dicho derecho recaiga en su heredero, JORGE ALBERTO VÉLEZ”, conociendo dicha parte de antemano que dichos bienes se encuentran en cabeza y posesión de terceros.

El artículo 149 del Decreto 1818 de 1998 dispone lo siguiente: “Cuando por la naturaleza de la situación debatida en el proceso, el laudo arbitral genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el laudo arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición. Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario, se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso (...).”

La amplitud y vaguedad de las pretensiones de la demanda arbitral, en una primera aproximación, parecieran desbordar la relación jurídica entre la parte convocante y convocada para incluir a posibles litisconsortes o terceros, según el caso.

De hecho esta amplitud y vaguedad no solo han implicado dudas acerca del punto de la integración subjetiva de la litis, sino del objeto mismo de la demanda. A este respecto ha sostenido la Corte:

“Cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, labor a la que solo puede sustraerse cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar los alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando a su antojo el objeto del litigio”⁵

Por lo anterior, en razón de la ambigüedad de la demanda, este Tribunal, realizó una interpretación de la misma y al detenerse en el análisis de la naturaleza de la situación controvertida encontró que, no obstante estar redactada en forma harto confusa por la aparente indeterminación de sus alcances, en su texto no se conjugan hechos, pruebas y pretensiones específicamente enderezadas contra terceros que se traduzcan en la pretensión de ejercer una acción reivindicatoria en forma directa contra los terceros actualmente poseedores de los bienes que integraban el patrimonio autónomo. Tampoco se persigue retrotraer por parte de dichos terceros los pagos efectuados con ocasión de la ejecución de la garantía, ni se busca una reparación o indemnización por parte de las entidades financieras, a la sazón garantizadas, o de los compradores de los inmuebles en cuestión.

Así las cosas, efectuado un análisis sistemático de la demanda, se encuentra que tanto la pretensión de inoponibilidad de los certificados como la de restitución del derecho de dominio se circunscriben a la relación entre la FIDUCIARIA y EL FIDEICOMITENTE, y en este caso concreto el convocante.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil, 17 de abril de 1998, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Subrayas fuera del texto. La misma Corte Suprema de Justicia a expresado que “ninguna discusión se puede suscitar en torno a que la demanda como pieza fundamental del proceso, necesita ser interpretada por el fallador, lo que de modo general emergerá cuando en aquella estén ausentes la debida clasificación y determinación de los hechos, o la expresión clara y precisa de lo que se pretende, todo de conformidad con las exigencias de los numerales 5 y 6 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil” JAIRO PARRA QUIJANO, “Procesal Civil, Tomo I. Parte General”. Edic. 1992, pp.323.

Ha entendido este Tribunal que la pretensión de inoponibilidad de los certificados está asociada a cuestionar una conducta de la fiduciaria, *ultra vires*, que en criterio de la convocante daría lugar a una responsabilidad contractual de la misma. No se pretende, vuelve y se repite, retrotraer los efectos de los certificados o desconocer hechos cumplidos entrando a afectar en forma directa la órbita patrimonial de las entidades financieras garantizadas.

En similar sentido ha entendido este Tribunal, haciendo una lectura armoniosa de las pretensiones cuarta y quinta, que la pretensión de restitución del dominio, aún de prosperar, es compatible con el derecho de terceros en cuanto no necesariamente comporta una decisión en contra de su voluntad, pudiendo llegar a traducirse en una carga en cabeza de la fiduciaria de comprar para restituir y, de resultar fallido este remedio, en su defecto indemnizar, de conformidad con el artículo 955C.C.

Por ello, este Tribunal, al cerciorarse de que habiéndose mencionado la enajenación de los bienes, no se entró a cuestionar en los apartes pertinentes y en forma consistente la buena fe de los terceros compradores, denegó la solicitud de la medida cautelar de inscripción de la demanda solicitada por la parte convocante, mediante auto que quedó en firme, con lo cual se ha confirmado y circunscrito de manera definitiva la litis a las partes convocante y convocada.

En síntesis, los hechos, argumentaciones, peticiones y probanzas de la demanda en su conjunto, están dirigidos a obtener como resultado órdenes que se traducirían en caso de prosperar, en un dar o hacer cuya exigencia recaería de manera exclusiva y excluyente en cabeza de la fiduciaria.

Consistente con todo lo anterior, el Tribunal anota que la parte interesada o CONVOCANTE no solicitó la vinculación de terceros al proceso, ni invocó la existencia de una situación litisconsorcial, ni emprendió actividad probatoria alguna dirigida a cuestionar la posición jurídica de terceros, para efectos de su

litigio con la Fiduciaria. Por el contrario, toda su actividad procesal se concentró en cuestionar las posibles acciones u omisiones de la FIDUCIARIA.

Delimitado así el carácter relativo de la litis y del laudo y atendido el comportamiento procesal de las partes, este Tribunal se abstuvo de citar a terceros.

Se tuvo igualmente en consideración, tal y como ya se anotó, el hecho de que las partes intentaron en vano trabar idéntica controversia ante la justicia ordinaria, estimando el juez del conocimiento que el mencionado conflicto debía surtirse ante la justicia arbitral, sumado al hecho de la evidente falta de legitimidad de la parte convocante de promover un proceso de esta naturaleza a la luz del artículo 950 del C.C. que otorga el derecho de acción reivindicatoria a quien tiene la propiedad plena, nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, toda vez que la fiducia mercantil supone la radicación de la propiedad en cabeza de la fiduciaria.

B. Identificación de los problemas jurídicos.

El primer problema jurídico que debe abordar este Tribunal consiste en determinar los efectos jurídicos de los certificados de garantía emitidos sin el lleno del requisito previsto en el contrato, así como las consecuencias que esta alegada omisión de la fiduciaria podría tener en su relación con el fideicomitente y con quienes ocupen su posición jurídica.

El segundo problema jurídico consiste en determinar la acusada responsabilidad profesional de la Fiduciaria con ocasión de la ejecución de la garantía. Se cuestiona por el convocante, en lo fundamental, la diligencia y oportunidad con la cual la Fiduciaria procedió a la venta de los activos, así como las condiciones en que lo hizo.

Los dos grandes pivotes que sostienen la demanda aluden a un supuesto incumplimiento del contrato que comprometería la responsabilidad profesional del fiduciario.

1. Consideraciones del Tribunal en torno a la mencionada expedición de los certificados.

a. Los tipos de formalidades ligadas a la expresión de la voluntad.

La misiva o documento autógrafo por medio de la cual un fideicomitente solicita a una fiduciaria la expedición de un certificado de garantía es un instrumento privado que supone un acto o declaración de voluntad. En este sentido, el artículo 1502 del Código Civil señala que para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que sea legalmente capaz;
- Que consienta en dicho acto o declaración mediante consentimiento que no adolezca de vicio;
- Que el consentimiento recaiga sobre un objeto lícito;
- Que tenga una causa lícita.

A los anteriores requisitos, en virtud de su concordancia especialmente con los artículos 1740⁶ y 1741⁷ del Código Civil y 898⁸ y 901⁹ del Código de Comercio, se suele agregar la exigencia del cumplimiento de las formalidades previstas.

⁶ 1740.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para dar valor al acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

⁷ 1742.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

⁸ ART. 898.- La ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exenta de culpa.

Característico de los primeros estadios en la evolución del derecho fue el denominado formalismo que en materia de contratos derivaba exclusivamente su carácter vinculante del cumplimiento de las ritualidades asociadas a los mismos, plasmado en la expresión *forma dat esse rei (la forma da el ser a la cosa)*. Fue con posterioridad que entró a abrirse espacio y ganar reconocimiento el principio contrario que da prevalencia al valor de la voluntad sobre las formas, sin que ello signifique que haya habido un desplazamiento total o definitivo del principio original que coexiste con algunos matices hasta la actualidad. Es así como hoy se distingue entre actos no formales y actos formales y, entre estos últimos, entre actos solemnes o *ad solemnitatem* y los actos *ad probationem*.

La exigencia de formalidades cumple importantes funciones socio jurídicas, dentro de las que se destaca la de facilitar la prueba o certeza del acto, contándose además como otras funciones inherentes a la forma la garantía de un mayor espacio para la reflexión y la obtención de una mayor publicidad y protección de los intereses de terceros, entre ellos, los del aparato tributario o fisco.¹⁰

El artículo 822 del Código de Comercio remite a la regulación del Código Civil, salvo disposición en contrario, lo atinente a la formación de los actos y contratos y las obligaciones, sus efectos, interpretación y modo de extinguirse, anularse o rescindirse. No obstante, el artículo 824 de la misma codificación, consagra el principio de consensualidad en materia mercantil, lo que hace en los siguientes términos: *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad.”*

Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de los elementos esenciales.

⁹ ART. 901.- Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.

¹⁰ “En lo últimos tiempos, sin embargo, se observa un retorno al formalismo, aunque más atemperado que el que existía en tiempos antiguos. Esta evolución, admitiéndose la necesidad de algunas formalidades, exigiéndose por ejemplo la escritura pública o actos fehacientes o auténticos, se impone para dar mayor certeza a los negocios, una mayor determinación de las circunstancias de su concreción y también para que las partes tengan posibilidad de reflexionar más detenidamente sobre ciertos actos que la ley considera sumamente importantes (el matrimonio, la adopción, el testamento, ciertos contratos.”

El contrato de fiducia mercantil se encuentra sujeto a una solemnidad prevista en la ley. Es así como el artículo 1228 del Código de Comercio dispone: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento.” En sentido concordante, el Decreto 840 de 1993 establece: “Los contratos de fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente muebles (...) De conformidad con el artículo 16 de la ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado.” (La disposición aludida de la ley 35 corresponde hoy en día a los numerales 1 y 3 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Una cosa es el contrato de fiducia como tal, frente al cual la ley exige una forma específica, y otra muy distinta los actos y documentos propios de su ejecución y desarrollo, como lo es la carta de solicitud de un certificado de garantía y el certificado de garantía como tal, frente a los cuales no existe una previsión legal especial.

En el presente caso el acto constitutivo de la fiducia ciertamente en las cláusulas SEGUNDA y TERCERA ha previsto una formalidad específica para la solicitud de expedición de un certificado. (Folios 14 y 15 del Cuaderno de Pruebas No.1) La cláusula SEGUNDA dispone que estarán garantizadas por los bienes fideicomitidos, todas las obligaciones que a cargo del FIDEICOMITENTE o de los terceros que éste indique expresamente, hayan sido incluidas en el Registro que lleve EL FIDUCIARIO: “Para que dicha inclusión se haga efectiva, el FIDUCIARIO exigirá lo siguiente: ... c) Comunicación escrita del FIDEICOMIENTE, con reconocimiento de texto y firma ante Notario, solicitando la inclusión de uno o varios acreedores, para la consiguiente expedición del certificado de garantía nombre de éste por parte de EL FIDUCIARIO.”

CIFUENTES, Santos. Elementos de Derecho Civil. Parte General. Tercera Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.

La cláusula TERCERA define a los beneficiarios, incluyendo al fideicomitente¹¹. Aparte del fideicomitente, señala como “beneficiarios potenciales de ella, mientras no se incumplan las obligaciones que se han garantizado con la Fiducia, los titulares de créditos cuyo obligado sea EL FIDEICOMITENTE o cualquiera de los terceros que éste indique expresamente, debidamente reconocidos en la forma que más adelante se determinará, y que habiendo cumplido con la cláusula anterior, hayan sido incluidos en el Registro respectivo.”

b. Las formalidades de origen convencional.

La fuente de esta formalidad no es la ley sino la autonomía contractual de las partes plasmada en el acto constitutivo. Las disposiciones legales que este Tribunal ha citado hasta el momento, en relación con la forma de los actos y contratos se refieren a formalidades de origen legal y no convencional. Se precisa, en consecuencia, determinar la naturaleza y alcances de este tipo particular de formalidades de carácter convencional.

La parte actora acepta en su demanda la tripartición clásica de los elementos del contrato entre elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales consagrada en el artículo 1501 del Código Civil¹². Dentro de estos últimos se suelen contar aspectos como el plazo, las condiciones y demás elementos moduladores de la obligación.

Sobre los elementos accidentales ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

¹¹ Esto resulta impropio en un fideicomiso de garantía, pues la condición de deudor y acreedor garantizado no pueden coexistir lógicamente en la misma persona, cosa distinta si hubiese aclarado que dicha condición no se refiere a la función como tal de dicha fiducia, sino a la posibilidad del fideicomitente de disfrutar del remanente o fungir como comodatario.

¹² ART. 1501.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales.

Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

“(…) las modalidades en referencia se encuentran sometidas a un régimen normativo que en tesis general sigue directrices comunes de entre las que ahora importa llamar la atención sobre las siguientes:

a) En primer lugar, las modalidades que constituyen especies de la condición, el plazo y el modo, son por definición excepcionales. En términos de derecho lo ordinario es que a los actos jurídicos pueda atribuírseles eficacia inmediata y definitiva tan pronto sus elementos estructurales sean actuales y revestidos de la solemnidad debida si fuere el caso, mientras que la subordinación de esta misma eficacia a modalidades se da únicamente en la medida en que existan motivaciones o intereses singulares de los que ella son necesaria manifestación y que, de otra manera, estos designios ninguna influencia tendrían sobre el negocio y la relación obligatoria que es en consecuencia.

b) Una segunda regla es que las modalidades, entendiendo la palabra en su sentido estricto que corresponde según acaba de apuntarse al de requisitos de eficacia libres – no impuestos por ley – y por ende remitidos a la disponibilidad de quien emite la respectiva declaración, no se presumen. Si requieren de estipulación expresa por ser excepcionales, quien alegue que hay plazo, condición o modo para beneficiarse de esta circunstancia, tendrá que demostrar en forma concluyente, no sólo la existencia de la “cláusula especial” que los establece, sino también el acontecimiento subordinante en que consisten, y

c) Finalmente, una tercera característica por recalcar es que las modalidades no son de suyo y por principio elementos requeridos para el cabal perfeccionamiento del acto o contrato, habida cuenta que dando por supuesta la existencia de este último, la incidencia de aquéllas recae por lo común sobre la duración o estabilidad de los efectos, no así sobre la calidad jurídica de éstos, ni menos aún sobre el acto o contrato del cual emergen... (..) sólo en circunstancias particulares de escasa ocurrencia en la práctica y por obra de mandatos expresos de la ley como son los contenidos en los artículos 1533 (condición negativa moralmente imposible) y 1535 (condición puramente potestativa dependiente del querer del deudor) del Código

Civil, alcanzan a comprometer la validez de la relación integralmente considerada.¹³

c. Distinción entre derechos, obligaciones y cargas.

Debe destacarse que la fiducia en garantía es un negocio jurídico complejo en tanto en cuanto las prestaciones que incorpora no involucran a las partes que celebran el contrato, sino que implican en buen grado a los beneficiarios, acreedores garantizados, que en esta modalidad de fiducia lo normal es que posean la condición de terceros.

En este orden de ideas, la economía de relaciones del contrato ha de interpretarse en función de esta realidad tripartita o compleja, distinguiendo entre las cláusulas que implican un derecho, una obligación o una carga para los distintos actores de la relación.

El requisito de exigir una comunicación escrita del FIDEICOMITENTE, con reconocimiento de texto y presentación ante Notario, es claro, por la forma en que ha sido redactado, que no constituye un derecho a favor del FIDEICOMITENTE, consistiendo más técnicamente en una carga para el mismo, toda vez que es el sujeto pasivo de la exigencia. El FIDEICOMITENTE posee en resumidas cuentas; (i) el derecho de designar dentro de los límites del mismo contrato a los acreedores beneficiarios; (ii) La obligación de comunicarlo y; (iii) La carga de acudir a una formalidad específica para el efecto.

En el mismo contrato, en su cláusula SEXTA (folios 16 y 17 del Cuaderno de Pruebas No.1), se imponen como obligaciones a cargo del FIDEICOMITENTE las siguientes:

“5) Al momento de firma del presente contrato. EL FIDEICOMITENTE se obliga a:
(...) a. Presentar al FIDUCIARIO una relación de las acreencias que quedarán

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo

garantizadas por los bienes fideicomitidos, siendo responsable de la veracidad de los datos que allí se consignen. La relación deberá contener al menos: el nombre del acreedor, monto o valor de la obligación, incluidos los intereses y fecha de vencimiento. EL FIDUCIARIO exigirá la certificación que habla el literal a) de la cláusula segunda anterior, con el fin de corroborar la existencia de obligaciones a ser garantizada.(...) 7) Comunicar al FIDUCIARIO ya sea la inclusión o exclusión de acreedores garantizados con los bienes fideicomitidos, así como toda prórroga, novación o modificación de cualquier obligación garantizada, mediante escrito que deberá dirigirse dentro de los tres (3) días siguientes a la ocurrencia de la misma. (...) En caso de la inclusión de nuevos acreedores, EL FIDUCIARIO tendrá la facultad de exigir las pruebas o documentos que considere necesarios, para establecer la existencia y demás condiciones de la obligación garantizada. (...) Igualmente en el evento de exclusión de acreedores garantizados, EL FIDUCIARIO tendrá la facultad de exigir las pruebas o documentos que considere necesarios para establecer la extinción de la obligación u obligaciones garantizadas.”

La formalidad en estudio, que constituye una carga para el FIDEICOMIENTE, bien podría ser interpretada como un requisito a favor del FIDUCIARIO, como la misma parte actora lo sugiere en la demanda en lo que denota como hecho SEXTO, al señalar: “Una de estas cláusulas es el requisito impuesto por la fiduciaria en su propio interés y para asegurarse a la hora de emitir certificados de garantía dentro de la fiducia materia de esta demanda, consistente en el reconocimiento del texto y firma por parte del fideicomitente.” (Subrayas de la parte actora). (Folios 6 y 7 del Cuaderno Principal No.1)

Aunque la materia no deja de causar cierta perplejidad, la cláusula SEXTA del contrato parece fortalecer la anterior tesis al establecer como FACULTAD y no como OBLIGACIÓN del fiduciario el exigir al FIDEICOMITENTE las pruebas o documentos que considere necesarios, para establecer la existencia y demás condiciones de la obligación garantizada, pero resulta necesario precisar que la cláusula TERCERA en el aparte objeto de análisis no se refiere genéricamente a los elementos que doten de certeza la existencia de la obligación garantizada como tal, sino que se circunscribe a la certeza acerca de la solicitud por parte del

Schloss, junio 28 de 1993. Exp. 3680.

FIDEICOMITENTE. No se habla de una facultad, sino de una exigencia u obligación del FIDUCIARIO que tiene como correlato, tal y como hemos visto, una obligación y una carga del FIDEICOMITENTE.

También podría sostenerse que la cláusula se ha consagrado fundamentalmente a favor de los beneficiarios del FIDEICOMISO, aunque también, huelga reconocerlo, la función de certeza implícita en esta cautela juega igualmente en beneficio del FIDUCIARIO y del propio FIDEICOMITENTE.

Se ha definido usualmente por la doctrina las cargas como imperativos o imposiciones en el propio interés por oposición a los deberes que son vistos como imperativos a favor de terceros. En el presente caso, la exigencia parece poseer de manera concomitante la condición de carga y de deber, al satisfacer intereses propios y de terceros.

Pero en uno y en otro caso, con independencia de quien resulte beneficiado con la observancia de la carga, salta a la vista la función socio jurídica de la exigencia, que no es otra que dotar la designación de acreedores garantizados de máxima certeza.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada y atendiendo al hecho de que tal y como lo ha reconocido el mismo actor, la exigencia tiene como cometido dotar de certeza el acto, siendo en el mejor de los casos una condición *ad probationem*, la ausencia u omisión del referido requisito no conlleva la inexistencia del vínculo obligacional entre el acreedor garantizado por esta vía y el FIDEICOMITENTE que ha impartido una instrucción al FIDUCIARIO de extender la consiguiente garantía.

En otras palabras, el Certificado de Garantía emitido a favor de un acreedor por solicitud del FIDEICOMITENTE, aún en ausencia de las formalidades convencionalmente previstas entre el FIDEICOMITENTE y EL FIDUCIARIO para la solicitud de expedición, produce efectos vinculantes entre el

FIDEICOMITENTE y el ACREEDOR GARANTIZADO, máxime cuando el cumplimiento de la formalidad es potestativo del FIDEICOMITENTE que posee la condición de deudor frente al ACREEDOR GARANTIZADO y así mismo ha asumido una carga a favor propio y un deber a favor de los ACREEDORES del fideicomiso y del FIDUCIARIO.

Lo anterior se encuentra corroborado por la condición de los acreedores que se entienden, a la luz del artículo 835 del Código de Comercio, como terceros de buena fe exenta de culpa; quienes además si bien conocen o dicen conocer y aceptar el texto del contrato, no poseen un control directo sobre los actos preparatorios y ejecutorios del mismo y por tanto celebran un acto llamado a surtir todos sus efectos al abrigo de la apariencia proyectada no solo por la Fiduciaria, sino por el fideicomitente que tramita para sí o para terceros los créditos objeto de la mencionada garantía. Son además tales acreedores, en cuyo beneficio se plasma el deber, los primeros llamados a atacar las posibles omisiones del fideicomitente y/o del fiduciario.

No se cuestiona en el presente caso por la parte actora, más allá de un conjunto de apreciaciones generales sobre la relación entre el Banco Colpatría y la Fiduciaria del mismo grupo (más enderezadas a cuestionar la neutralidad de la fiduciaria que el actuar del banco), la buena fe de estos acreedores, los que por este mismo hecho no han sido convocados a este proceso por la parte convocante y que son extremo fundamental en la relación derivada de un certificado de garantía. Se cuestiona esencialmente si la FIDUCIARIA estaba en condición de expedir o no tales certificados. Mal podría, en consecuencia, declararse la ineficacia o nulidad de los certificados en ausencia de sus beneficiarios. Entendemos que lo que en realidad se pretende es la inoponibilidad de los certificados por parte de la FIDUCIARIA al FIDEICOMITENTE como acto propio de la debida ejecución del contrato, de cara a discernir la responsabilidad de la FIDUCIARIA y no la invalidez de los mismos o de sus efectos en relación con los terceros de buena fe.

Dando un paso atrás, no puede tampoco presumirse que las eventuales vicisitudes de la solicitud de un certificado de garantía se trasladen de manera automática al certificado de garantía como tal, no solo por tratarse de documentos distintos desde muchas perspectivas, como es el caso de los sujetos aludidos, sino y fundamentalmente como consecuencia del principio de buena fe que se predica a favor de los terceros beneficiarios y que tiene como correlato actos positivos tanto del fiduciario como del mismo fideicomitente, que no es posible desconocer.

d. Carácter renunciable de la formalidad.

Vista la formalidad omitida como un deber del FIDEICOMITENTE a favor de la FIDUCIARIA, la misma sería renunciable por ella. Vista la formalidad como una carga en cabeza del FIDEICOMITENTE en su propio favor, su incumplimiento por parte del mismo le atrae potencialmente una situación gravosa derivada de la propia voluntad. Vista la formalidad en cuestión como pactada a favor de terceros, su no exigencia al FIDEICOMITENTE por parte de la FIDUCIARIA comportaría una responsabilidad de la misma frente a dichos terceros que serían los únicos legitimados para exigirla.

e. Doctrina del acto propio.

¿Está obligada la FIDUCIARIA, frente al FIDEICOMITENTE, a exigirle el cumplimiento de una carga que se encontraba en cabeza del mismo FIDEICOMITENTE? ¿Puede el FIDEICOMITENTE demandar a la FIDUCIARIA por no haberle exigido el cumplimiento de un acto potestativo del propio FIDEICOMITENTE?

Este Tribunal considera que la respuesta a estas dos preguntas es negativa.

El principio de buena fe obliga no solo a lo expresado en el contrato o acto jurídico, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza del mismo, según la ley, la costumbre o la equidad natural. En este sentido, siendo una carga-deber del

FIDEICOMITENTE surtir la mencionada formalidad con una función netamente probatoria, no resulta de recibo que desconozca los efectos de su propio acto por razón de la ausencia de esta formalidad.

Ni el fideicomitente ni la parte convocante tacharon de falsas, o alegaron vicios del consentimiento en relación con las solicitudes de expedición de los certificados durante la ejecución de contrato. Nada se alegó contra dichas solicitudes con anterioridad a la venta de los bienes para satisfacer el pago de las obligaciones garantizadas cuyos certificados de garantía se pedían en las mismas. Tampoco se objetó la validez de tales obligaciones garantizadas.

Resulta en estas circunstancias evidente la voluntad del FIDEICOMITENTE en el sentido de que se expidieren los certificados y la utilidad derivada de su expedición, habida cuenta que las entidades de crédito desembolsaron sus préstamos o los mantuvieron gracias al respaldo obtenido por esta vía

Si hubiese alguna duda acerca de la voluntad del constituyente, el dato sobre la forma tendría algún sentido, pero tal y como reza el aforismo latino cuando hay una voluntad evidente, no hay lugar a la presunción (*Ubie est evidens voluntas, non requietur praesumptione locum*). Decía en sentido similar el Ordenamiento de Alcalá: “De cualquier manera que un hombre quiera obligarse queda obligado.”

Frente a la voluntad así reconocida y probada, desconocer sus efectos prevalido en la ausencia de una formalidad con vocación probatoria, cuyo cumplimiento ha debido hacerse por la misma parte, es tanto como pretender alegar la propia culpa en su propio favor (*non auditur propriam allegans turpitudinem*).

Los certificados fueron expedidos dentro de un lapso amplio entre uno y otro, denotándose claramente una conducta contractual que o bien implicó la modificación tácita del contrato o se tradujo en un acto inequívoco de tolerancia que posee un efecto vinculante a la luz del principio de buena fe que exige la

coherencia de las partes con sus propios actos e impide su impugnación, esto es, el *venire contra proprium*.¹⁴

La ausencia de esta formalidad convencional puede bajo ciertas circunstancias conllevar a un conflicto entre los acreedores garantizados siendo éstos los únicos legitimados para reprochar la ausencia del referido requisito que dice no con la instrucción de emitir el certificado o la voluntad del FIDEICOMITENTE como tal, sino con la comprobación o atestación del origen de esta voluntad. Cosa distinta, si el FIDEICOMITENTE llegare a advertir la presencia de una falsedad en la misiva, como en el caso de una suplantación.

f. Modificación tácita del contrato.

Hemos sostenido cómo en el derecho mercantil domina el principio de consensualidad. En materia de interpretación de las cláusulas de un contrato, el Código Civil, por su parte establece en su artículo 1609 como una herramienta válida para el efecto “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra.” Esta alusión a la conducta contractual de las partes ha sido prohijada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, siendo célebre la sentencia de casación del 3 de junio de 1946, LX 661, citada por la parte demandada.

En materia mercantil la conducta contractual de las partes no está llamada a ser simplemente un criterio de interpretación del contrato, en tanto la misma posee una clara vocación genitiva. Así en relación con la oferta de contrato, el artículo 854 del C. de Co. admite la aceptación tácita “manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto (...)”. El C.C., por su parte reza en su artículo 1.618 “Conocida la intención de las partes se estará más a ella que a lo literal de las palabras”

¹⁴ Cfr. BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1943. Página 366.

En modo negativo, un acuerdo de voluntades que ha generado obligaciones en los términos del artículo 1602, puede ser objeto de un acuerdo en contrario que no necesariamente se encuentre referido a la totalidad del contrato sino apenas a alguna o algunas de sus prestaciones. Las partes pueden suprimir válidamente una formalidad. En la arena mercantil, dicha supresión no lleva en forma necesaria la suscripción de un nuevo acuerdo y puede consistir en la derogación tácita de una disposición contractual por la continuada, consistente y uniforme conducta de las partes de inaplicación de la norma y/o su sustitución en idénticos términos por una prestación equivalente.

2. Análisis de los cargos restantes de incumplimiento del contrato y responsabilidad de la fiduciaria.

a. Delimitación efectuada por la parte actora del incumplimiento del contrato.

El capítulo de pretensiones de la demanda se concentra casi que exclusivamente en la supuesta expedición irregular de los certificados de garantía, de manera tal que desde la primera hasta la última pretensión en la que se pide la condena de costas y agencias de derecho, es posible identificar la correlación entre el incumplimiento alegado y las peticiones hechas.

La pretensión primera que como hemos dicho se encuentra concatenada con el mismo punto, se formula, sin embargo, de manera amplia. En ella se solicita de este Tribunal que declare que “por culpa, negligencia grave y dolo, la FIDUCIARIA COLPATRIA ha incumplido el contrato de fiducia mercantil.”

En la demanda y en los alegatos de conclusión se insinúa como dolosa la expedición de un certificado de garantía a favor del BANCO COLPATRÍA, entidad del mismo grupo económico.¹⁵

¹⁵ Se señala: “lo anterior deja ver sin duda un favorecimiento turbio a favor de la entidad garantizada dado que tanto la fiduciaria como la entidad financiera pertenecen a un mismo grupo. En otras condiciones con seguridad, en vista del fallecimiento de VÍCTOR VÉLEZ la expedición del Certificado

Dentro del abanico de hechos de la demanda, los denotados como VIGÉSIMO PRIMERO y VIGÉSIMO SEGUNDO, aluden a un supuesto incumplimiento distinto al cargo central de expedición de los certificados con base en una solicitud que no cumplía con la formalidad prevista en el contrato.

Señala la parte convocante: “Por si fuera poco lo anterior, la Fiduciaria procedió a enajenar los inmuebles fideicomitidos con base en avalúos hechos unilateralmente por dicha entidad, cuyos valores asignados correspondían a valores que si bien según la firma avaluadora corresponden al de predios urbanos, el valor estimado de esta firma se aparta dramáticamente de otros avalúos efectuados por otras entidades que estuvieron interesadas en adquirir los predios; como ejemplo de tal hecho, el cual denota sin duda la dolosa negligencia de la fiduciaria en el manejo de los predios, existe un proyecto de INURBE para desarrollar Vivienda de Interés Social (...) Los avalúos efectuados por la Fiduciaria COLPATRIA a los lotes fideicomitidos una vez se procedió a enajenar los bienes para efectuar el pago de los certificados de garantía, se efectuaron tomando los predios como si estos fueran rurales, cuando en realidad estos de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de San Francisco (Cundinamarca) eran parte del caso urbano. De ahí la diferencia ostensible entre uno y otro avalúo. Prueba de ello es la solicitud que hace el mismo municipio a la Gobernación para que dictamine el valor de los mismos, los cuales fueron determinados como tierras urbanas.”

De este modo, el pretendido incumplimiento, se precisa en los hechos de la demanda, al referir además del tema de las formalidades de los certificados tres nuevas materias a saber:

- i) Actos de ejecución posteriores a la muerte del constituyente: Esto es, la expedición de un certificado de garantía con posterioridad a la

de garantía en esas condiciones hubiera merecido por lo menos un concepto jurídico por parte de la entidad fiduciaria atendiendo sus deberes profesionales.”

muerte del Fideicomitente y a favor de una entidad del mismo grupo económico.

ii) Unilateralidad de los Avalúos: El hecho de que los avalúos se hayan realizado según el convocante de manera unilateral.

iii) Valor dictaminado en los avalúos: El hecho de que el avalúo con que se procedió a la venta no reflejara, según el criterio de la parte convocante, el justo valor del predio, con fundamento en avalúos de entidades interesadas en su adquisición, el cambio de su condición de terrenos de naturaleza rural a urbana y el carácter estratégico de los mismos.¹⁶

En los alegatos de conclusión se plantean con fundamento en la interpretación que hace el convocante del acervo probatorio, nuevos cargos:

i) Fallas de Oportunidad: Se cuestiona la diligencia de la FIDUCIARIA en proceder a la liquidación del contrato y ejecución de las garantías en atención a que el primer aviso de incumplimiento se remonta a marzo de 1997. Se menciona así mismo la muerte del fideicomitente como momento que debió tenerse en cuenta para cesar en el cobro de las comisiones e iniciar los trámites de terminación, siendo, a su juicio, los mayores intereses y costos financieros causados por la mora de la FIDUCIARIA de cargo de dicha entidad.¹⁷

¹⁶ Sobre este mismo punto en los alegatos de conclusión se cuestiona el que se haya preferido el avalúo de LUQUE OSPINA de 1999, sobre el de la Inmobiliaria Cundinamarquesa que emitido apenas un año antes presenta una diferencia de ciento cincuenta por ciento (150%) o el que no se haya obtenido un nuevo avalúo en el momento de la venta, en la medida en que de acuerdo con el estudio de CAMACOL la construcción tuvo una reactivación contundente al pasar de un crecimiento real de (-7.2) a (3.5).

¹⁷ Señala el convocante: “ESTO QUIERE DECIR QUE LA GESTIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL FIDEICOMISO HA DEBIDO DARSE DESDE EL AÑO 1.997, NO DESDE EL AÑO 1.998 NI POSTERIORES, PRUEBA IRREFUTABLE DE LA FIDUCIARIA, PERO NOTEN ÁRBITROS QUE LAS GESTIONES DE VENTA SOLAMENTE SE EMPEZARON A LLEVAR A ACBO POR LA FIDUCIARIA SOLAMENTE A PARTIR DEL AÑO 2.000, BASTA MIRAR QUE LAS PUBLICACIONES SOLAMENTE SE HACEN EN ESTE AÑO, SIENDO LO PRIMERO QUE

ii) Vigencia de los avalúos: Se cuestiona además, por parte del convocante, la responsabilidad de la fiduciaria por haber incumplido, en su criterio, la obligación contenida en la cláusula novena consistente en proceder a la venta con un avalúo actualizado.¹⁸

iii) Cargas no previstas: Se cuestiona los supuestos costos financieros derivados del crédito por la suma de noventa millones de pesos otorgado por la Fiduciaria y, el que se haya reconocido a las entidades crediticias los intereses.

iv) Oportunidad y condiciones de los avisos: Destaca la parte convocante: “ruego detenerse en la publicación de fecha diecisiete (17) de Julio de 2000, la cual denota ampliamente el descuido con que manejó la Fiduciaria el proceso de venta de los inmuebles: El aviso no dice absolutamente NADA. Dicho aviso no ofrece ninguno de los inmuebles en venta como debió ser la intención del mismo. Ni siquiera puede ser considerado como un medio de notificación a los herederos del fideicomitente puesto que allí no se indicó tal fin; Para rematar el aviso siguiente fue publicado el treinta (30) de Abril de 2001, pasado casi un año después de la publicación anterior, que para los efectos del trámite de venta que debía seguir la Fiduciaria no tiene ningún efecto.”

DEBEN HACER CONFORME AL CONTRATO DE FIDUCIA.” (...) Cabe preguntarse por qué motivo continuaron causándose comisiones fiduciarias luego de la muerte del señor VÍCTOR VÉLEZ GIL siendo la muerte del fideicomitente causal para la terminación del contrato, y solo a partir de noviembre de 1998 se iniciaron gestiones para la liquidación del fideicomiso, solicitándose el primer avalúo un año después, en septiembre de 1.999 ? (...) **Ruego al honorable Tribunal tener en cuenta que no puede ser de cargo del fideicomitente el costo financiero de los intereses moratorios causados durante todo el tiempo que tardó la Fiduciaria Colpatría en iniciar la liquidación del Patrimonio Autónomo, por su propia negligencia, gestión que debió iniciarse desde el fallecimiento del fideicomitente o desde el incumplimiento.**” (Destaca la parte convocante).

¹⁸ Se señala por la parte convocante: Durante el Contrato de Fiducia solo se efectuaron dos avalúos: el primero para la constitución de la fiducia (Septiembre 12 de 1995); el segundo efectuado el cinco (5) de Noviembre de 1999 por HECTOR LUQUE OSPINA; dado que las publicaciones se efectuaron durante el transcurso de los años 2000 y 2001, los avalúos con base en los cuales se ofrecieron los inmuebles NO correspondían con los valores comerciales de los mismos, lo cual representó una gestión contraria al contrato de Fiducia en detrimento patrimonial de mi poderdante

b. Marco General de la Responsabilidad del Fiduciario

La responsabilidad de las entidades fiduciarias se inscribe en la denominada responsabilidad profesional, la cual esencialmente implica la utilización de un rasero más exigente al ordinario que ha sido construido sobre el nivel de diligencia y cuidado de un buen padre de familia. En la actualidad, de modo cada vez más generalizado, no se espera de quien se ejercita en un trabajo especializado, el nivel de diligencia y cuidado de un hombre ordinario mediana o altamente diligente. Se espera algo más y ese algo más se relaciona con las expectativas de quienes entran en trato con el mismo, ligadas a su especial conocimiento y versación en la profesión, arte u oficio de que se trate. Esta tendencia ha proyectado ya su influjo sobre la legislación mercantil, así por ejemplo, el artículo 23 de la ley 222 de 1995 refiriéndose a los administradores de las sociedades mercantiles inicia el catálogo de deberes de los mismos estableciendo que deben obrar “de buena fe, con lealtad y con la diligencia y cuidado del buen hombre de negocios.”

Respecto de las implicaciones que tiene el carácter profesional de la actividad fiduciaria el Dr. Sergio Rodríguez Azuero señala que “(...) difícilmente puede encontrarse un contrato que permita ilustrar, de modo más cabal que el de la fiducia, la evolución de la contratación profesional, de las obligaciones derivadas y de los temas de responsabilidad consiguientes.”¹⁹ Lo anterior, por cuanto “el fiduciario es un gestor de negocios ajenos”²⁰, no simplemente el tipo de gestor que se limita a ejercer una actividad de comercio, sino aquel que emprende en forma regular y masiva una actividad para la que se requiere una preparación particular llamada a generar expectativas en la comunidad, acordes con el estado del arte.

La relación fiduciaria supone el deber por parte del profesional de actuar con lealtad, transparencia, eficacia y prudencia.²¹ En el derecho anglosajón se exige por parte del fiduciario un cumplimiento particularmente celoso de sus obligaciones

¹⁹ RODRÍGUEZ AZUERO. Op. Cit. Página 265.

²⁰ *Ibíd.*.

²¹ *Ibíd.*. páginas 268 y ss.

que supone la observancia por parte del mismo, de los deberes de imparcialidad, justicia, dedicación, fidelidad, franqueza, lealtad y buena fe.²²

No obstante lo anterior, la responsabilidad del FIDUCIARIO sigue siendo una responsabilidad fundada en la culpa que como tal, se enmarca dentro del principio general de responsabilidad consagrado en el artículo 2341 del Código Civil. Y lo es así por expresa voluntad del legislador comercial que en el artículo 1243 del C. de Co., dispone por regla que el fiduciario responderá hasta por “culpa leve” en el cumplimiento de su gestión.

Esta definición admite en sana lógica excepciones o modulaciones en función de la naturaleza de las cosas, tratándose en este caso de prestaciones aisladas que no llegan a afectar el principio legal.

Algo semejante puede observarse de la definición de las obligaciones del fiduciario como de medios y no de resultados, contenida en el numeral tercero del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que preceptúa: “Prohibición general. Los encargos y contrato fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por parte de éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos que así lo prevea la ley.”

Siendo aplicable el principio general de responsabilidad al fiduciario, es necesario, en primera instancia, que se establezca una acción u omisión por parte del mismo que pueda ser calificada como culposa, la existencia de un daño cierto y la debida conexidad entre la negligencia del fiduciario y el daño. Tratándose las obligaciones de los fiduciarios de obligaciones de medios y no de resultados, el daño indemnizable, en principio, no puede constituir en el desagrado con el resultado de la gestión del fiduciario, sino en una situación de pérdida efectiva que tenga como correlato un defecto en los medios utilizados o dejados de utilizar por el fiduciario.

²² RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. La responsabilidad del Fiduciario. Ediciones Rosaristas. Primera Edición. Bogotá, 1997. P. 84.

La Superintendencia Financiera de Colombia define el contrato de Fiducia en garantía, en los siguientes términos:

*“ Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados, para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”.*²³

Esta modalidad de fiducia, a diferencia de otros negocios fiduciarios, posee una connotación instrumental. Supone, por fuerza, la existencia, al margen del contrato, de obligaciones principales, usualmente de carácter crediticio, en las que el actor por excelencia es el propio fideicomitente. En él recae el vínculo obligacional básico que lleva en caso de incumplimiento a poner en funcionamiento el procedimiento para la ejecución de la garantía. Aún frente a las vicisitudes de las relaciones jurídicas que llevan a hacer efectiva la garantía, el fideicomitente no pierde su capacidad de maniobra y acción en el ofrecimiento a los acreedores de fórmulas de arreglo, como la dación en pago, usualmente consagrada en los contratos de fiducia, con el objeto de no exponerse a la pérdida de valor de la garantía que puede acaecer en caso de salir al mercado en un contexto de baja demanda. No nos encontramos, entonces, con el tipo de negocios fiduciarios donde el protagonismo se concentra altamente en la fiduciaria y donde el fideicomitente o beneficiario se encuentran en una situación de marcada dependencia o inferioridad que llevan a emplear con un fin tuitivo una severidad extrema en el análisis de la conducta del fiduciario. El carácter colaborativo de la relación adquiere en este caso su mayor relevancia, y está llamado a incidir en el estándar de análisis judicial. Sin renunciarse al rigor en la evaluación de la conducta del fiduciario, la misma se entra a valorar en conjunto con la conducta del fideicomitente, entendiendo que al no existir el mismo grado de asimetría que en otros negocios fiduciarios, éste posee una carga mayor en la defensa y agenciamiento de sus propios intereses durante la ejecución del contrato.

La pretensión primera de la demanda arbitral busca que se declare que “por culpa, negligencia grave y dolo” se declare la responsabilidad de la Fiduciaria por incumplimiento del contrato. Culpa y negligencia son nociones idénticas. En cambio la noción de culpa es diferente a la de dolo al no existir en la culpa la intencionalidad de causar un daño como ocurre en el dolo, si bien el artículo 63 del C.C. establece la equivalencia en materia civil entre la culpa grave y el dolo, equivalencia que por fuerza ha de entenderse como una ficción enderezada, más a identificar los efectos de una y otra figura, que a desdibujar sus diferencias. Sea como sea, la culpa y el dolo resultan mutuamente excluyentes si se refieren a un mismo fenómeno. O se actúa con culpa o se actúa con dolo, pero no se puede al mismo tiempo y frente a una misma situación actuar con culpa y dolo.

Ahora bien, y así lo ha entendido este Tribunal, la noción de culpa empleada sin calificativo alguno se refiere a la culpa leve, de acuerdo a la definición legal del artículo 63 del C.C. que reza: “Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve.” Así mismo, según se ha logrado discernir, son más de uno los motivos de inconformidad de la parte actora, de modo que el incumplimiento cuya declaración se persigue no se deriva del cuestionamiento de una misma y única conducta, sino de un conjunto de ellas, de modo que esta tripartición podría cobrar un sentido útil.

El problema con el cual se ha enfrentado este Tribunal consiste en que la demanda no es clara en identificar ni diferenciar las conductas que se atacan por culpa leve, de aquellas que se atacan por descuido grave, de aquellas que se tachan como dolosas, lo que ha obligado al mismo a desentrañar el tipo de culpa de cada cargo, según el contexto de su formulación.

c. Los Cargos Formulados a la luz del contrato y de la ley.

1. Actos de ejecución posteriores a la muerte del constituyente: En un aparte anterior de este laudo, se ha dejado sentado el criterio

²³ Circular Jurídica 7 de 1996, Título V, Capítulo Sexto, numeral 2.9

según el cual la mera referencia a las causales de extinción del contrato contenidas en el artículo 1240 del C. de Co. no conlleva la incorporación de la muerte como causal de terminación del mismo al tratarse en el artículo 1240 del C. de Co. como una facultad que requiere de una definición en el acto constitutivo.

Debe añadirse para el caso en cuestión, que el propio texto del contrato hace total claridad en su objeto, en donde se señala: "...la fiducia estará vigente mientras lo estén las obligaciones garantizadas con ellas...".

Sin desconocer la autonomía propia de la fiducia y sus notas especiales como el tipo de representación o apoderamiento que conlleva y el tipo de patrimonio al cual da lugar, la doctrina ha resaltado las prestaciones o elementos que vinculan a la fiducia con la figura nutricia del mandato. La propia Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, ha reconocido este hecho cuando afirma en su circular básica jurídica, al definir el concepto de negocios fiduciarios que estos son "instrumentados con apoyo en las normas relativas al mandato."

Pues bien, el artículo 2194 del Código Civil señala: "Sabida la muerte natural del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; pero si de suspenderlas se sigue un perjuicio a los herederos del mandante, será obligado a finalizar la gestión principiada."

En consecuencia, aún de haberse establecido la muerte como causal de terminación del contrato, los actos que sean un directo desarrollo del contrato, efectuados en beneficio de los herederos, en este caso del fideicomitente, están llamados a tener plena validez y no constituyen incumplimiento del contrato, sino por el contrario desarrollo de un deber, y esto es así, sea que se acoja la aplicación por

vía directa de la disposición en cuestión con fundamento en un análisis de la prestación en concreto en tanto manifestación de una forma de mandato, o que se asuma con rigor la consideración del contrato de fiducia como autónomo, pues existiendo total similitud de circunstancias fácticas, se impone la analogía.

La expedición de un certificado de garantía a favor de un acreedor constituye, en principio, un acto que favorece a los herederos y/o les evita un perjuicio. Es fácil advertir que una entidad crediticia, en ausencia de una garantía adecuada y suficiente que le ha sido prometida para obtener un nuevo crédito o refinanciar una obligación, está legalmente habilitada e incluso obligada en ciertos casos a no efectuar el desembolso o proceder al cobro coactivo de las obligaciones que se pretendían reestructurar, si éste fuere el caso.

Lo anterior conduce a establecer que la expedición de un certificado de garantía con posterioridad a la muerte del fideicomitente no implica en sí misma un acto negligente ni doloso, como tampoco se traduce en un incumplimiento, máxime si como en el presente caso se dirige a hacer efectiva una orden o mandato proferido en vida por el Fideicomitente. De otra parte quedo probado dentro del proceso que en el momento de la expedición del certificado identificado con el número 578, no había mediado aún, por parte del convocante o de sus familiares, la notificación a la Fiduciaria de la muerte del Fideicomitente, y el mencionado certificado se expidió pocos días después de la ocurrencia del deceso.

Procede entonces investigar si los nexos societarios entre la fiduciaria y el acreedor garantizado están llamados a variar el anterior análisis.

Este Tribunal considera en primer término que el hecho de que la expedición del certificado represente un beneficio en interés del

acreedor garantizado, no demerita el hecho de que la expedición del mismo satisfizo un interés objetivo del fideicomitente y actualmente de los herederos, de modo que los intereses de los dos extremos de la relación, en lugar de estar conflicto resultan, en esta circunstancia particular, de carácter concurrente.

En segundo término, no se ha encontrado en el acervo probatorio prueba alguna que demuestre que se haya extendido un privilegio o beneficio especial al Banco Colpatria, notándose por parte de la Fiduciaria un trato y actuación frente al citado banco, uniforme al deparado a los restantes acreedores garantizados. En efecto, no se probó dentro del presente trámite arbitral que la Fiduciaria hubiese actuado sin simetría ni que hubiese desbordado el marco del contrato para favorecer en forma exclusiva al Banco Colpatria

En tercer lugar la Fiduciaria procedió en desarrollo de una orden o mandato formulado por el propio Fideicomitente que escogió al Banco Colpatria y a la Fiduciaria convocada en este trámite arbitral, no obstante ser notoria y pública su vinculación a un mismo conglomerado económico.

No se desconoce por parte de este Tribunal el riesgo propio de la figura de la fiducia en garantía generado por las situaciones de grupo como la presente, en lo tocante a las condiciones de disposición de la prenda o garantía, tal y como ha sido advertido por la doctrina.²⁴

Es conveniente traer a colación que el artículo 2422 del C.C. proscribe el pacto comisorio al prohibir las estipulaciones en las que “el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.” De igual

²⁴ En este sentido, USTARIZ, Luis Humberto. Régimen de los Conflictos de Interés. Asociación Bancaria y de Entidades Financieras. Bogotá, 1997. Págs. 81-83.

modo es pertinente resaltar que el artículo 1203 del Código de Comercio considera como ineficaz: “Toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medios distintos a los previstos en la ley.”

Pero el que exista el riesgo en cuestión y que en muchos casos resulte inconveniente la celebración de este tipo de negocios en las condiciones advertidas, no implica la ilegalidad de los mismos.

De un lado, la situación de grupo no vacía en tal grado el principio de la personería jurídica hasta el punto en que sea dable predicar que los actos de una filial son actos indirectos de su matriz. De otro lado, se mantiene como presupuesto fundamental la presunción de la buena fe. Finalmente, esta situación no escapa a las reglas de administración de los conflictos de interés según las cuales la obligación de abstención puede removerse por el consentimiento del Fideicomitente para el caso, siempre y cuando la gestión se realice con apego a condiciones objetivas de mercado.

Todo indica que además de conocida y aceptada por el Fideicomitente la condición en cuestión, el ingreso del Banco Colpatría dentro del abanico de acreedores garantizados ocurrió con posterioridad a los otros acreedores, de modo que las condiciones y garantías alrededor de la disposición de la prenda y demás elementos del contrato ya se encontraban definidos, además de corresponder a un contrato elaborado sobre un modelo más o menos general.

No está en consecuencia llamada a prosperar la declaración de dolo o de incumplimiento del contrato por esta causa.

2. Unilateralidad, vigencia y precio de los avalúos: La CLÁUSULA NOVENA al fijar las bases para la realización de los activos dispone

como criterio “el avalúo comercial actualizado de los bienes.” El último avalúo efectuado durante el desarrollo del contrato está fechado el 5 de noviembre de 1999 (Folios 481 y ss del Cuaderno de Pruebas No. 2).

Atendiendo el hecho de que las publicaciones para la venta se iniciaron en el transcurso del año 2000 y se extendieron al año 2001, se han tachado por la parte convocante como violatorios de la cláusula novena, cargo que en particular se dirige contra el avalúo de Luque Ospina. Se ha cuestionado aludiendo a su carácter unilateral y, de manera principal, se ha entrado a cuestionar de dicho avalúo, su aptitud para reflejar el justo precio.

Efectuado un análisis sistemático del contrato, este Tribunal encuentra que a la luz de la cláusula SEXTA, numeral 5, literal b), es obligación que se pactó a cargo del Fideicomitente: “Presentar avalúos comerciales de los bienes fideicomitidos, efectuados por una firma autorizada por EL FIDUCIARIO, con el fin de verificar que dichos bienes cubran suficientemente las obligaciones garantizadas. Adicionalmente, con una periodicidad mínima de un año, debe presentar avalúo actualizado de los inmuebles, realizado por una firma autorizada por el FIDUCIARIO, sin perjuicio del derecho que se reserva este último de solicitar su renovación cuando lo estime conveniente y así se lo comunique por escrito al FIDEICOMITENTE.”

A partir de una revisión detenida del material probatorio, este Tribunal encuentra que, si bien no existe evidencia inequívoca de la aceptación del avalúo por parte del Sr. Jorge Vélez, existen suficientes indicios y pruebas de su participación en el proceso de avalúo y oportunidad de réplica respecto del mismo, tal como consta en las diversas comunicaciones que se reseñan a continuación:

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE JORGE ALBERTO VELEZ VELASQUEZ
CONTRA
FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.**

REMITENTE	DESTINATARIO	DOCUMENTO
Fiduciaria Colpatría	Banco Tequendama	. Se Informa que se obtuvo autorización de JORGE VELEZ para la elaboración del avalúo. FOLIO 336 DEL C. DE PRUEBAS 3
Fiduciaria Colpatría	Héctor Luque	Se remiten documentos para la realización del avalúo y se informa que JORGE VELEZ es la persona con quien se debe hacer la visita para la elaboración del avalúo. FOLIO 335 DEL CUADERNO DE PRUEBAS NO. 3
Fiduciaria Colpatría	Banco Tequendama	Se da alcance a la comunicación del 28/09/99 y se informa que en reunión realizada con JORGE VELEZ se acordó que Héctor Luque Ospina visite los inmuebles para realizar avalúo, el cual será dado a conocer a los acreedores en reunión que se citará oportunamente. FOLIO 330 DEL C. DE PRUEBAS 3
Fiduciaria Colpatría	Jorge Vélez	Se envía copia del acta de la reunión del 29 de septiembre de 1999, en la que se determinó que se hará un nuevo avalúo a los inmuebles el 7 de Octubre. FOLIO 331 DEL C. DE PRUEBAS 3
Fiduciaria Colpatría	Banco Tequendama	Se informa que debido a inconvenientes para hacer el avalúo se hizo necesario un levantamiento topográfico para verificar las medidas de los lotes; y que una vez el evaluador tenga el levantamiento entregará el avalúo y se le comunicará oportunamente. FOLIO 327 DEL C. DE PRUEBAS 3
Fiduciaria Colpatría	Banco Tequendama	Envía avalúo realizado el 5 de Noviembre por Héctor Luque Ospina para su revisión y comentarios. FOLIO 315 DEL C. DE PRUEBAS 3
Fiduciaria Colpatría	Jorge Vélez	Envía avalúo realizado el 5 de Noviembre por Héctor Luque Ospina para su revisión y comentarios. FOLIO 310 DEL C. DE PRUEBAS 3
FOLIO 25 DEL CUADERNO DE PRUEBAS 4		<p>ACTA NO FIRMADA POR JORGE VÉLEZ. Asistentes: Jorge Vélez, Banco Tequendama, Banco Colpatría, Dann Financiera y Fiduciaria Colpatría.</p> <p>Contenido:</p> <p>1) Tres propuestas de Jorge Vélez para pagar las obligaciones garantizadas así:</p> <p>a) Con certificados de donación de medicamentos; rechazada por Banco Tequendama;</p> <p>b) Plazo hasta Junio de 2000 para negociar otros activos y pagarle a los acreedores y también para gestionar venta de inmuebles fideicomitidos con igual propósito; y</p> <p>c) Dación en pago a prorrata de las acreencias, frente a los cual los acreedores manifestaron que debían tenerse en cuenta también los intereses.</p> <p>2) Propuesta de los Acreedores:</p> <p>a) Dación en pago total que incluya los intereses, se libera el Fideicomitente; y</p> <p>b) Dación en pago parcial, si la dación se hace solo por el valor de los certificados, caso en el cual el Fideicomitente queda con una deuda insoluta y debe garantizar este saldo.</p> <p>3) Se determinó que mientras se estudia la dación, deben hacerse las publicaciones para la venta de los inmuebles a cargo del Fideicomitente.</p> <p>4) Se fijó como plazo máximo para la dación el 15/12/99, con las siguientes condiciones</p> <p>a) Monto sería el 70% del avalúo hecho por Luque Ospina el 05/11/99.</p> <p>b) Gastos de la Dación y Comisiones Fiduciarias a cargo del Fideicomitente</p> <p>c) Acreedores liquidarán intereses al 15/12/99 y las remitirán a la Fiduciaria.</p>

De lo anterior se puede colegir que aquello que se demanda como un incumplimiento de la FIDUCIARIA, en el texto y contexto del contrato es en realidad un incumplimiento del FIDEICOMITENTE que, si albergaba algún desacuerdo sobre el monto y condiciones del mismo, mantuvo siempre abierta la posibilidad de presentar uno nuevo, enervando así su propio incumplimiento. Esta sería la conducta lógica y razonable de quien no solo tenía la obligación contractual, sino de la parte a quien le asistía el mayor interés en corregir cualquier yerro sobreviniente.

La anotación de que a la sazón la firma que emitió uno de los avalúos no perteneciera a la lonja, como elemento para invalidar el avalúo en mención, no encuentra fundamento en el contrato, el cual, no contiene dicha exigencia.

Por otra parte, no ha encontrado este Tribunal evidencia, dentro del material probatorio aportado, que denote un error grave en el avalúo emitido en noviembre de 1999.

Bien hubiera podido convenirse como ha ocurrido en otros casos que sea la Fiduciaria, a costa del Fideicomitente, quien realice el avalúo, lo que podría implicar un análisis diferente tal como el efectuado en otros pronunciamientos arbitrales donde se establece esta obligación en cabeza de la Fiduciaria. Pero en este caso, actuando las partes dentro de los linderos de la libre iniciativa, se pactó la obligación primaria de aportar el avalúo actualizado, directamente en cabeza del Fideicomitente.

Si la Fiduciaria debió suplir el incumplimiento del fideicomitente y éste estuviese inconforme con el avalúo, ha debido enervar su propio incumplimiento, antes que invertir la ecuación de la obligación contractual, o ha debido proceder a manifestar su inconformidad

dentro de un período razonable. No significa lo anterior que quien suple el incumplimiento de su contraparte sea por ello irresponsable civilmente, pero nótese que el avalúo es para el caso apenas un acto preparatorio para la venta de un bien. Debidamente notificado el deudor del mismo, está en condiciones de evitar el potencial perjuicio derivado de un posible error ya sea reasumiendo el cumplimiento de la obligación a su cargo, ora advirtiéndolo oportunamente de sus falencias.

Incluso en aquellos eventos en los cuales la obligación recaiga en la otra parte, en contratos como el que es objeto de análisis, el principio de buena fe repugna con el ejercicio tardío de los derechos o posiciones jurídicas. Por ello, este Tribunal encuentra aplicable el artículo 1270 del Código de Comercio, referente al mandato, máxime cuando la Fiduciaria ha actuado como agente oficioso, esto es, con las cargas propias de un mandatario (Art. 2305 C.C.) y por tanto, con todos sus derechos. El artículo 1270 del C. de Co. dispone que: “Si el mandante no respondiere a la comunicación del mandatario en un término prudencial, su silencio equivaldrá a aprobación, aunque el mandatario se haya separado de sus instrucciones o excedido el límite de sus facultades.”

La legislación comercial no establece cuál es ese tiempo prudencial, pero resulta claro que para los efectos del presente contrato de fiducia, que no podría ser mayor al transcurrido entre la fecha de notificación del avalúo y la fecha de inicio propiamente dicho del proceso de venta.

Lo expresado hasta aquí basta para encontrar como no procedentes las glosas formuladas por la parte actora en relación con el avalúo.

3 Fallas de Oportunidad: Frente al cuestionamiento de la falta de congrua diligencia de la fiduciaria en su proceder a la ejecución de las

garantías y liquidación del contrato, este Tribunal ha encontrado lo siguiente:

Al efectuarse un seguimiento de la documentación, se encuentran etapas de alta actividad por parte de la fiduciaria que se intercalan con períodos de inactividad que están lejos en su magnitud de corresponder a los glosados por la parte convocante.

Existiendo documentación pendiente de remitir por parte de las entidades financieras, como fue el caso del mismo Banco Tequendama, que a marzo de 1998, según se desprende de documento que obra a folio 361 del cuaderno de pruebas No. 3, no había completado dicho proceso y, existiendo durante este interregno la mora del fideicomitente en el cumplimiento de obligaciones a su cargo vinculadas a la ejecución de garantía, como el aporte de un avalúo actualizado, el pago de las pólizas de seguro, e incluso uno tan elemental como el de formalizar su representación o condición de interlocutor válido, la fiduciaria no se encontraba formalmente en situación de mora o incumplimiento, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1609 del C.C. que dispone: “[E]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”

Si bien en el plano legal, por lo anterior, no concurren los elementos para configurar la mora de la Fiduciaria, este Tribunal extraña un mayor nivel de proactividad en su gestión durante los períodos en los que si bien existía un pendiente por parte del Fideicomitente o de los beneficiarios, hubiesen cabido más actuaciones de intimación para su impulso.

Pero en este punto, nuevamente encuentra el Tribunal que la parte convocante, no obstante ser la más interesada en una realización rápida y a un precio conveniente, paradójicamente dificultó el proceso de pago y ejecución de la fiducia en garantía. Justamente, consta en el proceso la frustración de una oportunidad de venta a un mejor precio que aquel finalmente resultante, por razón de la no renuncia oportuna por parte del señor Vélez a la relación de comodato convenida en su favor, situación que incluso llevó a la Fiduciaria a promover un proceso de restitución de tenencia a fin de recobrar plenamente su disponibilidad. Existen así mismo indicios de una propuesta no aceptada por el Fideicomitente, consistente en la aceptación por parte de los acreedores garantizados de los bienes a título de dación en pago por el 70% del avalúo de Luque Ospina a condición de que la dación incluyera los intereses o en caso contrario que el saldo insoluto se garantizara de otra forma.

En consecuencia de lo anterior, este Tribunal encuentra que no están llamadas a prosperar las glosas ligadas a las demoras o fallas en la oportunidad por parte de la fiduciaria.

4. Cargas no previstas: Se cuestiona los supuestos costos financieros derivados del crédito por la suma de noventa millones de pesos otorgado por la Fiduciaria y el que se haya reconocido a las entidades crediticias los intereses.

Analizado el dictamen pericial rendido por Gloria Zady Correa, que por demás no fue objetado por las partes, en este punto, (Folios 252 a 351 del Cuaderno de Pruebas No. 4), no se encuentra que se haya establecido una carga novedosa e injusta en cabeza del fideicomitente. Por el contrario, la gestión emprendida para obtener el financiamiento de la compra por parte del tercero, se estima como

beneficiosa, pues en un contexto de escasa demanda, aseguró la venta.

El pago de los intereses está previsto expresamente en el contrato en la página foliada con el número 8 en el Cuaderno de Pruebas No.1), en el que se refiere el orden de pago de las acreencias, bajo el punto 5.5. en los siguientes términos: “Si existiere remanente luego de efectuar los pagos anteriores, EL FIDUCIARIO procederá a cancelar los intereses corrientes y de mora generados a favor de los acreedores garantizados que no estuvieren cubiertos por los certificados. (...)”

Más aún, siendo claro que la muerte del Fideicomitente no genera la extinción de contrato, ni la extinción de la obligación de reconocer las comisiones debidas al fiduciario, se pone de relieve que la Fiduciaria, que castigó finalmente la cuenta correspondiente a las comisiones en su favor derivadas de la ejecución del contrato, disminuyó la carga del Fideicomitente correspondiente al pago de las comisiones, llamada a ser pagada con el producto de las ventas en los términos del numeral 5.3., aplicando la suma equivalente al pago de intereses a los acreedores financieros.

5. Oportunidad y condiciones de los avisos: No encuentra este Tribunal ninguna irregularidad digna de sanción en el contenido y procedimiento seguido en la publicación de los avisos, más aún cuando el objetivo de los mismos se cumplió plenamente.

Este Tribunal nunca ha puesto en duda el valor estratégico y potencial de los bienes en cuestión, pero ha tenido muy presente al determinar la existencia o no de daño, factores como la existencia y coincidencia de avalúos que refieren un valor mucho más discreto, atendiendo premisas como el nivel de demanda real de los mismos y la crisis inmobiliaria durante los períodos decisivos.

Es probable que la depresión de los precios en el sector inmobiliario haya sido factor decisivo en la determinación del precio final. Para el tipo y extensión de los lotes, todo parece indicar, no había en aquel momento muchos inversionistas. Podría afirmarse en este contexto que un mayor despliegue en la prensa no hubiese sido garantía de nuevas ofertas y mucho menos de mejores posturas.

Debe recordarse que la responsabilidad de las entidades fiduciarias para el caso es de medios y no de resultados, de allí que habiéndose surtido el proceso idóneo fijado por las partes en el contrato para la realización de los activos, el que la postura compradora no se haya acercado al valor ideal de los predios no puede ser asimilado a una causa de responsabilidad, siendo parte del alea del Fideicomitente.

Quizás pueda reprochársele a la FIDUCIARIA su falta de agresividad comercial en tanto se limitó a cumplir con el libreto preestablecido en el contrato, pero el mismo no resultaba inadecuado en tanto suponía unos controles sobre el precio y un mecanismo concurrencial, todo ello a favor del Fideicomitente. Por lo demás, siendo este tipo de contratos de carácter colaborativo, igual reproche cabría hacerle a la parte CONVOCANTE, que en el momento más decisivo de la relación, no asumió la actitud protagónica, dinámica y diligente que era de esperar. Pero, en cualquier caso, para la coyuntura inmobiliaria vigente en la época en que se inició el trámite de la ejecución de la garantía, (folios 135 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 5), no existe certeza alguna, ni ello fue probado dentro del proceso, de que una mayor gestión comercial de una y otra parte, hubiese redundado en una diferencia sustantiva en el precio.

Si el convocante ha sufrido un perjuicio, no se ha probado en este caso que haya sido la negligencia de la Fiduciaria la que lo ha causado. Las cosas valen lo que se da por ellas, reza el mercado. Unas veces se obtiene menos del justo valor. Otras, se obtiene su valor o más. El trabajo de toda una vida puede estar comprometido en una fluctuación del mercado, pero para el derecho, éste no es el campo de la culpa, sino el campo del riesgo y, desde antiguo las cosas perecen para su dueño.

Se ha revisado en adición a las conductas advertidas por el convocante el conjunto de actuaciones de la entidad sin encontrar una fuente clara de responsabilidad ya sea por culpa leve, culpa grave o dolo. En razón de todo lo anterior, este Tribunal considera que las pretensiones relativas al incumplimiento del contrato no están llamadas a prosperar, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive.

C. Excepciones formuladas por la parte convocada.

Salvo la excepción de falta de legitimación de la parte activa, que no está llamada a prosperar por las razones expuestas en los presupuestos del proceso, las excepciones restantes son en realidad argumentos o razones de la defensa propios del ejercicio llano del derecho de contradicción.

La inexistencia de culpa o dolo; el debido cumplimiento del contrato; la Improcedencia de la Resolución del Contrato; son aspectos que han sido objeto de análisis a lo largo del laudo y respecto de los cuales el Tribunal se ha pronunciado en forma favorable.

Se plantea como excepción la inexistencia de perjuicios. El criterio de este Tribunal de acuerdo a lo sostenido en el laudo se limita a establecer que no han quedado probados en este caso perjuicios imputables a la Fiduciaria.

III. OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial practicado por el señor Carlos Iván Ávila Barreto, perito designado por el Tribunal, fue objetado por Error Grave por el señor apoderado de la parte convocada. De este dictamen se corrió traslado mediante providencia notificada el 24 de junio de 2005.

Es en el Laudo precisamente, donde deben decidirse las objeciones por Error Grave que se hayan formulado contra los dictámenes periciales practicados dentro del proceso. De esta manera lo dispone el artículo 113 de la Ley 23 de 1991, norma esta que no fue derogada ni expresa, ni tácitamente por la Ley 446 de 1998.

A. Posición de la parte convocada.

Son dos, en efecto, los motivos que aduce el objetante para fundamentar los reparos por Error Grave que endilga a la peritación.

1. Primera Objeción

La primera objeción está dirigida a demostrar la inconsistencia del peritaje “por cuanto las áreas de los inmuebles indicados en el experticio, no corresponden a los reales”.

Señala la parte convocada que ciertamente en el dictamen pericial se indica que el área total de los inmuebles objeto del avalúo es de setenta y dos mil ochocientos dos metros cuadrados (72.802 m²), pero que de acuerdo con los documentos de paz y salvo de Tesorería, de cada uno de los cinco lotes, el área total es de setenta y un mil novecientos treinta metros cuadrados (71.930m²).

Adicionalmente, el objetante indica que en el experticio aparece como área construida en el lote denominado “Las Mercedes” la cantidad de quinientos

ochenta metros cuadrados (580m²), cuando el área real de la construcción, hecha por los expertos que elaboraron el informe que se adjuntó como prueba a la objeción del dictamen pericial, es de trescientos cincuenta y siete metros cuadrados con diecinueve centímetros (357.19 m²).

Basado en los hechos aquí narrados, el apoderado de la convocante estructura la objeción así: “Se concluye de este punto que al calcularse el valor de los inmuebles sobre áreas inexactas, el perito cometió Error Grave en el monto final total que señala en el avalúo como precio comercial de dichos inmuebles”.

2. Segunda Objeción.

Se refiere esta objeción a varios supuestos errores graves en que incurrió el perito al hacer la valoración de los inmuebles.

a. El primer error lo fundamenta el apoderado en el hecho de que el valor de los inmuebles se basó en que éstos estaban ya totalmente urbanizados, y que las áreas de los cinco lotes, se encontraban construidas o por construir, cuando lo cierto es que el porcentaje de áreas construidas en dichos terrenos es muy bajo. Esta aseveración pretende ser probada a través de un informe preparado por la firma Ahumada Ingenieros y Asociados Ltda, adjuntada al proceso, así como con fotografías anexas a dicho informe.

Concluye el objetante así: “Al adjudicarle al área total de los inmuebles objeto de prueba un valor que corresponde a lotes totalmente urbanizados, necesariamente el resultado final del avalúo será errado”.

b. Sostiene la objeción que el peritaje no utilizó una metodología adecuada al calcular el metro cuadrado, en especial para los años 1998, 1999 y 2000. Al respecto se anota que se tomaron los valores de venta de

algunos lotes de menor área, para efectos de determinar el valor del metro cuadrado, sin observar que los valores de venta tomados corresponden a terrenos urbanizados, y por tratarse de áreas menores, el valor por metro cuadrado resultaba mayor.

El objetante resume su inconformidad de la siguiente manera: “No calculó el valor cierto de los inmuebles, sino que se conformó con el valor de metro cuadrado urbanizado. Este es un error grave, por cuanto en primer lugar el perito debió diferenciar entre el metro cuadrado urbanizado dentro y fuera del conjunto cerrado, modalidades que se ofrecen actualmente, y calcular el valor promedio de metro cuadrado urbanizado. Hecho lo anterior, se debió descontar el valor correspondiente al urbanismo y al costo financiero total, para obtener como resultado el valor del metro cuadrado bruto. Este valor del metro cuadrado bruto actual, se eleva a los años 1998, 1999 y 2000 (años en que los lotes carecían de urbanismo) mediante un proceso de deflactación para así calcular sin lugar a equívocos el valor real de los inmuebles para esos años”.

c. Se afirma en el alegato de objeción que el dictamen pericial adolece de Error Grave al tomar el ciento por ciento, de los inmuebles evaluados como áreas útiles sin tener en cuenta las respectivas zonas de cesión. Afirma el informe técnico presentado por el abogado de la convocada que en la urbanización denominada “Conjunto Cerrado Villa Gloria”, ubicada en la vecindad de los lotes objeto de la prueba, las zonas de cesión correspondieron al 46.31%, elemento de juicio este que puede ser tenido en cuenta para calcular el área útil de los inmuebles relacionados.

d. Arguye la objeción que el peritaje no tomó suficientes muestras para determinar el valor de los inmuebles, en cuanto que el perito sólo tomó como referencia solo uno de los dos valores de transacciones para cada uno de los años en que se evaluaron los inmuebles.

Al respecto dice la objeción, que tan escasa información no es susceptible de un tratamiento estadístico, “factor este que también hizo incurrir en error grave al señor perito”.

e. Por último, la objeción resalta la circunstancia de que los aumentos en los avalúos de los años 1998 a 1999, y de este último al año 2000, no tienen relación lógica, en cuanto que por un lado, superan ampliamente los índices de inflación certificadas para los mismos períodos, y, de otra parte, no tuvieron en cuenta la crisis financiera vivida por el país en los citados años, que afectó al sector inmobiliario, particularmente en lo que hace a la demanda sobre bienes inmuebles. El soslayar estos criterios, afecta el resultado final y evidencia un Error Grave, según la afirmación del abogado de la convocada.

El escrito de objeción se presentó acompañado de una prueba documental, o sea el avalúo practicado a solicitud de la convocada por la ya mencionada firma Ahumada Ingenieros y Asociados Ltda., y por una solicitud para que se oficie a la Cámara Colombiana de la Construcción – Camacol, para que certifique sobre la depreciación de los inmuebles y la caída de la demanda sobre los inmuebles en el Departamento de Cundinamarca durante los años 1998, 1999 y 2000.

B. Posición de la parte convocante.

La parte convocante, en el alegato de conclusión presentado por su apoderado, destaca que “los resultados del avalúo son contundentes y veraces, dejando ver que los inmuebles debido a su excelente ubicación y su condición especial en relación con la topografía de San Francisco de Sales, contaban con gran proyección tanto mediata como inmediata al momento de la constitución del patrimonio autónomo como al momento de efectuarse las daciones en pago”.

Llama la atención, por otra parte, a los miembros del Tribunal sobre el hecho afirmado por la misma parte según el cual la firma Ahumada Ingenieros Asociados Ltda., entidad que preparó el informe presentado por la Fiduciaria Colpatría, no está afiliada a la Lonja de Propiedad Raíz “tal como da cuenta la comunicación emitida por dicha entidad”.

Finalmente, solicita la convocante a los árbitros que “al momento de valorar el experticio sea tenida en cuenta la comunicación emitida por Camacol la cual contiene un análisis del sector de la construcción, índices los cuales según dejan ver un fuerte crecimiento en la construcción lo que implica directamente un incremento en el valor de los inmuebles”.

C. Consideraciones del Tribunal.

Para el Tribunal las objeciones por Error Grave formuladas contra el dictamen pericial, están llamadas a prosperar por las siguientes consideraciones:

1. El numeral 4 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, tal como quedó modificado en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 2282 de 1989, y que regula la contradicción del dictamen pericial, dispone que el dictamen puede ser objetado por error grave “siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hayan llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

Es el artículo 153 del Decreto 1818 de 1998 el que remite a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil. Contrasta la norma en vigencia con la contenida en el Código de 1970 que disponía que las partes podían “objectar el dictamen por error grave”, circunstancia ésta que se hubiese podido interpretar como que el error podía ubicarse en cualquiera de las partes del dictamen.

2. Con las normas vigentes, los Errores Graves que se le endilguen a un dictamen pericial, para que puedan ser apreciados como tales, deben incidir en sus conclusiones u originarse en ellas. No es, pues, cualquier Error Grave, el que pueda tener una connotación especial en un trámite de objeción, sino que tiene que ser de aquellos provistos de tal condición, que de no mediar en una apreciación, otro sería el resultado del experticio. Es por eso por lo que las disposiciones aplicables imponen a quien objeta un dictamen pericial por Error Grave la carga de precisar tales errores en el escrito de objeciones, y la de aportar y solicitar las pruebas para demostrarlos.

3. El Tribunal establece que la primera objeción presentada por la convocada, en referencia a las áreas de los inmuebles señalados en el experticio no está llamada a prosperar, por no haberse demostrado el Error Grave.

No se trata de darle preponderancia a las diferencias numéricas destacadas por el apoderado de Fiduciaria Colpatría, que bien poco significativas podrían llegar a ser, sino que resulta imprescindible observar que los dos pareceres en conflicto están basados en elementos de juicio válidos. El perito se basa para su afirmación en planos que anexa a su trabajo, suministrados por el Instituto Agustín Codazzi, y el objetante radica su inconformidad en los documentos de paz y salvo de Tesorería. Entre uno y otro criterio existe en la práctica una diferencia de 872 m², que a primera vista parece significativa, pero no lo es tanto en el contexto del caso al significar el 1.19% de la mayor área, al fundarse en una fuente seria y al existir indicios acerca de condiciones del terreno que explicarían esta discrepancia entre dos fuentes de orden estatal, a tal punto que el avalúo de Luque Ospina fue precedido de un levantamiento topográfico, de modo tal que la citada diferencia en el metraje no conlleva a un eventual Error Grave. Lo que sí hace este trabajo es observar que la labor del perito en este punto concreto, estuvo soportada en un elemento de juicio válido como puede ser

el aportado por el Instituto Agustín Codazzi. Para este Tribunal las observaciones que dan lugar a la objeción por Error Grave deben dejar en claro que el dictamen pericial tenga fundamentos equívocos de tal magnitud que conduzcan irremediablemente a conceptos erróneos y falsas conclusiones.

Para decirlo de otra manera, el Error Grave debe mostrar una equivocación ostensible, y no simplemente la discrepancia en relación con la metodología. Sobre esta materia la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “Cuando la tacha por Error Grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para respetar simplemente sus razonamientos y conclusiones, no se está aplicando ni interpretando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entrará en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento u otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”(Corte Suprema de Justicia, Expediente 3446, auto de septiembre 8 de 1993. Magistrado Esteban Jaramillo S.)

En el estudio de esta primera objeción no encuentra el Tribunal que la parte convocada en su escrito de objeción hubiese especificado y demostrado el Error Grave del perito por haberse basado, para dar su experticio, en documentos del Instituto Agustín Codazzi y no en los Paz y Salvos de Tesorería. El Tribunal destaca que la carga de la prueba corresponde a quien alega, y en este caso el objetante no probó.

Otra cosa ocurre con el dictamen en materia del área construida. En este punto la prueba aportada por el objetante, que coincide con la indicada en el paz y salvo de valoración del inmueble “Las Mercedes” dejan claro que esta es de 357.19 m² y no de 580 m² tal como lo afirma el perito sin evidencia alguna.

4. Han de prosperar las objeciones presentadas en torno a la valoración de los inmuebles contenidos en el punto “2- El avalúo de los inmuebles”, del respectivo escrito, en sus literales A), C) y E). Evidentemente las valoraciones a las que hacen referencia los literales atrás indicados no constituyen cualquier error, sino que por el contrario tiene tal relevancia y entidad que resultan manifiestas en el mismo cuerpo del dictamen. Los errores aquí expresados son graves en cuanto que condujeron a que las conclusiones sobre valoraciones resultaran erróneas y falsas.

Así ocurre con el hecho de que el perito hubiese pasado por encima, en su dictamen, de las zonas de cesión, cuya consideración lleva a la exacta medición de las áreas útiles. En el informe presentado por el objetante, se ve sin mayor esfuerzo cómo en los predios vecinos al estudiado, las zonas de cesión corresponden al 46% aproximadamente. Y, de cualquier manera, constituye Error Grave que altera el avalúo del inmueble el tomar el ciento por ciento (100%) del predio como área útil.

Queda probado, además, según lo demuestra el estudio de la firma Ahumada Ingenieros y Asociados, que solo una parte de los terrenos estudiados están urbanizados y actualmente, tal como se dedujo de la inspección practicada a los terrenos por el Tribunal, solo parte de los mismos están en proceso de urbanización, y son escasos los construidos. Así lo demuestran también las fotografías aportadas por el objetante y que forman parte del informe de la firma Ahumada Ingenieros y Asociados Ltda, entidad esta que si bien no está afiliada a la Lonja de Propiedad Raíz, muestra una gran experiencia en el manejo de estos temas, a fuer de que su informe no fue objetado por causa diferente a la de no contar con la susodicha afiliación, y tampoco fue tachado de falso.

5. No deben prosperar las objeciones por error grave contenidas en el punto “2. El avalúo de los inmuebles, literales B) y D) por las razones expresadas en la tercera consideración.

6. Capítulo especial amerita el impetrado en el punto E) de la segunda objeción, por la parte convocada contra el dictamen presentado por el señor Carlos Iván Ávila Barreto.

En efecto, el estudio de la inconformidad planteada lleva a la conclusión de la existencia de un Error Grave evidente y protuberante, en los incrementos del valor de los lotes para los años 1998 a 1999 y 1999 a 2000. En efecto, los porcentajes de los aumentos en el avalúo para los periodos comentados resultan contrarios a cualquier elemental análisis. Los incrementos en el avalúo del orden del 70% y del 28% frente a índices de inflación del 15% y el 9.6% para los periodos 98-99 y 99-2000 respectivamente, se erigen como desproporcionados, aún ante los ojos de un lego en asuntos económicos.

Es válido traer a colación el análisis realizado por Camacol, allegado al proceso con fecha agosto 22 de 2005 (Folios 134 a 136 del cuaderno de PRUEBAS No.5), en relación con la crisis de la construcción a finales de la década pasada.

El estudio de la Cámara Colombiana de la Construcción –Camacol, establece que en los últimos cuatro años del siglo pasado fueron muy malos para la actividad económica del país. Evidentemente, todos los indicadores demuestran que la producción entró en una recesión que ha sido la más grave del siglo XX. La producción nacional, y el ingreso de las personas, presentaron un decrecimiento sin antecedentes históricos. La desaceleración de la economía duró desde el año 1998 hasta bien entrado el año 2000.

Tal como lo expresa Camacol, dentro de estas circunstancias, el sector de la vivienda, por no ser un producto de exportación e importación se afectó notablemente. Y la verdad es que la disminución de la demanda se tradujo en una disminución real de los precios en vivienda, que para los periodos aquí trabajados registró un retroceso de cerca del 56%, descontada la inflación.

El experticio objetado no solo contiene un gravísimo error fáctico, sino una evidente contradicción entre la inteligencia y la verdad, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia “Para que se configure un error, debe originarse en una falsa creencia, o sea si ocurre que tal creencia no correspondió a la realidad, hay un error”. (Sentencia Sala Civil, del 2 de diciembre de 1942).

El error del perito es manifiesto, y grave de contera. Los pretores romanos afirmaban: “*De minimus non curat pretor*”. El error debe ser de bulto, que “brille al ojo”, y en el caso en comento lo es.

No se puede partir del supuesto de que por ser los peritos, como su nombre lo indica, expertos en materias técnicas, sus dictámenes tengan fuerza decisiva. Tampoco, entonces, se debe admitir a priori, que los jueces sean incapaces de conocer aspectos diferentes a los meramente jurídicos. Para este Tribunal lo dicho por el perito en materia de la valoración de los lotes en los años tantas veces mencionados, no solo es contraevidente, sino que indica una falta de versación significativa en elementales nociones económicas. De ahí que su error es evidente, y que se torna en grave en cuanto que afecta sus conclusiones.

Es por este motivo por el que se admite la Objeción contenida en el punto E) del punto 2).

7. Deberá observarse al artículo 239 del Código de Procedimiento Civil, en razón a que han prosperado algunas objeciones que a juicio del Tribunal dejan sin mérito el dictamen y por ende no habrá lugar al reconocimiento de honorarios por este dictamen, tal como se indicará en la parte resolutive de este Laudo.

IV. TACHA DE SOSPECHOSO DEL TESTIMONIO DE LA SEÑORA GLORIA INES VELEZ

En la audiencia celebrada el día 11 de mayo de 2005, la cual consta en el Acta No. 9 (Folio 137 del cuaderno principal No. 1), el apoderado de la parte convocada, al

tenor de lo previsto en los artículos 217 y 218 del C.P.C., formuló tacha de sospecha por la relación de parentesco existente entre la declarante GLORIA INES VELEZ VELASQUEZ con el demandante, parentesco que fue informado por la testigo al Tribunal y cuya prueba -registro civil-, obra como anexo de la demanda.

Como quiera que el artículo 218 del C.P.C., en su inciso tercero ordena que los motivos y pruebas de la tacha se deben apreciar en la sentencia, procede el Tribunal a resolver sobre lo indicado, no sin antes advertir que, de acuerdo con el último inciso del citado artículo 218, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos “de acuerdo con las circunstancias de cada caso” y acorde con las reglas de la sana crítica.

Para emitir el correspondiente pronunciamiento, el Tribunal observa que al tenor de lo previsto en el artículo 174 del C.P.C, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, precepto que debe analizarse conjuntamente con el inciso primero del artículo 187 del mismo código, que establece que “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (...).”

El Tribunal ha realizado un detenido análisis de las controversias que le fueron sometidas tomando como referencia todo el conjunto probatorio, de acuerdo con el cual y con los fundamentos de derecho aplicables ha llegado a una decisión, sin encontrar que la apreciación libre del acervo probatorio haya estado afectada por ingerencias sospechosas ni por conclusiones determinadas por aquel testimonio.

Por lo expuesto, el Tribunal no entra en más consideraciones de la tacha propuesta, toda vez que las motivaciones antedichas lo relevan de toda otra estimación adicional.

V. COSTAS

Como quiera que el Tribunal no ha encontrado prósperas las pretensiones formuladas por la parte convocante, y denegará la excepción de falta de legitimación de la parte activa formulada por la parte convocada, y así lo reconocerá en la parte resolutive de este laudo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil corresponde pronunciar condena en costas, para lo cual habrá de tener en cuenta lo previsto en los artículo 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Con fundamento en lo anterior, estima el Tribunal que la parte convocante debe soportar el 80% de los gastos y honorarios del Tribunal, en tanto que la parte convocada deberá soportar el 20% restante.

En consecuencia, el Tribunal procederá a imponer la condena en costas a cargo de la parte convocante en los términos siguientes:

1. Honorarios de los Árbitros y la Secretaria, y Gastos del Tribunal

Si bien en las oportunidades previstas en la ley la parte convocante sufragó la totalidad de los gastos fijados, el Tribunal habrá de tener en cuenta que tal como se informó y obra en el expediente, la parte convocada posteriormente reembolsó a la parte convocante el monto de los gastos y honorarios que le correspondía.

Honorarios de los Árbitros	\$21.000.000.00
IVA 16% aplicable a los honorarios de dos árbitros	\$ 3.360.000.00
Honorarios de la Secretaria	\$ 3.500.000.00
IVA 16%	\$ 560.000.00
Gastos de Funcionamiento y Administración-	
Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 1.855.000.00
IVA 16%	\$ 296.800.00
Protocolización, registro y gastos	\$ <u>2.645.000.00</u>
Total	\$33.216.800.00

50% pagado por cada parte	\$16.608.400.00
80% a cargo de JORGE ALBERTO VÉLEZ	\$26.573.440.00
20% a cargo de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.	\$ 6.643.360.00

En consecuencia por este concepto el señor JORGE ALBERTO VELEZ VELÁSQUEZ habrá de pagar a FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. la suma de **NUEVE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUARENTA PESOS (\$9.965.040.00)**.

2. Honorarios de los peritos

a) Honorarios de la perito Gloria Zady Correa	\$8.000.000.00
Iva 16%	<u>\$1.280.000.00</u>
Total	\$9.280.000.00
100% pagado por JORGE ALBERTO VELEZ	\$9.280.000.00
80% a cargo de JORGE ALBERTO VELEZ	\$7.424.000.00
20% a cargo de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A.	\$1.856.000.00

3. Agencias en derecho

El Tribunal fija el valor de las agencias en derecho tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, en la suma de:

	\$7.000.000.00
80% por concepto de costas y agencias en derecho a cargo de JORGE ALBERTO VÉLEZ	\$5.600.000.00

En consecuencia por este concepto el señor JORGE ALBERTO VÉLEZ habrá de pagar a FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. la suma de CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$5.600.000.00)

Total costas y agencias en derecho a cargo del señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ..... \$13.709.040.00

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por la parte convocante.

VI. DECISIÓN

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal convocado para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ y FIDUCIARIA COLPATRIA S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Denegar la excepción de falta de legitimación en la causa por parte activa formulada por la parte convocada.

Segundo. Declarar probadas y acoger respecto de la materia objeto de litigio las restantes oposiciones a las pretensiones de la demanda planteadas por la parte convocada con el título de excepciones.

Tercero. Denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Declarar que prospera la objeción por error grave formulada en relación con el dictamen pericial rendido por el señor perito Carlos Iván Ávila Barreto, y en consecuencia declarar que no procede el pago de los honorarios que el Tribunal había fijado en su favor.

Quinto. Declarar que no prospera la tacha de la testigo Gloria Inés Vélez Velásquez, formulada por la parte convocada.

Sexto. Condenar al señor JORGE ALBERTO VÉLEZ VELÁSQUEZ a pagar a FIDUCIARIA COLPATRIA S.A., por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de trece millones setecientos nueve mil cuarenta pesos (\$13.709.040.00) conforme a la liquidación realizada en la parte motiva del presente laudo. La expresada suma será pagada o acreditada en cuenta a favor de FIDUCIARIA COLPATRIA S.A., dentro de los treinta días siguientes al de ejecutoria de esta providencia.

Séptimo. Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida “Protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Octavo. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el Tribunal para tal fin.

Noveno. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Cúmplase.

FRANCISCO MORRIS ORDÓÑEZ

Presidente

JORGE LARA URBANEJA

Árbitro

MANUEL ENRIQUE CIFUENTES MUÑOZ

Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria