

Laudo Arbitral

Alianza Fiduciaria S.A.

v.

Fiduciaria Integral S.A. —en Liquidación—

Septiembre 18 de 2003

Laudo Arbitral

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por Alianza Fiduciaria S.A. como representante del patrimonio autónomo denominado fideicomiso transactivos en contra de Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación—.

I. Antecedentes

1. El trámite arbitral.

1.1. El día 30 de agosto de 2001 Alianza Fiduciaria S.A. como representante y vocera del patrimonio autónomo fideicomiso transactivos, por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato de fiducia mercantil de garantía irrevocable celebrado entre Luis Eduardo Herrera Pulido, como Fideicomitente, y la sociedad Selfiducia S.A., como fiduciaria (hoy Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación—), que está contenido en la escritura pública 1.729 del 30 de marzo de 1995 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá (fls. 1 a 16 cdno. pbas. 1). Este contrato es el origen de las controversias sometidas a conocimiento y decisión del tribunal y su cláusula trigésima séptima (fl. 15) textualmente señala:

“Trigésima séptima. Tribunal. Las diferencias o conflictos surgidos entre las partes o con los beneficiarios con ocasión del presente contrato durante su ejecución o al momento de su extinción o liquidación se someterá al siguiente trámite:

a) Etapa de arreglo directo: tendrá un plazo de quince (15) días hábiles.

b) Etapa de arbitramento: el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes en conflicto, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del escrito solicitando la convocatoria del tribunal. El tribunal fallará en derecho y funcionará en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá”.

1.2. El Centro de Arbitraje y Conciliación admitió la solicitud de convocatoria por auto de 5 de septiembre de 2001, notificado el 13 de noviembre siguiente a la doctora Luz Stella Rodríguez Vargas, liquidadora y representante legal de Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— y se corrió traslado en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

1.3. El 27 de noviembre de 2001 la fiduciaria convocada, por intermedio de apoderado especial, contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, solicitó pruebas y propuso excepciones de mérito; además, en escritos aparte presentó demanda de reconvenición y llamó en garantía a la Aseguradora Colseguros S.A. y al fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido.

1.4. El Centro de Arbitraje y Conciliación admitió la reconvenición por auto de 31 de enero de 2002, notificado el 19 de febrero siguiente al apoderado de la parte convocante, quien contestó el 5 de marzo, se opuso a las pretensiones, se refirió a los hechos, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas.

1.5. El 9 de abril de 2002 se celebró audiencia de conciliación y nombramiento de árbitros ante el centro de arbitraje, a la que asistieron los representantes legales de las partes y sus apoderados; ante la imposibilidad de llegar a un arreglo directo se declaró cerrada la etapa conciliatoria y, acto seguido, las partes de común acuerdo designaron como árbitros para integrar este tribunal a los doctores David Luna Bisbal, Marcela Castro de Cifuentes y Mario Gamboa Sepúlveda (fls. 140 y 141 cdno. ppal. 1). Los árbitros fueron informados de su nombramiento por el director del centro de arbitraje y manifestaron su aceptación oportunamente.

1.6. El tribunal de arbitramento se instaló en audiencia de 2 de mayo de 2002; en ella fueron designados como Presidente el doctor David Luna Bisbal y como secretaria la doctora Florencia Lozano Reveiz, quien posteriormente aceptó el cargo y se posesionó ante el presidente del tribunal. En su instalación el tribunal señaló las sumas de honorarios de sus miembros, así como la partida de gastos de funcionamiento y se fijó como sede del mismo las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el norte (acta 1, fls. 155 a 157 cdno. ppal. 1).

1.7. Dentro de la oportunidad legal las partes entregaron al presidente las sumas fijadas como gastos y honorarios del tribunal, en la proporción correspondiente; luego se fijó fecha para la primera audiencia de trámite (acta 2, fls. 163 y 164 cdno. ppal 1).

1.8. El 11 de junio de 2002 se inició la primera audiencia de trámite de este proceso arbitral, en la cual se leyeron la cláusula compromisoria del contrato de fiducia mercantil de garantía irrevocable celebrado entre Luis Eduardo Herrera Pulido y Selfiducia S.A. —hoy Fiduciaria Integral S.A.—, en liquidación, las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconversión, las excepciones de mérito propuestas por los apoderados de las partes y se precisó la cuantía del proceso. Por auto de esa fecha el tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre las partes.

1.9. En providencia de esa misma fecha, 11 de junio, el tribunal negó la solicitud de la parte convocante para que se citara en calidad de litisconsortes facultativos a Luis Eduardo Herrera Pulido —fideicomitente en el contrato de fiducia mercantil en garantía origen de la litis— como litisconsorte pasivo, y a la Corporación Financiera Colombiana S.A. —acreedor garantizado y beneficiario dentro del contrato antes citado— como litisconsorte activo.

1.10. Por último, en la audiencia de 11 de junio el tribunal aceptó el llamamiento en garantía formulado por la parte convocada a la compañía Aseguradora Colseguros S.A. y a Luis Eduardo Herrera Pulido, ordenó citarlos por secretaría y conforme a la ley se suspendió el proceso para el efecto (acta 3, fls. 168 a 184 cdno. ppal. 1).

1.11. El 4 de julio de 2002 por secretaría se notificó el llamamiento en garantía al representante legal de Aseguradora Colseguros S.A., quien contestó dicho llamamiento el 9 de julio siguiente, propuso excepciones mérito y solicitó pruebas. Los apoderados de la parte convocante y convocada se pronunciaron sobre las excepciones con escritos presentados el 18 de julio de 2002 y solicitaron pruebas.

1.12. El día 10 de julio de 2002 por secretaría se notificó el llamamiento en garantía al apoderado judicial de Luis Eduardo Herrera Pulido, quien contestó el 17 de julio siguiente, se refirió a los hechos, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas.

1.13. Una vez fueron vinculados al proceso los llamados en garantía, el tribunal en auto de 18 de julio de 2002 les señaló las sumas a su cargo por honorarios y gastos del tribunal, según lo dispuesto por el artículo 150 del Decreto 1818 de 1998 (acta 5, fls. 216 a 220 cdno. ppal. 1).

1.14. Dentro de la oportunidad señalada por el tribunal, solo Aseguradora Colseguros S.A. pagó las sumas a su cargo decretadas para gastos de funcionamiento del mismo. En consecuencia, el tribunal, en audiencia de 2 de septiembre de 2002, profirió auto que ordenó tener a esta compañía como litisconsorte de la parte convocada y se declaró competente para conocer sobre la relación sustancial existente entre ambas sociedades, con fundamento en la póliza de seguro global bancario de infidelidad y riesgos financieros 271973-2 (fls. 314 a 396 cdno. pbas. 1), y decidir sobre las pretensiones y excepciones de mérito propuestas.

1.15. En consideración a que el fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido no canceló las sumas que debía pagar,

el tribunal en esa misma providencia resolvió continuar el proceso sin la intervención del fideicomitente, conforme lo dispone la parte final del artículo 150 del Decreto 1818 de 1998.

1.16. Por último, en esa misma audiencia de 2 de septiembre de 2002, el tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes, de la compañía llamada en garantía y otras de oficio, señaló fechas para la práctica de las mismas y declaró concluida la primera audiencia de trámite (acta 7, fls. 256 a 271 cdno. ppal. 1).

1.17. Durante el trámite el tribunal sesionó en 23 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción, en la audiencia de 31 de julio de 2003 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión (acta 23, fls. 667 a 671 cdno. ppal. 2).

1.18. Conforme a la ley el término de duración de este proceso es de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que hubieran podido presentarse. Se decretó la suspensión del proceso, por petición conjunta de los apoderados de las partes, durante los días 3 de septiembre y 6 de octubre de 2002 (acta 7 de 2 de septiembre); 18 y 28 de octubre de 2002 (acta 11 de 17 de octubre); 30 de noviembre de 2002 y 19 de enero de 2003 (acta 17 de 27 de noviembre); 18 de febrero y 5 de marzo de 2003 (acta 19 de 12 de febrero); 18 de marzo y 21 de abril de 2003 (acta 20 de 6 de marzo); 23 de abril y 20 de mayo de 2003 (auto de 22 de abril); 25 de junio y el 30 de julio de 2003 (acta 22 de 24 de junio); y entre el 1º de agosto y 17 de septiembre de 2003 (acta 23 de 31 de julio) es decir durante 259 días, por lo cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir laudo.

2. Presupuestos procesales.

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal se estableció:

2.1. Competencia.

Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de las partes con fundamento en la cláusula compromisoria del contrato de fiducia mercantil de garantía Irrevocable celebrado por escritura pública 1729 del 30 de marzo de 1995 de la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá, el cual es el origen de sus controversias, que son susceptibles de definirse por transacción. Igualmente es competente para conocer y decidir sobre la relación sustancial entre la parte convocada y Aseguradora Colseguros S.A., sociedad llamada en garantía.

2.2. Partes procesales.

Parte demandante.

Es el fideicomiso transactivos, patrimonio autónomo representado por Alianza Fiduciaria S.A., sociedad anónima colombiana, que de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria el 11 de junio de 2001, agregada al expediente a folio 44 del cuaderno principal, es una sociedad de servicios financieros, fiduciaria, constituida bajo la forma de Sociedad Comercial Anónima, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Esta sociedad fue constituida mediante escritura pública 545 del 11 de febrero de 1986 de la Notaría Décima de Cali con el nombre de Fiduciaria Alianza S.A. y ha sido reformada en varias oportunidades, entre ellas por escritura pública 6257 de 10 de diciembre de 1998 en la cual cambió su denominación por la actual. Tiene su domicilio en Bogotá y su representación legal la ejercen el presidente y sus suplentes. A la fecha de la certificación el cargo de primer suplente lo ocupa Alejandro Gartner Escobar, quien otorgó poder para la convocatoria de este tribunal.

Según consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 31 de julio de 2001 (fls. 48 y 49 cdno. ppal.), la Superintendencia Bancaria por Resolución 581 de 16 de junio de 1997 decretó la toma de posesión de bienes, haberes y negocios de la sociedad Leasing Capital S.A. compañía de financiamiento comercial y nombró como administrador de esta al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras

Fogafin; este, en tal calidad, suscribió el 15 de mayo de 1998 contrato de fiducia mercantil con Alianza Fiduciaria S.A. para administrar el conjunto de activos y parte de los contratos de la sociedad intervenida y se conformó el patrimonio autónomo denominado fideicomiso transactivos, que sustituyó a Leasing Capital S.A. como beneficiario del contrato de garantía entre Luis Eduardo Herrera Pulido y Selfiducia S.A.

Parte demandada.

Es Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación—, —Fiduintegral S.A.— sociedad anónima colombiana, que de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria el 31 de julio de 2001 (fl. 45 del cdno. ppal.) es una sociedad de servicios financieros, fiduciaria, constituida bajo la forma de sociedad comercial anónima, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Esta sociedad fue constituida mediante escritura pública 9709 del 11 de diciembre de 1992 de la Notaría Quinta de Bogotá con el nombre de Selfiducia S.A. y ha sido reformada en varias oportunidades; por escritura pública 4587 de 1º de diciembre de 1999 de la Notaría 42 de esta ciudad, cambió su denominación por Fiduciaria Integral S.A.

Consta igualmente en la certificación de la Superintendencia Bancaria que por escritura 2501 de 31 de julio de 2000 de la Notaría 42 de esta ciudad se protocolizó el acta 25 del 26 de julio del mismo año, de la asamblea extraordinaria de accionistas, en la cual se aprobó la disolución y liquidación de la sociedad convocada.

Esta fiduciaria tiene su domicilio en Bogotá y su representación legal la ejercen el liquidador principal y su suplente. A la fecha de la certificación el cargo de liquidador principal lo ocupa Luz Stella Rodríguez Vargas.

Llamada en garantía.

Es Aseguradora Colseguros S.A., sociedad anónima colombiana, que de acuerdo con la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria el 1º de noviembre de 2001 (fl. 408 cdno. pbas. 1) es una entidad aseguradora, compañía de seguros generales, constituida bajo la forma de sociedad comercial anónima y vigilada por la Superintendencia Bancaria.

Fue constituida por escritura pública 4204 del 1º de septiembre de 1969 de la Notaría Décima de Bogotá y ha sido reformada en varias oportunidades. Tiene su domicilio en Bogotá, D.C., y su representante legal es el gerente, los subgerentes y el gerente jurídico. El cargo de subgerente a la fecha de la certificación lo ocupa José Pablo Navas Prieto quien además, en su condición de abogado, ha intervenido en el proceso a nombre de su representada.

2.3. Capacidad.

Las sociedades vinculadas a este proceso están debidamente representadas y tienen capacidad para transigir, porque de los documentos aportados al expediente el tribunal no encontró restricción alguna al efecto.

2.4. Apoderados.

Por tratarse de un proceso arbitral de mayor cuantía, de conformidad con lo señalado por el artículo 123 del Decreto 1818 de 1998, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la Convocante está representada por el doctor Alonso Paredes Hernández, la convocada por el doctor Omar Rodríguez Olaya, según poderes especiales que obran en el expediente. La sociedad llamada en garantía, como se mencionó antes, actúa por intermedio de su apoderado general doctor José Navas Prieto. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente.

3. Pretensiones.

a) Alianza Fiduciaria S.A. como representante del patrimonio autónomo fideicomiso transactivos solicita en la demanda, a folios 4 a 6 del cuaderno principal 1, que el tribunal profiera las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones

1. Que se declare que la entidad Fiduciaria Integral S.A., en liquidación, incumplió las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil en garantía, contenido en la escritura pública mil setecientos veintinueve (1.729) del

treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995) otorgada en la Notaría Sexta (6ª) de Bogotá, por haber enajenado, en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados, parte de los bienes fideicomitidos.

2. Que se declare que la entidad Fiduciaria Integral S.A., en liquidación, incumplió los deberes indelegables establecidos en el artículo 1234 del Código de Comercio, en especial el establecido en el numeral 7º, por haber enajenado, en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados, parte de los bienes fideicomitidos.

3. Que como consecuencia de lo anterior se condene a Fiduciaria Integral S.A., en liquidación, a pagar a favor del fideicomiso transactivos, los siguientes valores por concepto de daño emergente y lucro cesante, causados por su conducta ilegal y el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil:

a) La suma de mil trescientos cincuenta y cuatro millones doscientos cuarenta y seis mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$ 1.354.246.465.00), correspondiente al valor total del capital de las obligaciones garantizadas por el fideicomiso a favor del demandante, contenidas en los pagares 10100673 (\$ 1.136.674.503.00) y 10100772 (\$ 217.571.962.00) de fechas 25 de junio de 1996 y 31 de enero de 1997, obligaciones que no podrán ser recaudadas con fundamento en los bienes entregados en garantía al patrimonio autónomo ya que este no cuenta con bienes suficientes para atender su pago.

b) La suma de mil seiscientos millones cuarenta y dos mil quinientos veintiseis pesos (\$ 1.600.042.526.00), correspondiente a los intereses corrientes que no podrán ser soportados por el patrimonio autónomo ya que no cuenta con bienes suficientes para atender su pago. Esta suma de dinero se descompone de la siguiente manera: a) La suma de mil cuatrocientos tres millones trescientos veintidos mil ciento noventa y dos pesos (\$ 1.403.322.192.00) correspondiente al pagaré 10100673 calculados desde el día de vencimiento de la obligación (30 de marzo de 1997), hasta el día 27 de julio del 2001, b) La suma de ciento noventa y seis millones setecientos veinte mil trescientos treinta y cuatro pesos (\$ 196.720.334.00) correspondiente al pagaré 10100772 desde el día de vencimiento de la obligación, hasta el día 27 de julio del 2001.

c) La suma de dos mil doscientos veintinueve millones setecientos cincuenta y cinco mil ochocientos treinta y dos pesos (\$ 2.229.755.832.00), correspondiente a los intereses de mora que no podrán ser soportados por el patrimonio autónomo ya que no cuenta con bienes suficientes para atender su pago. Esta suma de dinero se descompone de la siguiente manera: a) La suma de mil ochocientos treinta y tres millones setecientos veintiocho mil doscientos diez pesos (\$ 1.833.728.210.00) correspondiente al pagaré 10100673 desde el día que entró en mora la obligación y hasta el día 27 de julio del 2001, b) La suma de trescientos noventa y seis millones veintisiete mil seiscientos veintidos (\$ 396.027.622.00) correspondiente al pagaré 10100772 desde el día que entró en mora la obligación y hasta el día 27 de julio del 2001.

d) Por el valor de los intereses de mora, liquidados a la tasa máxima legal permitida, sobre el capital, es decir sobre mil trescientos cincuenta y cuatro millones doscientos cuarenta y seis mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos (\$ 1.354.246.465), desde el día 27 de julio del 2001 y hasta la fecha en que se efectúe el pago total de la obligación.

e) Por el valor de los intereses de mora sobre los intereses capitalizados superiores a un año, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 886 del Código de Comercio.

4. Que se declare que la entidad Fiduciaria Integral S.A. en liquidación incurrió en dolo o culpa grave, al haber enajenado, en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados, parte del bien fideicomitado.

5. Que se condene a la entidad Fiduciaria Integral S.A. en liquidación a cancelar el valor de los perjuicios imprevisibles que resulte probado en este proceso, como consecuencia de la condena en dolo o culpa grave, al haber enajenado, en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados, parte del bien fideicomitado.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, dando para ello aplicación a las tarifas aprobadas por el colegio de abogados, vigentes en la fecha de su liquidación”.

b) Por su parte, Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación—, en la demanda de reconvención, a folios 84 y 85 cuaderno principal 1, solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“Pretensiones

1. Declarar que la sociedad Fiduciaria Alianza S.A. incumplió las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta, párrafo primero, de las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia mercantil, legalizado mediante escritura pública 1729 del 30 de marzo de 1995 otorgado en la Notaría 6ª de Bogotá.
2. Decretar la obligación da cargo de la Fiduciaria Alianza S.A. de recibir en dación de pago el lote de terreno denominado El Cortijo, ubicado en el municipio de Cajicá, vereda Chumate, cuyos linderos se encuentran en la escritura 707 del 24 de mayo de 2000 Notaría 17 de Bogotá, inscrita en el folio de matrícula 176-84332.
3. Condenar a la Fiduciaria Alianza S.A. a pagar las costas del proceso”.

4. Excepciones.

Según quedó anotado antes, las partes, en la oportunidad procesal, propusieron excepciones de mérito. El apoderado de la convocada en la contestación a la demanda propuso las excepciones que se encuentran desarrolladas a folios 74 a 78 del cuaderno principal 1 y que denominó omisión en el ejercicio de los derechos contractuales, ilegitimidad para convocar el tribunal de arbitramento, inexistencia de la obligación y petición anticipada de la demanda arbitral. Igualmente, y como petición especial, solicitó la declaratoria de prejudicialidad.

Por su parte, el apoderado de la parte convocante en la contestación a la demanda de reconvencción propuso las excepciones que denominó “Cumplimiento de las obligaciones por parte de Leasing Capital S.A. (hoy fideicomiso transactivos), mala fe contractual, buena fe del acreedor beneficiario y la excepción genérica, las cuales que se encuentran desarrolladas a folios 109 a 111 del cuaderno principal 1.

Por último, Aseguradora Colseguros S.A. propuso en contra del llamamiento en garantía las excepciones de mérito que denominó: no se ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni su cuantía, inexistencia de la obligación por falta de cobertura, nulidad del contrato de seguro, límite de la indemnización, perjuicios por aviso tardío, y absolución de la fiduciaria demandada, que están desarrolladas a folios 193 y 194 cuaderno principal 1.

5. Los hechos.

Los 64 hechos que sustentan las pretensiones de la demanda arbitral están contenidos en la misma, a folios 6 a 21 del cuaderno principal; a su vez, los 8 hechos que soportan las pretensiones de la demanda de reconvencción están desarrollados a folio 85 del mismo cuaderno y a todos ellos se referirá a espacio el tribunal al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal.

6. Pruebas decretadas y practicadas.

En la primera audiencia de trámite que terminó el 2 de septiembre de 2002 el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y otras de oficio y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

6.1. Declaraciones de parte.

Se practicaron interrogatorios de parte a Luz Stella Rodríguez Vargas, liquidadora y representante legal de la sociedad convocada, y a Alejandro Gartner Escobar, representante legal de la parte convocante. Igualmente se practicó interrogatorio de parte a María Lourdes Forero Quintero apoderada general de Aseguradora Colseguros S.A., según consta en el acta 21 de 21 de mayo de 2003.

6.2. Declaraciones de terceros.

El tribunal recibió los testimonios de María Fernanda Borda Cadena (fl. 315 cdno. ppal.) y Claudia Hincapie Castro (fl. 374) solicitados por las dos partes y la llamada en garantía; de Damaris Yamit Novoa Alfonso (fl. 308) solicitado por las dos partes partes; de Jorge Enrique Vera Parra (fl. 307), solicitado por la convocante y la llamada en garantía; de Ivonne Cristina Basto (fl. 316), Claudia Jaramillo Palacios (fl. 423) y María Eugenia Jaramillo

Palacios (fl. 444) solicitados por la convocante; de Germán Elías Romero (fl. 318), Néstor Javier Puentes (fl. 317) y Guillermo Hoyos Peláez (fl. 306), solicitados por la parte convocada; de Alfonso Rodríguez Azuero (fl. 398), José Rodrigo Roa (fl. 399), Luis Fernando Quisoboni (fl. 357), y Luis Eduardo Herrera Pulido (fl. 400), solicitados por Colseguros; y de Jaime Jaramillo Gutiérrez (fl. 443) decretado de oficio.

Las transcripciones correspondientes a todas las declaraciones se agregaron al cuaderno de pruebas 4 del expediente.

En audiencia de 21 de mayo de 2003 el apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de María Victoria Coronado, Rene Cote, Wilson Aguilar, María del Pilar Cantor Guerrero, Javier Alexis Bohórquez Pineda y Néstor Julio González Caicedo. Dichos desistimientos fueron aceptados por el tribunal (acta 21, fl. 553 cdno. ppal.).

6.3. Inspecciones judiciales.

Se practicaron inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos contable y financiero en las oficinas de la parte convocada (acta 10) y en las oficinas de la parte convocante (actas 12 y 16) sobre los documentos relacionados con el fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido. Se practicó además inspección judicial con exhibición de los libros y documentos de la Aseguradora Colseguros S.A. relativos a los contratos de seguros celebrados entre la parte convocada y la llamada en garantía (actas 11 y 13).

6.4. Dictamen pericial contable y financiero.

El día 29 de noviembre de 2002 las doctoras Ana Matilde Cepeda M., contadora y Esperanza Ortiz Bautista, economista, rindieron dictamen contable y financiero. Surtido el traslado correspondiente, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron presentadas el 10 de febrero y el 3 de marzo de 2003. El dictamen y sus aclaraciones se incorporaron al cuaderno de pruebas 17 del expediente.

El apoderado de la parte convocante presentó el 17 de febrero de 2003 escrito de objeciones por error grave a la respuesta dada por los peritos a la pregunta 13 B en el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen, que ratificó con escrito de 11 de marzo siguiente (fls. 449 a 452 y 510 a 514 cdno. ppal.). A su vez, el apoderado de la parte convocada presentó, el mismo 17 de febrero, escrito de objeciones por error grave a las respuestas dadas por los peritos a las preguntas 3a, 10, 13B, 13C y 14; dichas objeciones fueron igualmente ratificadas con escrito de 10 de marzo siguiente (fls. 453 a 461 y 492 a 503 cdno. ppal.).

6.5. Avalúo corporativo.

El tribunal ordenó la práctica de un avalúo corporativo por parte de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá sobre el inmueble objeto del fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido – Selfiducia S.A., para: 1) determinar su valor en el mes de mayo de 2000 y a la fecha del dictamen. 2) Igualmente para establecer el valor individual de los inmuebles que se enajenaron en mayo y junio de 2000, con folios de matrícula inmobiliaria 176-84328, 176-84329, 176-84333, 176-84334, y 176-2366, denominados Los Pinos, El Trébol, El Paisaje, Los Eucaliptos y Los Sauces, respectivamente, en las fechas de las escrituras correspondientes. 3) Por último establecer cual era el valor comercial en la misma fecha del inmueble resultante después de las enajenaciones efectuadas denominado El Cortijo I con folio de matrícula inmobiliaria 176-84329 —el cual aún es de propiedad del patrimonio autónomo— y el valor actual del mismo.

En consideración a que no se contaba con información topográfica de los lotes Los Pinos, Los Eucaliptos y el Paisaje, objeto de avalúo, por petición de la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá el tribunal ordenó el 6 de marzo de 2003 un levantamiento topográfico de los mismos (acta 20). Dicho trabajo fue presentado por el topógrafo Gustavo Galeano Cruz el 10 de abril de 2003 y remitido a la lonja para lo de su competencia.

Finalmente la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá entregó el 13 de mayo de 2003 el avalúo corporativo ordenado por el tribunal y cumplido el traslado a las partes, el apoderado de la convocante solicitó aclaración al mismo, la cual fue presentada el 13 de junio siguiente. El avalúo corporativo y sus aclaraciones se agregaron al cuaderno de pruebas 17.

6.6. Oficios.

Se libraron oficios a las siguientes entidades:

- a) Juzgado 19 Civil del Circuito de esta ciudad para que remitiera, a solicitud de la convocante, copia íntegra del proceso ejecutivo promovido por Alianza Fiduciaria S.A. contra Luis Mauricio Herrera Baron y Luis Eduardo Herrera Pulido; igualmente para que, a solicitud de la convocada, expidiera certificación sobre el mismo proceso que indicara la fecha de presentación de la demanda, la fecha de notificación del mandamiento de pago, y el estado del proceso.
- b) Notaría Diecisiete del Círculo de esta ciudad para que remitiera copia de las escrituras públicas 617 y 621 de 15 de mayo, 707 y 708 de 24 de mayo y 803 de 12 de junio, todas de 2000.
- c) Oficina de registro de instrumentos públicos de Zipaquirá para que remitiera el folio de matrícula inmobiliaria 176-84332.
- d) Superintendencia Bancaria para que remitiera copia del expediente “1999071655-0-115 consultas” formado por la queja presentada por Alianza Fiduciaria S.A. relacionada con las posibles irregularidades cometidas por Fiduciaria Integral S.A., hoy en liquidación.
- e) A la Fiscalía 109 Seccional para que certificara, respecto del proceso 596335 estafa, la fecha de instauración de la denuncia, el estado del proceso, y si a la fecha de la certificación se ha recibido versión o indagatoria a la imputada o vinculada en la comisión del delito.

6.7. Documentales.

Se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocante con la demanda y la contestación a la demanda de reconvención relacionados a folios 28 a 39 y 111 del cuaderno principal 1, respectivamente. Igualmente se agregaron los documentos aportados por la convocada con la contestación a la demanda, la demanda de reconvención y los llamamientos en garantía relacionados a folios 79, 85 y 86, 94 a 95, 228 a 230 y 232 a 233 del cuaderno principal 1. Además se agregaron los documentos aportados por la llamada en garantía relacionados a folio 195. De oficio el tribunal ordenó tener como pruebas los documentos aportados con la contestación de la demanda por Luis Eduardo Herrera Pulido, relacionados a folios 213 y 214 del mismo cuaderno. También se agregaron al expediente las respuestas a los oficios librados por el tribunal y los recaudados en el curso de las declaraciones.

7. Alegatos de conclusión.

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 31 de julio de 2003 —acta 23— y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que las contienen. La convocante en su alegato reiteró sus pretensiones iniciales y se opuso a las de la demanda de reconvención; el apoderado de la convocada, por su parte, se opuso a la demanda y solicitó acoger, por el contrario, las pretensiones de la demanda de reconvención. Además el apoderado de Aseguradora Colseguros S.A. solicitó absolver a su representada de cualquier obligación de indemnizar. A dichos alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

II. Consideraciones del tribunal

El tribunal procede enseguida a efectuar el estudio de las pretensiones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso y a dictar el fallo en derecho, previas las siguientes consideraciones:

1. Análisis de la cuestión a definir.

El tribunal concreta en este acápite las cuestiones controvertidas entre las partes, previo un breve recuento de los hechos que dieron origen a ellas, los cuales sustentan la demanda y ha encontrado probados.

1.1. Entre Selfiducia S.A. como la fiduciaria y Luis Eduardo Herrera Pulido como el fideicomitente se celebró un contrato de Fiducia Mercantil de Garantía Irrevocable por escritura pública 1729 de 30 de marzo de 1995 de la Notaría Sexta de Bogotá, cuyo objeto fue la constitución de un patrimonio autónomo con una finca rural denominada El Cortijo con cabida aproximada de 164 hectáreas en el municipio de Cajicá, vereda Chumate que se transfirió a aquella por este. Este patrimonio garantizaría las obligaciones que el fideicomitente señale y las del fideicomiso y serviría de fuente de pago de las obligaciones garantizadas, y el avalúo inicial que se aceptó por la fiduciaria para el mismo fue el practicado por su evaluador, Germán Roberto Díaz Carvajal por un monto de \$ 5.632'624.300 (fl. 21 cdno. pbas. 1).

1.2. Se expidieron seis (6) certificados de garantía entre junio 20 de 1995 y junio 20 de 1996 de los cuales a la fecha de la demanda no se habían pagado por el fideicomitente las obligaciones que garantizaban el 002 de Corfes (hoy Corficolombiana) por \$130'000.000 y los 005 y 006 a favor de Leasing Capital por \$ 1.560'000.000 y \$ 240'000.000 respectivamente, luego fideicomiso transactivos administrado por Alianza Fiduciaria S.A. (fls. 21 y 22 cdno. pbas. 1).

1.3. Ante el informe sobre la mora en el pago de las obligaciones del fideicomitente para con Leasing Capital el 20 de junio de 1997 (fls. 167 cdno. pbas. 11), la fiduciaria Selfin le informa al fideicomitente el 25 de junio de 1997 sobre el inicio del proceso de realización del bien fideicomitado (fl. 173 cdno. pbas. 10), garantía de los acreedores beneficiarios. Y se inicia este proceso conforme a las previsiones del contrato, y de las distintas diligencias se deja constancia en actas del comité operativo.

1.4. Leasing Capital S.A. Compañía de Financiamiento Comercial el 16 de junio de 1997, fue intervenida por Resolución 581 de la Superintendencia Bancaria que decretó la toma de posesión para administrarla y nombró para ese efecto al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras Fogafin (fl. 48 cdno. pbas. 1). Este organismo suscribió por documento privado con Alianza Fiduciaria S.A. el 15 de mayo de 1998 un contrato de fiducia mercantil para administrar los activos y contratos de Leasing Capital S.A. y se conformó así el patrimonio autónomo denominado fideicomiso transactivos (fl. 133 cdno. pbas. 1).

1.5. No habiéndose logrado la venta del bien y previas extensas negociaciones con el fideicomitente, que incumplió reiteradamente, Leasing Capital acepta a mediados de 1999 recibir parte del patrimonio autónomo Luis Eduardo Herrera en dación en pago (fl. 214 cdno. pbas. 1).

1.6. El fideicomitente alega entonces que el avalúo por el cual se pretende hacer la dación en pago está desactualizado y él mismo aporta un avalúo realizado por la firma Inmobiliaria Fierro Ltda. el 30 de septiembre de 1999 por \$14.835'590.400. Tanto Alianza Fiduciaria como Corficolombiana objetan este avalúo y se oponen a la aceptación del mismo por parte de la Fiduciaria Integral en cartas que le dirigen en enero 24 y 25 de 2000 (fls. 176 y 177 cdno. pbas. 1). La representante legal de Fiduintegral S.A. envía a las áreas de operaciones y de contabilidad de la compañía instrucciones para incrementar el avalúo a la suma antedicha a finales de julio de 2000, lo que presupone la aprobación por dicha representante en esa época.

1.7. La Fiduciaria Integral S.A. entre el 15 de mayo y el 12 de junio de 2000 suscribió cinco (5) escrituras públicas en la Notaría 17 de Bogotá, por las cuales entregó en dación en pago la mayor parte del bien fideicomitado Finca El Cortijo a terceros no garantizados por el patrimonio autónomo fideicomiso Luis Eduardo Herrera (de 164 hectáreas aproximadamente enajenó casi 104 hectáreas), de lo cual no dio noticia previa ni pidió autorización de los acreedores beneficiarios titulares de certificados de garantía. Los acreedores garantizados, para el caso en estudio Alianza fiduciaria, fue informada por carta de 4 de agosto de 2000 por Fiduintegral sobre estas enajenaciones (fl. 218 cdno. pbas. 3).

1.8. La compañía Fiduintegral S.A. entró en liquidación voluntaria el 26 de julio de 2000 y el día 31 de julio siguiente se designó como Liquidadora a la doctora Luz Stella Rodríguez Vargas, según consta en la escritura pública 2501 de la Notaría 42 de Bogotá de la misma fecha (fl. 50 cdno. ppal. 1). Se practicó por disposición de esta un avalúo corporativo por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá, sobre el terreno que quedó conformando el patrimonio autónomo (Lote El Cortijo I), avalúo que lo cuantificó en \$ 491'690.165 para el 1º de marzo de 2001, fecha del avalúo, por lo cual adelantó investigaciones internas para establecer por qué y quién permitió el demérito del patrimonio autónomo, a raíz de sendos reclamos formulados por los acreedores beneficiarios Alianza y

Corficolombiana en octubre 9 y octubre 6 de 2000, respectivamente (fls. 210 y 208 cdno. pbas. 1).

Con base en los hechos aquí resumidos Alianza Fiduciaria S.A. alega violación de los deberes indelegables del fiduciario previstos en el artículo 1234 del Código de Comercio, y de las obligaciones de Fiduintegral establecidas en la cláusula vigésima segunda del contrato de fiducia de garantía contenido en la escritura pública 1729 de 30 de marzo de 1995 de la Notaría Sexta de Bogotá, y solicita se la condene por este tribunal al pago de perjuicios. Por su parte Fiduintegral S.A., demandante en reconvención, solicita se declare el incumplimiento de Alianza Fiduciaria de algunas cláusulas del contrato y se le obligue como administradora del fideicomiso transactivos a recibir en dación de pago parte del patrimonio autónomo Fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido. Llamada en garantía la Compañía Aseguradora Colseguros S.A. por Fiduintegral S.A., solicita se le absuelva por no ser responsable ante el asegurado.

2. Naturaleza jurídica del contrato.

El contrato objeto de esta litis, es, según la escritura pública 1729 de marzo 30 de 1995 de la Notaría 6ª de Bogotá, un contrato de “Fiducia Mercantil de Garantía Irrevocable” en el cual el señor Luis Eduardo Herrera Pulido figura como fideicomitente y Selfiducia S.A., figura como la fiduciaria. 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 fiduciaria, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Sobre el alcance de esta figura contractual la Superintendencia Bancaria, en concepto OJ-479 de septiembre de 1973 expresó lo siguiente:

“La fiducia da nacimiento a una propiedad formal en cabeza del fiduciario y por ello los bienes así afectados no pueden ser perseguidos por los acreedores del fiduciario (C. de Co., art. 1227) y deben figurar en su contabilidad como bienes distintos de los propios (C. de Co., num. 2º, arts. 1234, 1236). En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitados salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (C. de Co., art. 1238) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (C. de Co., num. 4º arts. 1234, 1236). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (C. de Co., art. 1238). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa)”.

Según Juan Carlos Varón Palomino, la figura de fiducia mercantil, presenta tres elementos constitutivos a saber: “el elemento patrimonial, el encargo de confianza y el elemento teleológico o finalista”.

Al referirse a cada uno de ellos manifiesta:

“Elemento patrimonial: está representado en los bienes que el Fideicomitente le transfiere al fiduciario. La transferencia puede realizarse por acto constitutivo *intervivos* mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil, o *mortis causa*, mediante testamento con cláusula de transferencia fiduciaria”.

“Encargo de confianza: vale decir, la misión encomendada por el fideicomitente, al fiduciario respecto a los bienes fideicomitados, a cuya luz se explica la transferencia de estos. Además, la constitución del encargo refleja la confianza del fiduciante, la cual se basa de ordinario en el carácter institucional o profesional de este”.

“Elemento teleológico: implica que tanto la transferencia de bienes como el encargo de confianza encuentran sentido en la medida en que constituyen vehículos para el cumplimiento del objetivo último del fiduciario: producir a través de su gestión profesional el logro de la finalidad establecida por el fideicomitente” ⁽¹⁾.

No sobra recordar que la palabra fideicomiso, proviene del latín “*fides*” que significa fe y de “*comissus*” que significa confiado.

Continua Varón Palomino en el estudio citado y al referirse a la naturaleza jurídica de la fiducia manifiesta:

“El encargo fiduciario es un contrato principal, bilateral, oneroso, conmutativo, consensual, nominado y atípico, toda vez que no cuenta con una regulación legal propia e integral”.

“La doctrina la ha asimilado al contrato de mandato, línea de pensamiento conforme con la cual la Superintendencia Bancaria estima que el encargo fiduciario debe ser considerado un negocio jurídico de confianza semejante en sus efectos al mandato irrevocable”.

“La finalidad del contrato de fiducia es, al igual que en el contrato de mandato, que el fiduciario realice una determinada gestión mediante la utilización o inversión del patrimonio autónomo constituido mediante la fiducia. Se trata de una auténtica obligación de hacer concebida como un todo compuesto por pequeñas actividades a cargo del fiduciario. El fiduciario se obliga a cumplir el encargo previsto en el contrato con la diligencia de que es capaz cualquier fiduciario diligente y prudente”. Señala Javier Tamayo Jaramillo (La responsabilidad Civil del Fiduciario, Revista Jurisconsulta Cit. Pág. 65).

Y agrega:

“El hecho de que la ley establezca obligaciones de medio y no de resultado, a cargo del fiduciario, pareciera hacerles creer que la ley ha otorgado una patente de corzo para el desarrollo de sus actividades. Cada vez que alguien se atreve a cuestionar sus actuaciones y responsabilidades, no tienen argumento distinto del de afirmar que esa responsabilidad no existe, pues sus obligaciones son de medio y no de resultado. Hay una especie de creencia subyacente de que nunca son responsables”.

“Según la estructura general de las obligaciones, dentro de un mismo contrato existen obligaciones de naturaleza diversa: por tanto, es un imposible lógico pretender que todas las obligaciones del fiduciario sean de medio” (obra citada).

“La obligación principal del fiduciario, ejecutor el encargo es de medio; las demás obligaciones del fiduciario quedan sometidas al régimen general del Código Civil”, concluye Tamayo Jaramillo.

La Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria establece los requisitos que deben reunir los contratos de fiducia mercantil y el artículo 1228 del Código de Comercio señala que “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes” lo cual convierte en un contrato solemne el del caso *sub lite*, que se constituyó por la escritura pública 1729 de marzo 30 de 1995 por tener como objeto la transferencia de un bien inmueble para servir de garantía a acreedores del constituyente.

Y como se trata de una fiducia de garantía se transcribe enseguida la definición de esta que trae la misma circular antes citada: “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 estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato” (negrillas del tribunal).

De acuerdo con los principios generales anotados y los lineamientos del contrato de fiducia de garantía, resulta claro que a la controversia sometida a examen del tribunal, le son aplicables, además de las estipulaciones contractuales, las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio en cuanto al nacimiento de las obligaciones, la celebración del contrato, los efectos, las consecuencias y las responsabilidades derivadas del mismo.

3. Pruebas relativas a los avalúos de la Finca El Cortijo.

Del acervo probatorio con relación al tema de los avalúos del inmueble fideicomitado “Finca El Cortijo” consta:

El primer avalúo que aprobó la Fiduciaria Selfin sobre el bien objeto del patrimonio autónomo fue el practicado por el evaluador Germán Díaz Carvajal el 21 de agosto de 1995 (fl. 21 cdno. pbas. 1) por valor de \$ 5.632'624.300 y sobre el 70% de este, o sea \$ 3.942'837.010 el fideicomiso podía garantizar acreencias. Los certificados de

garantía fiduciaria 005 y 006 expedidos el 20 de junio de 1996 por Selfiducia S.A. a favor de Leasing Capital S.A. resaltan este aspecto en el numeral 10 al dorso de los mismos, luego no es cierto lo afirmado por el convocante al hecho 5 de la demanda.

Previamente a este en marzo 21 de 1995 —fecha inmediatamente anterior a la del contrato de fiducia mercantil de garantía tema *decidendum*— se practicó un avalúo por petición de Luis Eduardo Herrera Pulido por la firma Inmobiliaria Sima Ltda. por valor de \$ 17.203'550.000, y en la misma fecha, también por instrucciones de Luis Eduardo Herrera, se realizó otro avalúo por Germán Prieto Pacheco que arrojó un valor de \$ 8.601'775.000, avalúos que la Fiduciaria Selfin no aceptó por no encontrarlos ajustados a la realidad comercial (fls. 403 y 166 cdno. pbas. 7).

Inmobiliaria Sima Ltda. era una sociedad relacionada con Luis Eduardo Herrera según puede deducir el tribunal de los documentos obrantes a folios 173, 236 y 257 del cuaderno pruebas 10, entre otros, según los cuales la correspondencia que le envía la Fiduciaria Alianza a este como fideicomitente se recibe con sello de Sima Ltda. También lo era Nuevas Industrias Falka pues en el acta de entrega del bien objeto del Leasing Inmobiliario (fl. 19 cdno. pbas. 16) concurre en representación de aquella Julio Cesar Alarcón, quien firmó como gerente general de la Inmobiliaria Sima Ltda. la carta del avalúo antes referido y quien asiste en representación del fideicomitente al comité operativo de 29 de julio de 1998 (fl. 3 cdno. pbas 2) Esta sociedad en carta de julio 9 de 1996 (fl. 96 cdno. pbas. 2) se opone a la manifestación de la fiduciaria sobre la invalidez de su avalúo, no obstante lo cual la fiduciaria no lo acepta.

El 11 de junio de 1996 la directora de fiducia en garantía de la Fiduciaria Selfin le envió a Luis Eduardo Herrera carta (fl. 336 cdno. pbas. 10) respecto al avalúo del fideicomiso en la que le informa:

“(…).

De acuerdo a la conversación sostenida con la señora Adriana Herrera, le reitero que la posición de la fiduciaria se enmarca en sus políticas, las cuales buscan el bienestar del fideicomitente y por supuesto del acreedor. La fiduciaria consideró establecer estos parámetros para los avalúos producto de las fiducias en garantía, ya que si se han presentado en el sector, casos de evaluadores que sub o sobreestiman el valor de un bien, con las posteriores consecuencias para el fideicomiso. Los evaluadores que trabajan con esta fiduciaria han sido minuciosamente estudiados y calificados para poder cumplir con los parámetros, necesarios para el correcto desarrollo del negocio fiduciario.

Adicionalmente, gracias a las disposiciones jurídicas que enmarcan la actividad fiduciaria, esta entidad se reserva la facultad de trabajar con determinados evaluadores, de aceptar o no los términos de un avalúo y de solicitar un nuevo avalúo con cargo al fideicomitente, antes del término de un año, si lo considera necesario.

Como conclusión a lo anterior, espero que sus dudas respecto al fideicomiso hayan sido resueltas y recordarle el pago del avalúo realizado por el doctor Germán Díaz el día 21 de agosto de 1995.

Cordialmente,

Patricia Moriones Álvarez

Directora Fiducia en Garantía”.

La rendición de cuentas y estados financieros correspondientes al período comprendido entre julio y diciembre de 1996 (fl. 29 cdno. pbas. 1), dan cuenta de la práctica y aprobación de otro avalúo, el 7 de octubre de 1996, por parte de la firma Carrizosa Camacho y Asociados Ltda., entiende el tribunal que el avalúo anual de ese año, por valor de \$ 4.100'0000.000. Se observa en la referida rendición de cuentas, en el aparte relativo a los certificados expedidos, que todos los relacionados del 001 al 006 lo fueron entre el 20 de junio de 1995 y el 20 de junio de 1996, o sea antes de la aprobación del avalúo de la firma Carrizosa Camacho y Asociados Ltda. antes mencionada.

En el año de 1997 no se hizo ningún avalúo.

En marzo 15 de 1998 se realizó por disposición del Comité Operativo del Fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido un avalúo por la firma Cámara de la Propiedad Raíz que cuantificó el valor de la finca El Cortijo en \$6.635'429.258 (fls. 70 a 107 cdno. pbas. 1). Este avalúo se dispuso practicarlo para iniciar la etapa de realización del inmueble según disposición del comité operativo de 25 de noviembre de 1997 (fls. 204 y 205 cdno. pbas. 6).

Solicitado por Luis Eduardo Herrera Pulido se realizó el 30 de septiembre de 1999 un nuevo avalúo por Inmobiliaria Fierro Ltda., que arrojó un valor de \$14.835'590.400.

Sobre este avalúo motivo de múltiples divergencias entre las partes negociales se detiene el tribunal para precisar su origen. Consta en acta del comité operativo celebrado el 10 de noviembre de 1999 (fl. 368 cdno. pbas. 3) que cuando Alianza como acreedor beneficiario solicitó al fideicomitente informar cuándo se correría la correspondiente escritura de transferencia a título de dación en pago a su favor, el fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido anotó que el avalúo de marzo de 1998 estaba vencido por cuanto debía ser actualizado anualmente —lo que efectivamente observa el tribunal, según lo establecen la cláusula décima y vigésima segunda numeral 3º del contrato de fiducia de garantía—.

Textualmente dice esta acta:

“(…).

Con relación a este tema, el fideicomitente anotó que dicho avalúo está vencido, argumentando que los avalúos deben ser actualizados anualmente, toda vez que su vigencia no puede ser superior a un año. Igualmente, manifestó que el valor reflejado por el avalúo practicado por la Cámara de la Propiedad Raíz Lonja Inmobiliaria, no coincide con el valor real, ya que, de conformidad con los últimos estudios realizados, el lote fideicomitado no es apto para la agricultura ni la ganadería, sino que es de tipo industrial. Por lo tanto, comentó que había ordenado la realización de un nuevo avalúo, cuyo resultado coincide con este concepto, razón por la cual se comprometió a enviarlo a la fiduciaria, a más tardar el día 12 de noviembre de 1999 (subraya el tribunal).

(…)”.

En el acta consta igualmente que las partes dispusieron elevar una consulta a la Superintendencia Bancaria para que esta entidad indicara qué avalúo del bien debía tenerse en cuenta para transferir el bien fideicomitado a título de dación en pago.

Del contenido del acta que se comenta se concluye que el fideicomitente Herrera, sin que la Fiduciaria Selfin, ni los acreedores beneficiarios se lo hubieran solicitado, y como él mismo lo afirmó, ordenó la realización de un nuevo avalúo que como consta a folio 453 cuaderno pruebas 3 le fue enviado directamente al señor Herrera con carta de 29 de septiembre de 1999 suscrita por el Gerente y el perito evaluador de la firma Inmobiliaria Fierro Ltda. Observa el tribunal entonces que en la fecha del comité de marras el fideicomitente ya tenía en su poder el avalúo que según él correspondía al uso industrial del terreno fideicomitado.

En el siguiente comité operativo celebrado el 10 de diciembre de 1999 (fl. 490 cdno. pbas. 3) en el punto de proposiciones y varios se dice:

“El fideicomitente hizo entrega de un avalúo practicado por la firma Inmobiliaria Fierro Ltda., el día 30 de septiembre de 1999, el cual arroja como valor del bien inmueble fideicomitado la suma de catorce mil ochocientos treinta y cinco millones quinientos noventa mil cuatrocientos pesos moneda legal (\$14.835.590.400.00)”.

La entrega del avalúo la hizo a la Fiduciaria Integral S.A. en el comité.

Luego de esta reunión del comité operativo la siguiente se celebra el 14 de enero de 2000 (fl. 485 del cdno. pbas. 3) y lo que consta en la misma, y la forma cómo fue redactada, encuentra crucial este tribunal para desentrañar cómo la fiduciaria en cuestión fue dando paso al avalúo presentado por el fideicomitente señor Herrera.

En el punto segundo del acta de este comité se dijo:

“La doctora Cristina Basto Beltrán, informó a los presentes que el concepto de la Superintendencia Bancaria sobre

la vigencia del avalúo dentro del proceso de realización del bien inmueble fideicomitado, recibido por la fiduciaria el día 7 de enero del 2000, establece la obligación de actualizar anualmente el avalúo de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, independientemente de la etapa en que se encuentre la ejecución del contrato, e hizo entrega de una copia del avalúo practicado por la firma Inmobiliaria Fierro Ltda. el día 30 de septiembre de 1999, y una copia del mencionado concepto de la Superintendencia Bancaria.

A continuación, la doctora Basto estableció los requisitos que se encuentran pendientes para poder elevar la escritura pública de dación en pago, a saber:

1. Que el fideicomitente cancele los valores adeudados por concepto de impuesto predial y valorización generados sobre el bien inmueble fideicomitado, así como los gastos notariales y de registro que se causen con ocasión de la escritura de dación. Frente a ese tema, el fideicomitente reiteró la imposibilidad económica en que se encuentra para atender dichos gastos, por lo cual solicita a los acreedores considerar la posibilidad de que sean ellos quienes asuman, a lo que Fiduciaria Alianza S.A. contestó que no puede cancelarlos, y Corficolombiana explicó que ese tipo de decisiones deben ser adoptadas por la junta directiva.

2. Que se fije la fecha en que se va a transferir el bien a título de dación en pago. En este punto, el fideicomitente solicitó que se efectuara el desenglobe del lote, para que la transferencia no se haga en común y proindiviso...

(...)"

La carta de respuesta de la Superintendencia Bancaria a la consulta sobre el avalúo (fl. 168 cdno. pbas. 1), como ya lo había advertido el abogado de Corficolombiana en el Comité en que se decidió formular la consulta, concluye que era necesario conforme a la cláusula vigésima segunda numeral 3° del contrato, practicar por lo menos un avalúo cada año y, en consecuencia, debía actualizarse el avalúo que venía tomándose para la dación en pago por ser más antiguo. No otra podía ser la respuesta de la Superintendencia Bancaria dados los clarísimos términos del contrato; empero, observa el tribunal, que la Superintendencia Bancaria en ningún momento se pronunció sobre el avalúo de los \$ 14.835'590.400 porque ello no fue motivo de la consulta y, si lo hubiera sido, no era de su competencia establecer que avalúo debía tener el bien fideicomitado.

De ahí que el tribunal encuentre por lo menos equívoca la actitud que asumió la Fiduciaria Integral en el comité que se comenta, de presentar la comunicación de la superintendencia y entregar simultáneamente el avalúo practicado por la Inmobiliaria Fierro a petición del fideicomitente.

Entregados tanto el oficio de la Superbancaria como el avalúo en cuestión los interesados, acreedores beneficiarios de certificados de garantía, consideraron que este era desproporcionado y le pidieron a la fiduciaria no aceptarlo.

En efecto, consta en carta de enero 25 de 2000 (fl. 385 cdno. pbas. 3) en la cual la Fiduciaria Alianza, Fideicomiso Transactivos expresa a Corficolombiana que "nos permitimos informarles que Alianza Fiduciaria S.A. como vocera del Fideicomiso Transactivos igualmente ha decidido abstenerse de aceptar el avalúo presentado por el fideicomitente". Igualmente consta la no aprobación del avalúo en la carta 0083 que dirigió también Alianza a la Fiduciaria Integral el mismo 25 de enero de 2000 (fl. 360 cdno. pbas. 3) en la cual dice al inicio "nos permitimos solicitarles se abstengan de aceptar el avalúo presentado por el señor Herrera en el comité celebrado en días pasados en sus oficinas" y a continuación expresa las razones técnicas por las cuales considera que, en general, el avalúo no se ajusta a las normas que rigen el sector.

Por su parte la Corporación Financiera Colombiana en carta de 24 de enero de 2000 (fl. 505 cdno. pbas. 3) también solicita a la Fiduciaria Integral abstenerse de aceptar el avalúo de la Inmobiliaria Fierro Ltda. para efectos de la ejecución de la garantía, por considerarlo alto en su precio, teniendo en cuenta los demás avalúos practicados.

Ambas entidades anuncian que realizarán avalúos con sus firmas de confianza.

Probablemente con fundamento en estas comunicaciones de Alianza y Corficolombiana, la Fiduciaria Integral en carta suscrita conjuntamente por la representante legal y el director de operaciones, con el N° 000351 de 2 de febrero de 2000 (fl. 605 cdno. pbas. 10) citan al doctor Benjamín Fierro, gerente de la Inmobiliaria Fierro Ltda. que realizó el cuestionado avalúo, en los siguientes términos:

“Ref.: fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido – Fiduselfin S.A.

Apreciado doctor Fierro:

Con la presente nos permitimos informarle que recibimos el avalúo comercial realizado por ustedes el 29 de septiembre de 1999, a la finca el Cortijo localizado en la vereda Chuntame del municipio de Cajica, departamento de Cundinamarca, encontrando algunas inconsistencias respecto a las características generales del sector de localización, por lo cual, lo invitamos a una reunión en nuestras oficinas ubicadas en la Av. 13 N° 122 -56 piso 3, el próximo jueves 3 de febrero a las 4 p.m., con el fin de discutir las diferencias encontradas en el avalúo técnico comercial.

Favor confirmar asistencia a los teléfonos 6195503/25/47/58/91 Ext. 502

Atentamente,

Jorge Enrique Vera Parra

María Fernanda Borda Cadena

Director de operaciones, representante legal”

Sobre la reunión que se llevó a cabo con ocasión de esta citación se referirá enseguida el tribunal.

Concluye nuevamente el tribunal que no hubo aprobación de la Fiduciaria Alianza al avalúo de marras y, al contrario, fue objetado por los acreedores como lo reconoce la propia liquidadora de la Fiduciaria Integral en carta de diciembre 21 de 2000 (fl. 540 cdno. pbas. 10) dirigida también al gerente de la Inmobiliaria Fierro Ltda. que dice:

“(…)

Ref: avalúos técnicos comercial 020-99

Apreciado doctor:

Por medio de la presente, comedidamente le solicito remitirnos copia de los documentos que sirvieron de soporte para avaluar el predio objeto del avalúo de la referencia, en la suma de \$ 14'835.500.400, en especial los relativos a la destinación económica del inmueble.

Lo anterior, por cuanto como es de su conocimiento, los acreedores beneficiarios del fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido han objetado el avalúo realizado por la firma que usted dirige. Cordialmente,

Luz Stella Rodríguez Vargas

Liquidadora”.

Esta petición la reitera la liquidadora el 5 de enero de 2001 (fl. 538 cdno. pbas 10) y recibe respuesta el 2 de febrero siguiente (fl. 427 cdno. pbas. 9) en cuyos apartes finales dice el gerente de Inmobiliaria Fierro Ltda. lo siguiente:

“(…)

Hace aproximadamente entre tres y seis meses después de la presentación del informe, ustedes nos citaron para que sustentáramos el Avalúo ante los acreedores, para ello asistió el perito evaluador el señor Luis Carlos Vigoya Urueña con matrícula 878 del Registro Nacional de Avaluadores quien dio claridad a los asistentes sobre el contenido del informe dentro de su vigencia, de manera que consideramos cumplida esta exigencia.

El Decreto 1420 del 24 de julio de 1998 complementario de la Ley 388, en el capítulo 3 artículo 19 establece que la vigencia de los avalúos es de tan solo un año, teniendo en cuenta que las condiciones intrínsecas y extrínsecas de

los inmuebles están sujetas a cambios. El avalúo tenía vigencia hasta el 30 de septiembre del año 2000; el honorable concejo del municipio de Cajicá mediante el Acuerdo 08 del 28 de agosto de 2000, aprobó el plan de ordenamiento territorial “POT” del municipio. Este hecho cambió por completo las normas de uso del bien motivo del avalúo.

En consecuencia le sugerimos actualizar las normas de uso debido a que el valor de la tierra cambió”.

La liquidadora insiste en carta de 3 de abril de 2001 (fl. 480 cdno. pbas. 10) a la firma avaluadora en conocer “las razones de carácter técnico” que tuvo para hacer el avalúo. Y en carta de 25 de abril siguiente (fl. 403 cdno. pbas. 9) la Inmobiliaria Fierro responde:

“(…)

5. Sustentación del avalúo finca El Cortijo

Mediante comunicación bajo el numero de radicación 000351 de fecha 02 de febrero de 2000, por invitación de la Fiduciaria Integral S.A. nuestro director de avalúos señor Luis Carlos Vigoya Urueña, asistió el día viernes (4) de febrero del año 2000 a las 9.00 horas en la Avenida 13 N° 122-56 piso 3 y durante 2 horas aproximadamente, sustentó el avalúo practicado por nosotros en una junta de acreedores y presidida por los siguientes directivos de la Fiduciaria doctores:

Jorge Enrique Vera Parra. Director de operaciones

María Fernanda Borda Cadena, Vicepresidente jurídico

Cristina Basto, abogada de la fiduciaria.

En esa junta o comité, el señor Vigoya Urueña leyó y explicó a los asistentes, capitulo por capitulo y numeral por numeral, todo el contenido del Avalúo que el señor Vigoya practicó, sin recibir comentarios de fondo en el curso de la sustentación y menos por escrito en los siguientes 6 meses; este silencio nos demostró que nuestro informe fue aceptado y aprobado por quienes lo escucharon.

(…)

Sobre las afirmaciones de la Inmobiliaria en cuanto al cambio de normas en virtud del POT de Cajicá expedido en agosto de 2000 se referirá el tribunal más adelante.

El 21 de julio de 2000 (fls. 88 y 89 cdno. pbas. 13), con memorando 001977 la vicepresidente jurídica María Fernanda Borda envía el director de contabilidad copia de cinco escrituras públicas corridas en la Notaría 17 de Bogotá entre el 15 de mayo de 2000 y el 12 de junio siguiente; a esta da alcance por memorando 001988 de 24 de julio (fls. 90 y 91) en el que indica las áreas de los inmuebles desagregados del Cortijo y transferidas a terceros, y del que quedó en el patrimonio autónomo. En consecuencia, la referida funcionaria solicita:

“actualizar contablemente el Patrimonio autónomo denominado Luis Eduardo Herrera Pulido – Fiduciaria Integral S.A., tomando como base el avalúo comercial realizado sobre el inmueble fideicomitado por Inmobiliaria Fierro Ltda. el día 29 de septiembre de 1999 el cual arroja como valor del predio la suma de catorce mil ochocientos treinta y cinco millones quinientos noventa mil cuatrocientos pesos M/cte (\$14.835’590.400)”.

El 28 de julio siguiente el destinatario de los memorandos antedichos, director de contabilidad, por Memorando C-051/2000, radicación 002032 le solicita a la representante legal remita el avalúo, “toda vez que a la fecha el patrimonio autónomo asciende a la suma de \$ 4.763’934.875,76 debido a que el avalúo en mención no se ha recibido”

De las pruebas documentales mencionadas concluye el tribunal que el avalúo realizado en el año de 1999 por la Inmobiliaria Fierro Ltda. solamente se registró en la contabilidad de la Fiduciaria Integral con posterioridad a la fecha de los memorandos, julio de 2000.

Por otra parte encuentra el tribunal importante destacar el memorando 003156 de noviembre 16 de 2000 (fl. 98 cdno. pbas. 11) dirigido por la liquidadora de la Fiduciaria Integral a los directores de contabilidad y de operaciones, solicitándoles informes sobre el fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido, en cuya parte final se dice: “Así mismo solicito me informen la causa que tuvo la fiduciaria para efectuar las daciones en pago que se realizaron, con que autorización y por qué no se citó a los acreedores para obtener la aprobación de ellos”. El director de operaciones contestó el 29 de noviembre de 2000 con comunicación interna 003192 (fl. 96 cdno. pbas. 11) en la que manifiesta que el negocio ha sido manejado por el área jurídica por cuanto las obligaciones fueron incumplidas y se exigió por los acreedores la ejecución de la garantía. Y casi al final afirma “ La única relación con el negocio, fue haber atendido al señor Marcelo Arango, el 4 de mayo del año en curso, y donde el me manifestó que se estaba adelantando la venta del predio fideicomitado, a lo cual le respondí que esto era imposible, toda vez que sobre el bien pesaban obligaciones que el fideicomitente había adquirido con terceros”.

Al día siguiente de esta comunicación el mismo director de operaciones, Jorge Enrique Vera Parra envió a la liquidadora la comunicación interna con el N° 003249 (fl. 86 cdno. pbas. 11) específicamente sobre el avalúo del fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido que el tribunal encuentra importante transcribir íntegramente a continuación:

“En atención a su solicitud respecto del avalúo realizado al fideicomiso de la referencia, por medio del presente comunicado me permito hacer las siguientes precisiones:

— No es cierto la afirmación realizada por la doctora en el sentido de que la aprobación de los avalúos recibidos por la fiduciaria, se hiciera conjuntamente por el área de operaciones y presidencia. El área de operaciones se limita a entregar en un formato la información tomada del avalúo recibido, (que para el caso se recibió de presidencia) y es presidencia, el representante legal o la persona encargada, quien aprueba o desaprueba el avalúo. Si bien es cierto lleva mi inicial, es como evidencia de que la información allí consignada corresponde a la información del avalúo.

— Respecto al hecho en mención vale la pena describir el procedimiento realizado y para lo cual se puede apreciar en la documentación que se anexa:

— El diligenciamiento de información recibida (avalúo) se hizo el 11 de enero del año 2000, con base en el avalúo que entregó para este hecho la Dra. María Fernanda Borda, entregándosele nuevamente la información para que ella procediera a su aprobación. Sin embargo y como se puede apreciar en el formato de aprobación de avalúos, el área de operaciones registró en observaciones, que el valor del bien presentaba un incremento respecto del avalúo anterior de un 123.58%.

— Si se observa lo escrito a mano alzada en la parte inferior de la hoja (que desconozco la razón de por qué presenta corrector) dice "no fue aprobado por los acreedores".

— En memorando 1976 de fecha julio 21 de 2000, la vicepresidencia jurídica, entrega al área de operaciones para su “información y fines pertinentes” copia de las escrituras relacionadas en mi comunicación anterior y que corresponde a las daciones efectuadas con fecha de mayo 15/2000. Es importante resaltar que el área de operaciones desconocía las razones de este acto.

— En memorando 1988 de fecha julio 24 de 2000, la vicepresidencia Jurídica da alcance al memorando 1977 remitido al Director de contabilidad, para solicitar actualizar contablemente el valor del patrimonio autónomo denominado Luis Edo. Herrera Pulido, tomando como base el avalúo comercial realizado sobre el inmueble fideicomitado por inmobiliaria Fierro Ltda., el día 29 de septiembre de 1999, el cual arroja como valor del predio la suma de \$ 14.835.590.400. En el citado memorando aclaran también que el patrimonio autónomo se encuentra conformado por el bien inmueble denominado El Cortijo, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 176-84332 que cuenta con un área de 60 Has. 2.347.63 Mtrs².

— La entrega del avalúo al depto. de contabilidad se hizo el dos (2) de agosto del 2000, es decir 77 días después de haberse realizado las daciones en pago (mayo 15/2000). Igualmente, si observamos la anotación realizada en la parte inferior de la hoja de aprobación de avalúos, dice “se aprobó a partir de julio del 2000”, 45 días después de

entregado los bienes en dación.

— Reitero la informado en el memorando anterior, que, durante el tiempo del proceso de acuerdo de dación con los acreedores beneficiarios, no participé de las reuniones celebradas, razón por la cual desconozco, las negociaciones y acuerdos a que se pudo haber llegado. La única en la cual participé fue la celebrada el pasado 9 de noviembre.

Sin otro particular,

Jorge Enrique Vera Parra

Director de operaciones

Anexo: lo anunciado”.

Del texto de la comunicación transcrita se concluye sin hesitación alguna, que el avalúo del inmueble El Cortijo se aprobó por la presidencia (Dra. María Fernanda Borda) de manera exclusiva, a finales del mes de julio de 2000, sin la intervención de ningún funcionario de la fiduciaria y que “no fue aprobado por los acreedores” como rezaba el original del formato tachado con corrector que menciona el señor Vera en su comunicación.

A esta funcionaria también le pidió explicaciones la Liquidadora sobre el avalúo en cuestión, las enajenaciones y otros aspectos del Fideicomiso Luis Eduardo Herrera el 19 de diciembre de 2000 por carta 3467 (fl. 104 cdno. pbas. 2), época en la que ocupaba el cargo de Vicepresidente Jurídica, y quien las respondió con carta de 21 de diciembre siguiente (fl. 107 cdno. pbas. 2) a la cual se referirá a espacio el tribunal en el acápite relativo a la responsabilidad contractual.

Ante los reclamos de los acreedores beneficiarios de los certificados de garantía la liquidadora de Fiduintegral solicitó un avalúo corporativo a la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá sobre el lote El Cortijo I que quedó como patrimonio del fideicomiso después de las enajenaciones que se efectuaron entre mayo y junio de 2000, el cual fijó en \$ 491'690.165 el valor del inmueble a marzo 1° de 2001 que garantizaba los certificados expedidos a Alianza y a Corficolombiana (fl. 233 cdno. pbas. 1). Es más, la misma liquidadora entabló un denuncia para que se estableciera la posible comisión de infracciones penales y su consiguiente responsabilidad, cuyo conocimiento correspondió a la Fiscalía 109 Seccional. También solicitó al fideicomitente actualizar el valor de la garantía según carta de marzo 20 de 2001 (fl. 485 cdno. pbas. 10). Adicionalmente le volvió a enviar consulta a la Inmobiliaria Fierro Ltda. el 3 de abril de 2001, sobre los fundamentos técnicos sustento de su avalúo, a la que ya se refirió atrás el tribunal.

Con relación al anexo del avalúo antedicho (fl. 55 cdno. pbas. 2) que se entregó también por la doctora Borda en su declaración ante el tribunal, en el cual el secretario de la junta de planeación municipal de Cajicá certifica, con fecha 9 de diciembre de 1994, “Que el proyecto denominado “Parque Industrial Cajicá” a desarrollarse en el predio El Cortijo, ubicado en la vereda “Chuntame”, zona industrial, fue presentado como anteproyecto ante la junta de planeación municipal. Que la junta de planeación municipal dio viabilidad favorable en primera instancia para el desarrollo de este proyecto”, el tribunal advierte que precisamente lo que de él se concluye no es que sea zona industrial, sino que se presentó como tal, y no ha sido aprobado por la autoridad competente con las formalidades requeridas pues solamente tiene un primer visto bueno. Eso es en concepto del tribunal lo que dice la certificación aludida.

Finalmente, sobre el tema de los avalúos se destaca que se decretó y practicó durante el trámite del proceso arbitral avalúo corporativo por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá (fls. 174 y ss. cdno. de pbas. 17) en mayo de 2003, que dio como valor del avalúo retroactivo de toda la finca El Cortijo a mayo de 2000 la suma de \$ 2.052'372.916. Según este avalúo no es cierto que el POT haya cambiado la calificación de zona industrial del predio El Cortijo como lo afirmó la Inmobiliaria Fierro, porque si así hubiera sido la lonja habría tenido en cuenta este factor para fijar el precio del terreno en mayo de 2000 cuando supuestamente todavía era industrial. En el avalúo de la lonja se fijó como avalúo comercial a la fecha del mismo la suma de \$ 1.579'401.206, y como valor del lote Cortijo I la suma de \$ 528'630.344. Estos son entonces los valores que tendrá en cuenta el tribunal para la decisión que debe adoptar en este laudo.

4. De la responsabilidad civil contractual.

Corresponde al tribunal en este momento entrar a estudiar uno por uno los elementos de la responsabilidad civil contractual para determinar si la demanda, total o parcialmente pudiera estar llamada a prosperar para inmediatamente, si fuere el caso, entrar a determinar si las excepciones o defensas propuestas podrían enervar total o parcialmente las pretensiones demandadas.

Comienza el tribunal por señalar que la demanda no se encamina a ejercer el demandante sus derechos como acreedor garantizado con los bienes que integran el patrimonio autónomo, derechos que ya había comenzado a ejercitar buscando que se diera aplicación al mecanismo para liquidar dicho patrimonio, a fin de que con el producto de la realización de los bienes afectos a él se le pagaran sus créditos, para los fines y propósitos de las cláusulas vigésima tercera sobre incumplimiento del fideicomitente y vigésima cuarta relacionada con la consecuente realización de los bienes para el pago de los créditos garantizados con certificados de garantía expedidos por la fiduciaria (Integral), de conformidad con la cláusula vigésima del contrato. La demanda se encamina claramente a que se declare que la fiduciaria convocada incumplió el contrato de fiducia por haber faltado al cumplimiento de sus obligaciones de manera culpable por lo que estaría obligada a indemnizar perjuicios, es decir, se demanda a la fiduciaria a responder por responsabilidad contractual en la que habría incurrido.

Tal como lo han enseñado tratadistas como los hermanos Mazeaud, los fundamentos de la responsabilidad contractual y extracontractual son en el fondo los mismos; un daño precedido o acompañado de culpa y una relación causal entre estos aunque en la relación contractual existan otros elementos especiales como que el daño provenga del incumplimiento de un contrato. Por consiguiente, es a partir de la existencia de un contrato válido que puede predicarse cumplimiento o incumplimiento de un contrato, presumiéndose este primer elemento cuando las partes, como en el presente caso, están de acuerdo en su existencia sin cuestionar su validez, además de que obra en el expediente la escritura pública en la que consta el contrato de fiducia.

Deberá entonces el tribunal determinar:

1. Si hubo por parte de la convocada incumplimiento del contrato.
2. Si en el supuesto de que hubiere incumplimiento este fue culpable y el grado y modalidades de la culpa.
3. Si la convocante sufrió un daño.
4. Si el daño tiene como causa u origen el hecho del incumplimiento y,
5. El monto del daño.

Estudiará a continuación el tribunal cada uno de estos puntos.

4.1. Si hubo un incumplimiento.

Endilga la convocante a la convocada (en adelante la fiduciaria) que incurrió en grave violación de sus obligaciones “derivadas del contrato de fiducia mercantil en garantía contenido en la escritura pública mil setecientos veintinueve (1729) del treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995) otorgada en la Notaría Sexta (6ª) de Bogotá, por haber enajenado, en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados, parte de los bienes fideicomitidos” (las negrillas son del tribunal).

Señala inmediatamente la demanda que la fiduciaria “incumplió los deberes indelegables establecidos en el artículo 1234 del Código de Comercio, en especial el establecido en el numeral 7º, ...” (demanda primera pretensión).

Por consiguiente, se acusa a Fiduintegral de haber violado tanto sus obligaciones legales como sus obligaciones contractuales bajo el contrato de fiducia.

Es así como en el hecho 38 de la demanda se dice que “en forma inexplicable, durante los meses de mayo y junio

del año 2000, con la confabulación, colaboración y complicidad tanto de la fiduciaria como del fideicomitente, aquella desenglobó y enajenó, a título de dación en pago, a personas que no tenían la condición de acreedores beneficiarios, la mayor parte del bien fideicomitado que formaba la garantía” (negrillas y subrayas del texto).

A continuación en el hecho 39 se narra cómo la fiduciaria procedió a enajenar mediante cinco escrituras públicas inmuebles que al decir de la demanda constituían “la mayor parte del bien fideicomitado”, y puntualizar en el hecho 41 que “dichos actos de disposición, implicaron una violación flagrante del contrato de fiducia mercantil, ya que la fiduciaria únicamente podía disponer del bien a través de la venta a terceros, exceptuando el recaudo de los dineros y destinando dichos recursos a pagar las obligaciones insolutas a favor de los acreedores garantizados o mediante dación en pago a favor de los mismos acreedores beneficiarios, pero en ningún caso, a terceros sin derecho sobre el fideicomiso, como efectivamente ocurrió (cláusula vigésima cuarta del contrato de fiducia)”.

Agrega la demanda, en el hecho 42, que la responsabilidad de la fiduciaria se agravó “si se tiene en cuenta que para el mes de junio de 1997 ya tenía conocimiento sobre el incumplimiento y cuantía de las obligaciones a cargo del fideicomitente...”.

Para determinar si asiste en esto razón a la convocante ha de dilucidar el tribunal si de acuerdo con la ley y el contrato la fiduciaria no hubiera debido realizar tales enajenaciones sin que antes se hubieran cancelado los créditos de los acreedores garantizados.

Obra en el expediente prueba suficiente de que las enajenaciones de parte importante del patrimonio se hicieron sin que, de otra parte, se hubieran cancelado los créditos garantizados con los títulos expedidos por la fiduciaria. A folios 498 a 546 del cuaderno pruebas 2 pueden verse las escrituras públicas mediante las cuales se realizó la enajenación de que tratan los hechos de la demanda y, de otra parte, no existe en el expediente prueba alguna de que los créditos se hubieran cancelado a la fecha de esta providencia. Como es sabido, la afirmación de todo acreedor de que no se le ha cancelado el crédito que conste en título vencido, se tiene o presume cierta, por tratarse de hecho que la doctrina procesal califica de negativo indefinido o imposible de probar y sobre el cual corresponde al deudor demostrar, si quiere desvirtuar la afirmación, que el crédito se canceló o por otro medio se extinguió. Además obra en el expediente a folios 358 a 497 del cuaderno pruebas 2 copia del proceso ejecutivo que adelanta en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá en este proceso la convocante contra el fideicomitente para el cobro de los pagarés garantizados con el patrimonio autónomo de acuerdo con los títulos de garantía expedidos por la fiduciaria, en el cual se dictó mandamiento de pago por los valores indicados en la correspondiente demanda ejecutiva y respecto del cual, en sentencia de fecha 17 de febrero de 2003, que se encuentra apelada, se declaró la prescripción de algunas cuotas o instalamentos (fls. 385 a 394 cdno. pbas. 4)

El artículo 1234 del Código de Comercio en su numeral 7º establece:

“Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: 7) transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario...”.

Destaca el tribunal que de conformidad con la norma legal los deberes indelegables del fiduciario no son solamente los ocho taxativamente establecidos en la norma sino además todos “los previstos en el acto constitutivo”.

El artículo analizado resulta necesario interpretarlo en armonía con el artículo 1242 del mismo código el cual establece:

“Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitados pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos”.

Lo anterior significa que terminado por cualquier causa el fideicomiso la sociedad fiduciaria debe transferir los bienes a la persona que señale el acto constitutivo y, solo en caso de no existir acuerdo contractual al efecto, se entregarán los bienes que integren el patrimonio autónomo al fideicomitente. Las dos disposiciones citadas y analizadas no son contradictorias sino complementarias y de su redacción se concluye de manera inequívoca que ambas normas son puramente dispositivas porque ambas anteponen a la ley el acuerdo de las partes en el acto

constitutivo. Así pues, puede decirse con entera propiedad que finalizado el contrato de fideicomiso por cualquier causa era deber indelegable de la fiduciaria transferir los bienes fideicomitados a la persona o personas a quien el contrato de fideicomiso lo ordene y solo a falta de tal estipulación, al fideicomitente.

Pero antes de entrar a analizar el tribunal si existen o no estipulaciones contractuales en que se reglamente ese específico punto, quiere recordar, a manera de marco dentro del cual hayan de interpretarse las disposiciones contractuales, que el objeto de la fiducia de acuerdo con la cláusula primera es:

“la constitución de un patrimonio autónomo (...) que estará afecto a las siguientes finalidades:

1) Garantizar las obligaciones presentes o futuras contraídas por el fideicomitente o por los terceros que él señale, a favor de las personas que el fideicomitente indique mediante comunicación escrita dirigida a la fiduciaria, previa aceptación expresa de tales personas.

(...)

3) Servir de fuente de pago de las obligaciones garantizadas por el fideicomiso, en el evento de que el fideicomitente y/o los deudores de las mismas no paguen...”.

Es dentro de este marco que han de analizarse las normas contractuales en punto de devolución o restitución de los bienes que existan en el patrimonio autónomo a la finalización del contrato de fiducia. Para que se entienda mejor esto, se contrapone el objeto de este contrato al que tuviera otro contrato de fideicomiso que no fuera ni garantía del pago de obligaciones ni fuente de pago de las mismas, sino, por ejemplo, tuviera como objeto la administración de un inmueble durante determinado período. Normalmente a la terminación del contrato el inmueble, que no está destinado a venderse, ni a servir de garantía para pagar obligaciones, debe devolverse al fideicomitente. Pero si determinados bienes han sido entregados para que con ellos se paguen determinadas deudas del fideicomitente y está en curso, al momento de vencer el plazo del contrato de fiducia, el proceso contractualmente convenido para la realización de los bienes para el pago de los créditos vencidos a favor de acreedores garantizados, habrá que tener siempre en cuenta la finalidad y el objeto del contrato como criterio necesario para interpretar las estipulaciones contractuales. En este último caso surge inmediatamente el interrogante de saber si la fiduciaria puede, sin más, devolver al fideicomitente los bienes del patrimonio autónomo.

Establecido ese marco natural de interpretación se debe, con cierta severidad, buscar las normas contractuales que las partes hayan señalado para determinar la suerte que deban correr los bienes una vez terminado el contrato, y solo en ausencia absoluta de estipulación llegar a la fatal conclusión de que, no obstante no haberse pagado los créditos garantizados y estarse adelantando el proceso para liquidarlos y pagar tales créditos, por haber terminado el contrato por vencimiento del plazo, debe volver el patrimonio al fideicomitente.

Además y antes todavía de entrar a analizar el contrato hace el tribunal una segunda precisión. De ninguna manera, tratándose de una fiducia en garantía, es lo mismo entregar o devolver los bienes al fideicomitente que entregarlos a terceras personas distintas de los beneficiarios garantizados, así tal entrega se haya efectuado por orden del fideicomitente. No dice la ley que a falta de estipulación en contrario se entreguen los bienes fideicomitados al fideicomitente o a las personas que este indique, sino que los bienes deben entregarse en tal evento, a falta de disposición en contrario, al fideicomitente o a sus herederos. El tribunal teniendo en cuenta que se trata de un fideicomiso de garantía y fuente de pago de obligaciones, señala que fue del todo desafortunada la interpretación que la fiduciaria hizo de la norma para darle alcances extensivos entregando los bienes fideicomitados, no al fideicomitente o a sus herederos, sino a terceros acreedores no garantizados, por la elemental razón de que entregando la fiduciaria los bienes a terceros y no al fideicomitente impidió que estos bienes pudieran ser objeto de embargo en el cobro que mediante la acción ejecutiva contra el fideicomitente se adelantaba, frustrando los alcances de dicha acción al menos, en lo tocante a tales bienes. Para el tribunal no cabe duda de que con su acción, conscientemente o por imprudencia, la fiduciaria hizo posible que los bienes fideicomitados que hubieran debido regresar al patrimonio del fideicomitente, si el contrato no ordenara otra cosa, cayeran en manos de terceros, lejos del alcance de los acreedores garantizados.

Para el tribunal, tratándose como se trata en este caso, de una fiducia de la naturaleza atrás explicada, la

interpretación del artículo 1242 del Código de Comercio debe ser estricta y restrictiva.

Aún más, el tribunal no entiende cómo la fiduciaria realizó las enajenaciones para entregar los bienes no al fideicomitente, sino a terceros, no existiendo en el expediente documento alguno en el que conste que este hubiera dado instrucciones precisas a la fiduciaria sobre tan delicado asunto. Solamente se ha podido analizar por el tribunal la comunicación de 15 de marzo de 2000 enviada por Luis Eduardo Herrera Pulido a Fiduciaria Integral S.A. con sello de recibido 3 de abril siguiente, que se remitió al proceso como documento exhibido en la inspección judicial realizada en Integral y obra a folio 474 del cuaderno pruebas 9, sin los anexos que en ella se anuncian. Si a lo anterior se añade el hecho de que las transferencias se hicieron por valores muy inferiores al real de los inmuebles, según los avalúos que la fiduciaria conocía y tenía en su poder y consideraba adecuados, queda la sensación de que la fiduciaria obró en esto no solo con imprudencia sino con indelicadeza, pues conociendo el presunto valor de los inmuebles se prestó aparentemente para consumir unas simulaciones del precio que habrían defraudado al menos, al fisco.

Pasa ahora inmediatamente el tribunal a estudiar las disposiciones contractuales.

Revisándose las obligaciones de la fiduciaria contenidas en la cláusula vigésima segunda del contrato se encuentra lo siguiente:

“8. En el evento de que una vez canceladas todas las obligaciones que el fideicomiso respalda quedare un remanente deberá revertirlo al fideicomitente o mantenerlo a efecto de garantizar las obligaciones futuras, según disponga el fideicomitente mediante documento escrito dirigido a la fiduciaria” (las negrillas son del tribunal).

Se ve clara la intención de que el derecho del fideicomitente a que se le entregue el remanente de los bienes está supeditado al evento de cancelación de todas y cada una de las obligaciones respaldadas con el fideicomiso. Así pues el derecho del fideicomitente a que se le devolvieran los bienes estaba sujeto a la condición suspensiva de que se pagaran antes íntegramente las obligaciones a cargo del fideicomitente que estuvieran garantizadas. Y no se diga que esta previsión contractual solo operaba en el evento de terminación anticipada del contrato y no en caso de vencimiento del término, tanto que la cláusula trigésima sexta que reglamenta las causales de terminación anticipada del contrato establecen que:

“El presente contrato se podrá dar por terminado antes del plazo señalado, además de las causales legales (sic), por:

— El vencimiento del término siempre que no subsistan obligaciones pendientes de pago” (negrillas del tribunal).

Se nota al rompe una contradicción entre el enunciado general de la cláusula como contentiva de causales de terminación anticipada del contrato, con lo reglamentado bajo el asterisco transcrito. En efecto, el vencimiento del término no puede entenderse como terminación anticipada del contrato por lo que resulta evidente la contradicción. Pero la contradicción no anula la disposición sino que esta ha de interpretarse en el sentido que produzca algún efecto, de acuerdo con conocida regla de interpretación de los contratos contenida en el artículo 1620 del Código Civil que dice:

“El sentido que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Si se analiza el texto estudiado con referencia al marco general de causales de terminación anticipada del contrato no produciría la disposición efecto alguno; en cambio, entendida como independiente y fuera de ese marco cobra la disposición pleno sentido. Las partes quisieron establecer y precisar, en consonancia con lo que habían dispuesto en el numeral 8º de las obligaciones de la fiduciaria, ya analizado, que tampoco, en caso de terminación del contrato por vencimiento del término, habría lugar a tener por terminado el contrato de fiducia mientras existieran obligaciones garantizadas pendientes de pago. La contradicción es pues puramente aparente y consistió en una falta de técnica jurídica en la redacción del contrato al tratar dos temas distintos bajo una misma cláusula.

Ahora bien, analizado dentro de ese contexto la disposición podría tener dos sentidos:

a) Que el contrato de fiducia no terminaría por vencimiento del plazo en caso de que a su llegada existieran todavía obligaciones pendientes de pago.

b) Que vencido el término del contrato, y por tanto terminado este, existiendo aún obligaciones pendientes de pago el patrimonio autónomo no podía entregarse al fideicomitente.

En cualquiera de las dos hipótesis la fiduciaria no podía legítimamente entregar a terceros no garantizados todo o parte del patrimonio autónomo en la forma que lo hizo. Claro que solo la segunda hipótesis sería la correcta pues la primera sería una interpretación contra *legem* pues la existencia de un plazo extintivo del contrato es una exigencia legal, de manera que la cláusula hay que entenderla, para darle efecto, como corresponde, de acuerdo con la hipótesis denominada b).

De todo lo anterior se colige que efectivamente tal como lo ha planteado la convocante la fiduciaria Integral incurrió en violación de sus obligaciones indelegables bajo la ley y el contrato.

Señala por último el tribunal que bajo el numeral 4° del artículo 1234 del Código de Comercio, era también deber indelegable de la fiduciaria convocada defender y proteger los bienes fideicomitidos contra actos aún del mismo constituyente. Este deber le imponía a Fiduintegral una clara obligación de no hacer, consistente en no atender ni ejecutar instrucciones del fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido encaminadas a efectuar las enajenaciones que a la postre desmejoraron notablemente la garantía de los acreedores beneficiarios. Como ya se ha dicho, era menester contar con la seguridad plena y previa a cualquier actuación, que se hubieran preservado los derechos preferentes de los beneficiarios.

4.2. Si la fiduciaria incurrió en culpa y cuál habría sido el grado de la falta.

De lo expresado en el punto anterior se colige que el incumplimiento en que incurrió Fiduintegral fue culpable y los actos en que se materializó el incumplimiento fueron deliberados y conscientes. la fiduciaria vencido el término de cinco años de vigencia del contrato sin haber entrado a liquidar el fideicomiso procedió a dar en pago gran parte del patrimonio autónomo a acreedores no garantizados, siguiendo misteriosas indicaciones del fideicomitente que supuestamente acompañó en anexo a la carta de fecha 3 de abril de 2000 (fl. 474, cdno. pbas. 9) que, o no existieron realmente, o desaparecieron del archivo de la fiduciaria pues en la diligencia de inspección en sus oficinas y en los documentos aportados al expediente no aparece el anexo.

Además, contrarió la fiduciaria sus propias advertencias contenidas en cartas de febrero 10 de 2000 (fls. 597 cdno. pbas 10 y 322 cdno. pbas. 4) dirigidas a Wilson Aguilar y Jaime Jaramillo a la postre adquirentes en dación en pago de lotes de la finca El Cortijo, sin ser acreedores beneficiarios, por la doctora María Fernanda Borda representante legal de Fiduintegral en las cuales dijo:

“(…)

Actualmente, el patrimonio autónomo antes citado está garantizando obligaciones dinerarias que ascienden a un valor de mil novecientos treinta millones de pesos moneda legal (\$ 1.930.000.000) a favor del fideicomiso transactivos (Fiduciaria Alianza S.A.) y de la Corporación Financiera Colombiana S.A., razón por la cual se están adelantando todas las gestiones pertinentes para transferirles en dación pago, a prorrata del monto de sus acreencias, una parte del bien fideicomitado.

Por lo anterior, una vez se perfeccione la escritura pública de dación en pago a favor del fideicomiso transactivos (Fiduciaria Alianza S.A.) y de la Corporación Financiera Colombiana S.A., la fiduciaria, actuando como vocera del patrimonio autónomo, transferirá a los terceros que el fideicomitente previamente le indique, el derecho de dominio y posesión sobre la parte de la Finca El Cortijo que aún permanezca dentro del fideicomiso”.

De lo anterior tiene el tribunal que concluir que de manera deliberada y consciente la fiduciaria sin haber liquidado el contrato, el cual aún a la fecha no ha sido liquidado, premunida de inaceptable excusa, que el término del contrato había vencido, procedió a enajenar dándolo en pago a acreedores no garantizados la mayor parte del patrimonio en perjuicio de los acreedores garantizados que gozaban, según el contrato, y por consiguiente, según la ley, del derecho a que los bienes no fueran entregados al fideicomitente hasta que no se pagaran los créditos

garantizados, según se ha explicado en el punto anterior.

La doctora María Fernanda Borda, quien era para la época de las enajenaciones la representante legal de la fiduciaria, llamada a declarar bajo la gravedad del juramento, dio como explicación de su proceder como representante de la fiduciaria que el término de cinco años de vigencia del contrato había terminado de manera que, junto con el fenecimiento del contrato terminaron los derechos y obligaciones de las partes bajo el contrato de fideicomiso y que, por consiguiente, podía la fiduciaria enajenar libremente los bienes a las personas que indicara el fideicomitente. Esto mismo lo escribió en la comunicación de 21 de diciembre de 2000 que le envió a la liquidadora de la Fiduciaria Integral cuando le fueron solicitadas explicaciones respecto de este fideicomiso (fl. 509 cdno. pbas. 1) Como hemos visto, ni siquiera aparecen las supuestas instrucciones escritas del fideicomitente como anexos de la carta de 3 de abril de 2000 antes citada. Sin embargo, suponiendo que hubieran existido realmente y que coincidieran con lo que la fiduciaria después ejecutó, habría que concluir, en el mejor de los casos, que la fiduciaria obró siguiendo un mandato del fideicomitente en contra de los intereses de los acreedores beneficiarios, desconociendo el objeto y la finalidad del fideicomiso, es decir de la confianza que dichos beneficiarios habían depositado en ella y haciendo caso omiso de expresas normas legales y contractuales ya analizadas.

Ignoró la fiduciaria, en su momento, que los contratos en su preparación y ejecución tienen varias etapas en las que las partes asumen distintas obligaciones: a) Una etapa precontractual en la que las partes deben negociar de buena fe, de manera que si el contrato se frustra por actos indebidos de una de las partes y ello causa perjuicio a la otra, está obligada a indemnizarla (culpa *in contrahendo*). b) Una etapa de celebración del contrato; c) Una etapa de cumplimiento del contrato subsiguiente o simultánea con su ejecución, como en el caso de ciertos contratos puramente consensuales, como los de compras al contado, en los que el acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio se hace simultáneamente con el pago del precio y la entrega de la cosa, pero en los que ontológicamente se distingue como primero el acuerdo consensual y luego sí su inmediata ejecución; d) una etapa eventual de liquidación del contrato que surge en algunos contratos de ejecución sucesiva o de duración prolongada, cuando una de las partes debe rendir cuentas a la otra o proceder a devolver a alguna de las partes determinados bienes que haya detentado o administrado como es el caso, de manera necesaria, en un fideicomiso mercantil, en el que siempre se constituye un patrimonio autónomo, y la fiduciaria tiene, terminado el contrato, entre otras obligaciones, las de rendir cuentas y devolver el remanente de los bienes, si los hay, a las personas a quienes corresponda según el contrato y, en su defecto, al constituyente. Por lo anterior, a la terminación del contrato cesaban para la fiduciaria determinadas obligaciones y nacían otras como las ya mencionadas, que impedían devolver el remanente de los bienes fideicomitados al fideicomitente, hasta tanto no se pagaran los créditos garantizados, y que con muchísima mayor razón impedían toda entrega del patrimonio autónomo a terceros no garantizados.

Como es principio por todos conocido, la ignorancia de la ley no sirve de excusa y menos cuando quien conscientemente se aparta de ella es un profesional del derecho que ostentaba al mismo tiempo la calidad de representante legal de una fiduciaria, cuyo objeto social principal es la celebración de contratos de fiducia y su debida ejecución. El tribunal no vacila en calificar de culpa grave la culpa en que incurrió la Fiduciaria Integral en las enajenaciones mediante las cuales, sin haber rendido cuentas a los beneficiarios según el contrato (cláusula vigésima segunda numeral 5º) entregó a terceros no beneficiarios, en contra de lo señalado en las disposiciones contractuales, parte sustancial de los bienes fideicomitados en perjuicio de los acreedores garantizados.

Desde el momento en que la fiduciaria consideró que la parte del patrimonio restante, luego de las enajenaciones, era suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas, comenzó a correr con el riesgo de que ya no con el patrimonio autónomo, sino con su propio patrimonio estuviera obligada a responder a los beneficiarios en la medida en que resultara necesario para la cancelación de las obligaciones garantizadas con los certificados de garantía expedidos por ella.

Finalmente, para terminar el examen de la culpa en que incurrió Fiduintegral, es pertinente hacer mención de la manera cuestionable y negligente como esta manejó el avalúo que sirvió de base para realizar las daciones en pago a favor de terceros no beneficiarios de certificados de garantía.

Considerando su función de garantía y fuente de pago, el contrato de fiducia contenido en la escritura 1729 fue enfático en las estipulaciones referentes a los avalúos pues de estos dependía la denominada “relación de la garantía”, tal como lo dispuso su cláusula décima cuarta. En los fideicomisos de garantía es de crucial importancia contar con avalúos reales y vigentes porque ellos determinan el límite del valor garantizable con el patrimonio autónomo y por ende, la posibilidad de que los acreedores garantizados logren cobrar efectivamente sus créditos sobre los bienes fideicomitados, si llegare a incumplir el deudor principal. Por ello, en la cláusula décima se ordenó la actualización del valor cada año por parte de firmas especializadas, reservándose la fiduciaria “el derecho a objetar los avalúos que le sean presentados cuando estime que el valor señalado en ellos no corresponde a la realidad, caso en el cual ordenará la práctica de un nuevo avalúo con cargo al fideicomiso y en subsidio al fideicomitente”.

Es incomprensible que Fiduintegral hubiese aceptado sin ninguna reserva el avalúo practicado en septiembre 30 de 1999 por la firma Inmobiliaria Fierro Ltda., avalúo que fue encargado por el mismo fideicomitente y entregado por este en la reunión del comité operativo celebrado el día 14 de enero de 2000. Dicho avalúo, que arrojó un valor de \$ 14.835'590.400, era significativamente superior a los avalúos que se habían practicado y aceptado durante toda la historia del fideicomiso desde 1995 (fls. 8 a 47 cdno. pbas. 7). Quedó además demostrado en el proceso, con el avalúo corporativo retroactivo al año 2000, practicado por la Lonja de Propiedad Raíz de Bogotá en mayo de 2003, que el valor total del predio El Cortijo (\$2.052.372.916) estaba muy por debajo del avalúo que sirvió de base para las daciones en pago efectuadas entre los meses de mayo y junio del año 2000. De acuerdo con el informe de la lonja, la reglamentación vigente establecía limitaciones en los usos del suelo para el mencionado predio, que no lo hacían apto para fines comerciales e industriales y que como resultado afectaban negativamente su valor.

Es cierto que la cláusula décima y el numeral 3° de la cláusula vigésima segunda del contrato de fiducia ordenaban la actualización del avalúo del inmueble fideicomitado cada año; fue eso y no otra cosa lo que manifestó la Superintendencia Bancaria al ser consultada por Fiduintegral en su momento. Sin embargo, atendiendo tanto el objeto como el espíritu del contrato no era suficiente con la formalidad de contar con un nuevo avalúo, sin considerar su razonabilidad. Por ello, a juicio del tribunal, Fiduintegral incurrió en negligencia al no objetar el avalúo de la firma Inmobiliaria Fierro Ltda. y eventualmente, de subsistir las dudas, encargar otro que reflejara el verdadero valor comercial del bien .

Observa además el tribunal que en los documentos recogidos en la inspección judicial a las dependencias de la fiduciaria convocada, al parecer por una decisión inconsulta de la Dra. María Fernanda Borda, el avalúo de los 14 mil millones fue aprobado por ella y contabilizado por Fiduintegral tan solo hasta julio de 2000 (fl. 88 cdno. pbas 13); no obstante, dos meses antes, en mayo de 2000 ya se habían realizado las primeras enajenaciones a favor de terceros no garantizados con base en dicho avalúo. Es por demás extraño que a pesar del avalúo por tan alto valor aceptado por Fiduintegral, las daciones en pago se declararan, en las correspondientes escrituras públicas, por valores que no corresponden al valor consignado en el cuestionado avalúo.

Se reitera por el tribunal, la Fiduciaria Integral no cumplió la obligación contenida en las cláusulas décima y vigésima segunda numeral 3° del contrato de verificar la razonabilidad del avalúo, o inclusive de solicitar uno nuevo ante las dudas que le generara un experticio que aumentaba de un año a otro un 123% el valor del inmueble, más aún cuando el avalúo había sido practicado por una firma desconocida para la fiduciaria, no incluida en el listado de sus evaluadores que obra a folio 2 del cuaderno pruebas 7, entregado por Fiduintegral con ocasión de la inspección judicial que realizó el tribunal en sus oficinas. Lo afirmado en contrario sobre este aspecto por quien era representante legal de dicha fiduciaria, doctora Borda, y el fideicomitente en sus declaraciones ante el tribunal no será tenido en cuenta por no tener soporte probatorio alguno.

Cabe aquí mencionar las consideraciones que trae el laudo arbitral, proferido en el caso de Monomeros Colombo Venezolanos S.A. (EMA) v. Lloyds Trust S.A. ⁽²⁾, sobre en quien recae la obligación de realizar los avalúos en las fiducias de garantía.

“Se reitera que el fideicomitente no tiene la obligación de practicar los avalúos, pues esta es una obligación del fiduciario, en el sentido de que debe encargar a un evaluador idóneo esta tarea.

“Esto es aún más evidente si se tiene en cuenta la consideración que una de las conductas que evidencian

diligencia por parte del fiduciario es precisamente evitar que el fideicomitente realice de forma directa este tipo de avalúos, ante la contundente realidad contractual de ser una obligación propia, pues el contrato de fiducia solo le atribuye la obligación al fideicomitente de pagar estos avalúos, en tanto que le impone al fiduciario la tarea de disponer la ejecución de ese trabajo. Este tema reviste tanta importancia que ha merecido su incorporación en las recomendaciones gremiales de la asociación de fiduciarias, las cuales fueron allegadas al proceso, en las que se lee:

Es fundamental que la fiduciaria se cerciore, hasta donde le sea posible, actuando en forma diligente, prudente y profesional, de la razonabilidad de los avalúos... es importante que sea la misma fiduciaria la que ordene practicar estos avalúos, y no se atenga a aquellos que le presenten los fideicomitentes’.

“En la doctrina adicionalmente se ha indicado lo siguiente:

De allí que el acuerdo con el cliente debe estar enderezado a establecer o ratificar un procedimiento que garantice la mejor elección, pues ha de saberse que en el caso de las fiducias de garantía no resulta conveniente ni prudente estarse a los avalúos presentados por el constituyente (...) dada la finalidad de los negocios de fiducia de garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se avalúe al más alto precio y que del mismo dependerá el crédito eventual que pueda obtener del sistema financiero o de terceros. Y justamente, a una actitud de un profesional prudente y avisado como es el fiduciario no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y frente a su propio cliente, a tomar recaudos y precauciones enderezados a evitar que este le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamente elevado’ ⁽³⁾.

(...).

“En concordancia con las estipulaciones antes transcritas, el fiduciario siempre tuvo a su cargo la obligación de ordenar a un experto idóneo practicar dicho avalúo. Ahora bien, si por una determinación autónoma decidió exigir al fideicomitente que lo realizara, dentro de cierto plazo y bajo ciertos presupuestos que garantizarían la objetividad del mismo, tal determinación no implica la extinción de la obligación del fiduciario (...).”

4.3. Si la convocante sufrió un daño por el incumplimiento culpable de la fiduciaria.

Para el tribunal resulta evidente que la convocante perdió, con las enajenaciones realizadas por la fiduciaria con posterioridad al vencimiento del término del contrato de fiducia, el derecho de que gozaba a que los bienes que formaban el patrimonio autónomo o su remanente no fueran devueltos al fideicomitente, hasta tanto no se hubieran cancelado los créditos de los acreedores garantizados. La pérdida de ese derecho ocurrió, como se ha explicado, por haber incumplido de manera culpable la fiduciaria sus obligaciones contractuales y legales, y todo ello perjudica a la convocante en la medida en que el constituyente no le haya cancelado los créditos garantizados.

El perjuicio consistió en la desaparición del patrimonio autónomo en gran parte, y, por tanto, de la garantía documentada en los certificados expedidos por Fiduintegral.

Más adelante se estudiarán los efectos que con relación al daño puedan tener las excepciones propuestas por Fiduintegral. La pérdida de una garantía que se pueda atribuir a culpa de otro y que corresponda a un crédito vencido y exigible que no haya sido cancelado es, de suyo, un daño.

4.4. Si el monto o cuantía del daño se encuentra demostrado y cuánto vale.

A este respecto habrá que decir que el monto del perjuicio, contrariamente a lo solicitado en la demanda, no puede ser el valor de los pagarés a cargo del fideicomitente, más sus intereses de plazo y de mora, porque la fiduciaria no es deudora de dichos títulos valores sino que en virtud de haberse comprometido la fiduciaria, al expedir los certificados de garantía, hasta por cierta y determinada suma y, solo para el caso de que el fideicomitente no cancelara las obligaciones garantizadas, se pagaran tales obligaciones con el producto de la venta o dación de los bienes fideicomitados, la fiduciaria, en principio, sería responsable hasta por una suma que limitó en los certificados de garantía. Un ejemplo demuestra con toda evidencia la anterior premisa: Una Fiduciaria recibe unos bienes para que sirvan de garantía fiduciaria respecto de unos créditos determinados del fideicomitente a los acreedores constituidos como beneficiarios de la fiducia. Los bienes se consumen en incendio causado por grave

negligencia de los empleados encargados de cuidarlos. Será la fiduciaria responsable pura y simplemente, del pago de los créditos garantizados? La respuesta es no en las diversas hipótesis que pueden presentarse. En qué se perjudicaría el beneficiario garantizado si el fideicomitente o alguno de los demás firmantes del pagaré, si los hubiere, paga la obligación? En nada. En qué se perjudicaría el beneficiario garantizado si el patrimonio destruido por la culpa grave de la fiduciaria fuera restituido por ella, por ejemplo, en dinero, en una suma igual a la del patrimonio destruido, según avalúo conocido y aceptado por las partes? En nada. Por lo cual podemos concluir que si el monto de las obligaciones a cargo del fideicomitente fuera mayor que el monto garantizado con el patrimonio autónomo, el beneficiario garantizado tendría que reclamar el saldo no a la fiduciaria sino a su deudor o deudores, porque la solvencia de estos no estaba garantizada por la fiduciaria y era riesgo a cargo de los acreedores.

Que la naturaleza de la obligación asumida por la fiduciaria respecto de las obligaciones a cargo del fideicomitente garantizadas con los certificados expedidos por la fiduciaria son de la misma naturaleza o análogas a las del fiador, con la particularidad, por tratarse de contrato de fiducia mercantil, tal como se dijo, no con su propio patrimonio sino con la realización del patrimonio autónomo surge de múltiples y concordantes estipulaciones contenidas en el contrato de fiducia.

“PRIMERA. Objeto. El presente contrato tiene como objeto la constitución de un patrimonio autónomo..., que estará afecto a las siguientes finalidades:

1. Garantizar las obligaciones presentes o futuras contraídas por el fideicomitente o por los terceros que él señale, a favor de las personas que el fideicomitente indique...

(...).

3. Servir de fuente de pago de las obligaciones garantizadas por el fideicomiso, en el evento que el fideicomitente y/o los deudores de las mismas no paguen... Para este efecto, se faculta a la fiduciaria para que disponga de los bienes fideicomitidos y de las rentas o rendimientos obtenidos de los bienes fideicomitidos y con el producto de ellos proceda a cancelar las obligaciones garantizadas...”.

“QUINTA. Patrimonio autónomo. Con los bienes fideicomitidos,..., se constituye un patrimonio autónomo afecto a la finalidad indicada, el cual se denominará Luis Eduardo Herrera Pulido –Selfiducia S.A. Tales bienes deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios. El patrimonio autónomo como centro receptor de derechos y obligaciones se mantendrá separado de los demás fideicomisos administrados por la fiduciaria y de los bienes propios de la misma y tendrá su propia contabilidad en los términos fijados por la Superintendencia Bancaria”.

“DÉCIMA PRIMERA. Cuotas en que está representado el bien fideicomitado:

... Con base en el número de cuotas que le correspondan a cada acreedor beneficiario se establecerá el porcentaje del bien fideicomitado que garantiza su obligación”.

“DÉCIMA OCTAVA. Derechos del fideicomitente:

(...).

... 5. Que los bienes del fideicomiso sirvan de fuente de pago de las acreencias garantizadas por el fideicomiso”.

“DÉCIMA NOVENA. Otorgamiento de la garantía. Una vez informada la fiduciaria de las obligaciones a garantizar y recibida la carta de aceptación de los beneficiarios junto con los demás documentos exigidos, procederá a examinar el monto de la obligación y a determinar la existencia del cupo disponible...”.

“VIGÉSIMA. Expedición de los certificados: la fiduciaria expedirá a los beneficiarios del fideicomiso, previo cumplimiento de los requisitos aquí estipulados, un certificado en el que conste tal circunstancia, en los términos señalados en este contrato”.

“VIGÉSIMA SEGUNDA. Obligaciones de la fiduciaria:

(...).

2. Velar porque se conserven debidamente los bienes fideicomitidos y tomar las medidas de seguridad que sean necesarias.

(...).

7. Realizar total o parcialmente los bienes fideicomitidos y con el producto de los mismos cancelar todas o algunas de las obligaciones garantizadas en los eventos previstos en este contrato”.

“VIGÉSIMA TERCERA. Incumplimiento del fideicomitente. El incumplimiento del fideicomitente, transcurridos treinta (30) días a partir de la mora en las obligaciones adquiridas con los beneficiarios, se demostrará así:

(...)

— Presentación de un informe escrito a la fiduciaria poniendo en su conocimiento el incumplimiento, acompañado del documento en que conste la obligación y la fecha en que ocurrió el vencimiento de la obligación.

— Constancia suscrita por el acreedor en que advierta que presentado el documento para su pago no fue cancelado o que vencido el plazo acordado el pago no se realizó, que no ha operado ninguna otra forma de extinción de la obligación, que no ha concedido refinanciación o un nuevo plazo y que no existen diferencias con el fideicomitente, originadas en la obligación, que impidan legalmente su cancelación.

(...) la fiduciaria comunicará inmediatamente al fideicomitente para que dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la comunicación cancele a los acreedores y así lo demuestre dentro del mismo plazo a la fiduciaria, en caso de silencio al fideicomitente o que no cancele la(s) obligación(es) se procederá a la realización de él (los) bien(es) necesarios para cancelar la(s) obligación(es) de acuerdo al (los) porcentaje(s) que le correspondan al acreedor(es) dentro del fideicomiso”.

“VIGÉSIMA CUARTA. Realización de los bienes. En caso de incumplimiento del fideicomitente debidamente demostrado y que él una vez sea requerido no cancele las obligaciones o guarde silencio dentro de los plazos establecidos en la cláusula anterior, se procederá a la realización de los bienes fideicomitidos, previa comunicación al comité operativo que será citado con tal propósito, a efecto que adopte las determinaciones tendientes a subsanar el incumplimiento; si ello no es posible, la fiduciaria quedará facultada para la realización total o parcial de los bienes fideicomitidos que sean necesarios para cumplir dichas obligaciones. El comité operativo podrá indicar los mecanismos y condiciones que se deberán observar por parte de la fiduciaria en la realización de tales bienes, siempre y cuando esa decisión conste con el voto favorable del representante de los beneficiarios. No obstante lo anterior, si el comité operativo no pudiera sesionar por falta de quórum o mayoría en la reunión citada para tal efecto, o si no se adoptare ningún mecanismo y no se determinare en el comité operativo las condiciones de la realización de tales bienes fideicomitidos, la fiduciaria deberá observar el procedimiento que se señala a continuación, junto con las siguientes indicaciones:

1. Para la realización de alguno o algunos o todos los bienes fideicomitidos se procederá por oferta pública o privada, cuyo precio base será fijado de la siguiente forma:

El valor comercial del bien conforme al último avalúo del mismo aceptado por la fiduciaria...

(...).

3. Se escogerá la mejor propuesta en términos de precio y forma de pago, en los términos que más se acerquen al ciento por ciento (100%) del valor del último avalúo comercial de los bienes fideicomitidos.

PAR. 1º—La fiduciaria antes de proceder a la realización de los bienes, deberá ofrecer a los beneficiarios—acreedores en dación en pago los bienes fideicomitidos, teniendo como base el valor del último avalúo comercial de los bienes fideicomitidos. Si estos manifiestan interés por alguno o algunos de ellos serán adjudicados a aquel que mayor valor de cancelación de créditos ofrezca por el bien,... Los bienes no recibidos por los beneficiarios en dación en pago serán realizados de conformidad con el procedimiento fijado en este artículo”.

(...); si no se consiguen personas interesadas en adquirir un bien por este precio mínimo en un plazo de dos meses contados desde la última oferta, se entregarán en dación en pago a los acreedores beneficiarios por ese último valor”.

“VIGÉSIMA QUINTA. Derechos de los beneficiarios.

... 1. Exigir a la fiduciaria que vele por la conservación de los bienes fideicomitidos”.

(...)

4. Exigir la realización total o parcial de los bienes fideicomitidos con el fin de cancelar las obligaciones garantizadas, en los eventos y bajo las condiciones previstas en este contrato”.

“CUADRAGÉSIMA. Aviso de liquidación. La fiduciaria le enviará a todos los beneficiarios del fideicomiso a la dirección o fax registrado, un aviso informándoles la iniciación del proceso liquidatorio del fideicomiso, con quince (15) días de anticipación a la fecha que se fije para la realización de los bienes activos del fideicomiso, con el fin de que informen a la fiduciaria si aceptan recibir en dación en pago alguno (s) de ellos”.

“CUADRAGÉSIMA PRIMERA. Cancelación de pasivos en la liquidación. En el proceso de liquidación se pagarán preferentemente los gastos de administración, conservación, impuestos y avalúo de los bienes, posteriormente los gastos de comisión fiduciaria y finalmente las obligaciones a favor de los beneficiarios del fideicomiso”.

De todo lo anterior surge con claridad meridiana que contrariamente a lo manifestado por el señor apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, las obligaciones de la fiduciaria bajo los certificados de garantía no son obligaciones principales o autónomas sino obligaciones subsidiarias, del tipo genérico de las cauciones a que refiere el artículo 65 del Código Civil a las que pertenecen la fianza, la prenda, la hipoteca y, sin duda, la fiducia en garantía, por lo cual extinguidas las obligaciones a cargo del fideicomitente por cualquier causa se extinguen consecuentemente las obligaciones a cargo de la fiduciaria.

Dice el artículo 2361 del Código Civil:

“La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte si el deudor principal no la cumple”.

Artículo 2369 del Código Civil:

“El fiador no puede obligarse a más de lo que debe el deudor principal, pero puede obligarse a menos”.

Artículo 2370 del Código Civil:

“El fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor (...).

Podrá, sin embargo, obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca, aun cuando la obligación principal no la tenga. (...)”.

Artículo 2380 del Código Civil:

“El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir”.

Artículo 2381 del Código Civil:

“Cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal, o contra los otros fiadores, el fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal”.

Precisa el tribunal que la asimilación de la obligación contraída para con los beneficiarios tiene el carácter de la naturaleza de las obligaciones accesorias de fianza no en la estructura y reglamentación legal del contrato de fiducia sino en las cláusulas especiales del contrato que así lo señalan, que se transcribieron en negrillas y se subrayaron, de donde en lo que no se contradiga con las disposiciones legales que reglamentan el contrato de fiducia, o con su naturaleza y objeto, resultarán aplicables por analogía las normas de la fianza. Pero aclara el tribunal que cuando por culpa de la fiduciaria no llega a constituirse el patrimonio autónomo, habiéndose ya expedido certificados de garantía o, constituido este, desaparece o se extingue o se enajena ilegalmente, la fiduciaria entra por su culpa a responder con su propio patrimonio, convirtiéndose, hasta el monto de los certificados de garantía, en fiadora.

Finalmente se analiza el contenido de los certificados 005 y 006 expedidos por la fiduciaria el día 20 de junio de 1996 por un valor a garantizar de 1.560 millones y 240 millones de pesos, respectivamente, a favor de Leasing Capital S.A. de acuerdo con los términos del contrato de fiducia en garantía “suscrito mediante E.P. 1729 Not. 6 Bta., de fecha 30-03-95 y por tanto en representación del patrimonio autónomo allí constituido, cuyo cumplimiento garantizará en los términos al beneficiario o a quien este indique, el pago de las obligaciones adquiridas con este por el fideicomitente, en la fecha de su vencimiento, bien por pago directo de la obligación o en su defecto por la realización o dación en pago de los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituido de acuerdo con las cláusulas de dicho contrato”.

De otra parte, la cláusula décima cuarta del contrato establece:

“Relación de la garantía: con el bien fideicomitado solo se podrán garantizar obligaciones cuyo capital no exceda la suma equivalente al setenta por ciento (70%) del valor del bien fideicomitado, determinado con base en el último avalúo de los mismos aceptado por la Fiduciaria. Sin perjuicio de lo anterior, los certificados de garantía se expedirán hasta por el ciento treinta por ciento (130%) del monto del capital de la obligación a garantizar...”.

De lo anterior deduce el tribunal que la suma señalada en cada certificado de garantía es la suma máxima por la que se garantiza el pago de las obligaciones (capital y/o intereses).

Por consiguiente, aplicando lo explicado, y existiendo certificados de garantía 005 y 006 por las sumas de \$1.560'000.000 y \$240'000.000 por obligaciones garantizadas a cargo del fideicomitente, encuentra el tribunal que la convocante ha demostrado haber sufrido un perjuicio por la suma de \$1.800'000.000.

4.5. Si el daño sufrido es consecuencia directa o tiene relación causal en el incumplimiento del contrato por parte de la fiduciaria.

Respecto de este último elemento encuentra el tribunal que existe relación causal entre el incumplimiento en que incurrió la fiduciaria y el daño analizado en los dos numerales anteriores por cuanto la consecuencia natural y necesaria de que la fiduciaria, haciendo caso omiso de la ley y de las estipulaciones contractuales, hubiera entregado gran parte de los bienes fideicomitados en dación en pago a terceros no garantizados cuando debía devolverlos al fideicomitente solo después de que se hubieran pagado las obligaciones garantizadas, ha impedido a la convocante obtener la satisfacción de esas obligaciones con la realización de los bienes fideicomitados.

Se dirá que vencido el término del contrato ya no podían realizarse los bienes de acuerdo con el mecanismo contractual estipulado en la cláusula vigésima cuarta para el pago de los créditos garantizados, afirmación que resulta cierta y verdadera, pero que solo viene en últimas a confirmar el nexo de causalidad entre el incumplimiento de la fiduciaria y el daño sufrido por la convocante, pues si bien no podían ya venderse para el pago de los créditos garantizados, debían permanecer en cabeza de la fiduciaria hasta que los deudores pagaran. Con mayor razón se puede predicar la existencia del vínculo de causalidad si se tiene en cuenta que la fiduciaria en lugar de devolver los bienes al fideicomitente, como lo ordena el artículo 1242 del Código de Comercio, los entregó a terceros no garantizados lejos del alcance de los acreedores garantizados y en perjuicio de estos.

Hace notar el tribunal que aunque el incumplimiento de la fiduciaria fue acompañado de una culpa grave, no por ello surge a cargo de la fiduciaria la obligación de pagar íntegramente los créditos (capital e intereses) a cargo del fideicomitente porque el daño ocasionado con la enajenación de algunos bienes del fideicomiso no puede exceder

del monto de la garantía, pues solo era hasta ese monto que con esos bienes habría de pagarse a los beneficiarios. Dicho en otra forma, el riesgo de la insolvencia del fideicomitente solo estaba garantizado por la fiduciaria hasta el monto de los títulos de garantía; de ahí en adelante, ese riesgo fue asumido y estuvo siempre en cabeza de los acreedores garantizados.

Finalmente, no cree el tribunal que puedan reconocerse perjuicios que excedan el valor total por el que fueron emitidos los certificados de garantía a título de perjuicios imprevistos, por cuanto estos solo pueden reconocerse en caso de dolo de acuerdo con lo expresado por el artículo 1616 del Código Civil que dice:

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

Como es sabido, las normas que establecen penas o sanciones o que agravan la responsabilidad del deudor son de interpretación restrictiva por lo que no cree el tribunal que, para estos específicos efectos sea aplicable el artículo 63 del Código Civil en cuanto asimila en sus efectos la culpa grave al dolo. Esa norma general no puede aplicarse al dolo específico que exige para la sanción, pena o agravamiento de la responsabilidad el artículo 1616 del Código Civil.

Es que para que surja la obligación de indemnizar perjuicios imprevistos pide nuestra ley la demostración de un dolo específico: que el contratante incumplido obró con la intención de perjudicar a la otra parte y como es sabido, la mala fe no se presume sino que debe probarse, salvo en los casos en que la misma ley presume mala fe. La doctora Borda declaró bajo la gravedad del juramento que terminado el contrato por vencimiento del término, había creído su deber seguir las instrucciones del fideicomitente teniendo en cuenta que el lote que quedaba, según tales instrucciones, era suficiente de acuerdo con el último avalúo —al cual no ha debido dar crédito— para el pago de los certificados de garantía. Si dijo la verdad o mintió es algo que el tribunal no puede saber, pero el tribunal a falta de prueba específica contra ese testimonio, tiene que presumir su veracidad, y no puede, condenar al pago de perjuicios imprevistos. Cabe la posibilidad de que la doctora Borda hubiera realizado su irregular proceder no con el ánimo de perjudicar a los beneficiarios sino con el ánimo de obedecer las órdenes del fideicomitente porque pensaba que ello no perjudicaría a los beneficiarios, creyendo que los certificados quedaban garantizados suficientemente con el lote restante luego de las enajenaciones.

Aunque la doctrina civil está dividida, este tribunal comparte los planteamientos del gran jurista chileno don Luis Claro Solar quien dice:

“¿Qué perjuicios debe indemnizar el deudor constituido en mora?- El deudor debe indemnizar al acreedor todos los perjuicios y daños que le ha ocasionado, todo el daño emergente y el lucro cesante en que consistan dichos perjuicios, sean compensatorios de la falta de cumplimiento total de su obligación o de su cumplimiento imperfecto, sean moratorios por haberse retardado el cumplimiento total o parcial de la obligación. *Quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest quantumque lucrari potui*, según expresaba el jurisconsulto Paulus.

Pero Pothier observa que para fijar el *quantum* de la indemnización hay que tomar en cuenta si se puede o no reprochar dolo al deudor. Cuando no se puede imputar dolo alguno al deudor, sino que es simplemente culpable de no haber cumplido su obligación, sea porque se ha comprometido temerariamente a lo que no podía cumplir, sea que, por su culpa, se ha colocado después en la imposibilidad de cumplir su compromiso, solo responde, dice Pothier ‘de los daños y perjuicios que se ha podido prever al tiempo del contrato, que el acreedor podría sufrir por la inejecución de la obligación, pues se reputa que el deudor solo se ha obligado a estos’. Pero si es el dolo del deudor el que ha dado lugar a los daños y perjuicios, ‘el deudor, agrega Pothier, responde indistintamente de todos los daños y perjuicios que el acreedor ha sufrido, a que su dolo ha dado lugar, no solamente de los que ha sufrido con respecto a la cosa que es objeto del contrato, *propter rem ipsam*, sino de todos los daños y perjuicios que ha sufrido con respecto a sus otros bienes, sin que haya lugar a distinguir y discutir, en este caso, si debe reputarse que el deudor se ha sometido a ellos; puesto que el que comete un dolo, se obliga *velit nolit* a la reparación de todo el daño que este dolo causara’; es decir, responde de todos los perjuicios directos, aunque no sean previstos.

(...) Nuestro código ha seguido esta doctrina. Dice el artículo 1558: ‘Si no se puede imputar dolo al deudor, solo

es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’.

La base que la ley toma para hacer esta distinción es el dolo del deudor o sea la intención positiva de dañar, de causar perjuicios al acreedor, faltando deliberadamente el deudor a su obligación. El hecho delictual del deudor, el delito civil que él comete en la ejecución del contrato, es determinante de la distinción de la ley; y por lo mismo no podría aplicarse al deudor que ha incurrido en culpa lata, sin intención de dañar. La doctrina desarrollada por Pothier, siguiendo a Dumoulin, que sirve de verdadero comentario del art. 1558 de nuestro código en que se hallan refundidos los artículos 1150 y 1151 del Código Francés, no puede dejar duda a este respecto” ⁽⁴⁾ .

Sigue en esto el tribunal a Claro Solar porque se fundamenta de manera precisa en la opinión de Pothier en quien se inspiraron los redactores del proyecto de Código Civil Francés de 1804, origen a su vez de las disposiciones analizadas de nuestro código, idénticas a las del Código Civil Chileno. Por consiguiente, limitará el tribunal cualquier condena contra la fiduciaria al monto de los certificados de garantía.

5. Excepciones de Fiduciaria Integral.

Pasa enseguida el tribunal a estudiar las excepciones o defensas presentadas por Fiduintegral en la contestación de la demanda:

5.1. Omisión en el ejercicio de los derechos contractuales.

Hace consistir la convocada en que de conformidad con el numeral 5° de la cláusula vigésima quinta del contrato de fiducia los beneficiarios tienen derecho a “impugnar los actos anulables, realizados por la fiduciaria (las subrayas son del texto) y en que las escrituras de dación en pago conforme a lo expresado por la convocante en el libelo de la demanda, constituyen actos ilegales, con la configuración de dolosos. Si los actos son ilegales la Fiduciaria Alianza S.A. como vocera del patrimonio autónomo denominado fideicomiso transactivos debía haber ejercido la acción de nulidad, en este caso la acción pauliana y no limitarse a efectuar unas protestas como se afirma en la demanda. La omisión en el ejercicio de los derechos es un acto culposo que entraña una responsabilidad o mínimo una concurrencia de culpas”.

Finaliza la convocada el sustento de su argumentación diciendo que “es importante recordarle a la convocante el principio que expresa nadie puede alegar en su provecho, su misma culpa”.

El tribunal considera que la excepción propuesta no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

De acuerdo con el texto de la cláusula en que quiere fundamentarse la excepción, el derecho de los beneficiarios a impugnar los actos anulables no es una obligación sino una facultad de los beneficiarios.

“VIGÉSIMA QUINTA. Derechos de los beneficiarios. Serán derechos de los beneficiarios:

(...).

5. Impugnar los actos anulables realizados por la fiduciaria”.

Confirma lo anterior el hecho de que leída la cláusula vigésima sexta, contentiva de las obligaciones de los beneficiarios, no se encuentra entre ellos el de impugnar los actos anulables realizados por la fiduciaria.

El artículo 1235 del Código de Comercio establece:

“El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes:

(...).

2. Impugnar los actos anulables o del fiduciario, dentro de los cinco años contados desde el día en que el beneficiario hubiera tenido noticia del acto que da origen a la acción, y exigir la devolución de los bienes dados en

fideicomiso a quien corresponda”.

Pero aún en el supuesto de que se entendiera que la convocante estaba obligada a impugnar los actos anulables realizados por el fiduciario, tesis que el tribunal considera equivocada, la convocante dispondría aún de tiempo para ejercer su acción. En todo caso, ni de acuerdo con el contrato, ni de acuerdo con la ley, podría pensarse que la convocante no podía reclamar a la fiduciaria por su responsabilidad en tales actos sin haber iniciado primero acción para impugnar tales actos. El tribunal estima que, en defensa de sus intereses, la convocante tenía expeditas las acciones que creyera oportunas paralelamente, una después de otra, o una sí y otra no, sin que pueda la fiduciaria esquivar su responsabilidad contractual porque el beneficiario hubiera decidido demandarla a ella por actos que consideró violatorios del contrato y culpables y que efectivamente lo eran, según se ha visto. En todo caso, no sería la fiduciaria la llamada a enervar la acción que por responsabilidad civil contractual adelanta en su contra la convocante con el argumento de que esta fue negligente al no iniciar las acciones tendientes a anular las enajenaciones con que de manera irregular y con culpa grave de la fiduciaria convirtió el patrimonio autónomo en insolvente para responder de los certificados de garantía, pues estaría alegando en su favor, como defensa, su propia culpa grave, dado que esa culpa que en el momento de la demanda era supuesta, en este momento, el del laudo, resulta plenamente comprobada.

5.2. Ilegitimidad para convocar el tribunal de arbitramento.

Hace consistir la fiduciaria esta excepción en que el numeral 1º del certificado de garantía 005 y 006, establece “este certificado no es negociable ni transferible, mediante endoso, cualquier cesión que de él se haga, deberá ser aceptada por escrito, por Selfiducia S.A.”.

Se apoya Fiduintegral en los artículos 1960, 1961 del Código Civil y 894 del Código de Comercio los cuales establecen que la cesión no produce efecto contra el deudor, ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este, que la notificación debe hacerse con exhibición del título. Argumenta la fiduciaria que “en los certificados de garantía fiduciaria, no aparece el cumplimiento de los requisitos legales y al contrario aparece que estos documentos fueron endosados a favor del fideicomiso transactivo Fiduciaria Alianza S.A., procedimiento inadecuado por expresa prohibición del certificado de garantía y de las normas legales”.

Ya en el alegato de conclusión la convocada añade que Alianza Fiduciaria S.A., administradora del fideicomiso transactivos, no es parte. Dijo el señor apoderado de Fiduintegral:

“Buena parte de la jurisprudencia arbitral se ha inclinado a sostener que los beneficiarios no son parte del contrato de fiducia y que su vinculación se explica con la estipulación para otro y por lo tanto han declarado la incompetencia de los tribunales de arbitramento para dirimir diferencias cuando el solicitante es un beneficiario del contrato de fiducia en garantía y este no ha aceptado por escrito y expresamente la cláusula compromisoria”.

Sobre todo lo anterior el tribunal considera lo siguiente:

Independientemente de ser o no los beneficiarios parte en el contrato de fiducia de acuerdo con la ley, el contrato dispone:

“TRIGÉSIMA SÉPTIMA. Tribunal. Las diferencias o conflictos surgidos entre las partes o con los beneficiarios con ocasión del presente contrato durante su ejecución o al momento de su extinción o liquidación se someterá al siguiente trámite:

(...).

b) Etapa de arbitramento: El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes en conflicto...” (subraya el tribunal)

Por consiguiente, los beneficiarios están expresamente contemplados por la cláusula de arbitramento pactada en el contrato de fiducia como personas con derecho a convocar un tribunal de arbitramento para dirimir diferencias con la fiduciaria que se hubieren presentado en la ejecución o en la liquidación del contrato. Habrá pues que determinar si Alianza Fiduciaria, en su condición de administradora del fideicomiso transactivos, cesionaria esta a su vez de

leasing capital tiene o no la condición de beneficiaria en orden a determinar si el tribunal fue o no convocado de manera legítima.

Así mismo, independientemente de la discusión doctrinaria de si en el contrato de fiducia, tal como está reglamentado en nuestra legislación mercantil el beneficiario es o no parte del contrato, en opinión de este tribunal los beneficiarios son parte de este particular contrato de fiducia, en virtud de sus estipulaciones contractuales dado que:

a) El beneficiario no solo goza a partir de la expedición por la fiduciaria de certificado o certificados de garantía de derechos, sino que adquiere específicas obligaciones contenidas en los siete numerales establecidos en la cláusula sexta del contrato de fiducia.

b) En la cláusula trigésima segunda del contrato sobre modificaciones y prórrogas se establece:

“El presente contrato podrá ser modificado, y prorrogado por escrito, previo acuerdo del fideicomitente, la fiduciaria y todos o cada uno de los beneficiarios, siempre y cuando no se vulneren los derechos de estos últimos”.

Como los contratos deben ser naturalmente modificados por quienes sean partes de él, se ve pues clarísima la intención de las partes iniciales en el contrato de fiducia de reconocer como parte en el contrato a los beneficiarios, desde el momento mismo en que adquieran su condición de tales, y a partir del recibo del certificado de garantía expedido en su favor por la fiduciaria.

Señala el tribunal que si bien de acuerdo con los certificados de garantía 005 y 006, el certificado de garantía “no es negociable ni transferible mediante endoso, cualquier cesión que de él se haga, deberá ser aceptada por escrito, por Selfiducia S.A.”; no es menos cierto que la fiduciaria y el fideicomitente los reconocieron y aceptaron como cesionarios a todo lo largo de la ejecución del contrato.

A este respecto se observa:

De acuerdo con nuestra legislación comercial la cesión de créditos y la cesión de contratos tendrán plenos efectos respecto del deudor o del contratante cedido, según el caso, a partir de la notificación de la cesión o de la aceptación de la cesión. Por consiguiente las diligencias encaminadas a notificar de la cesión solo son necesarias cuando el deudor no ha aceptado la cesión. En estos casos las cesiones que se echan de menos en la excepción fueron plenamente aceptadas tanto por la fiduciaria como por el fideicomitente durante la ejecución del contrato, en múltiples actos de diferente naturaleza como escritos y reuniones del comité operativo, organismo que de acuerdo con la cláusula vigésima octava numeral 5º tiene como función la de interpretar las cláusulas del contrato.

Tanto Fiduintegral como el fideicomitente reconocieron al fideicomiso transactivos representado por Alianza Fiduciaria como cesionario de los créditos a cargo del fideicomitente y como cesionarios de los certificados de garantía, por lo que resulta inaceptable para el tribunal que a la hora de nona Fiduintegral venga a desconocer esas cesiones, pues con ello viene a incurrir en desconocimiento de la llamada teoría de los actos propios según la cual no puede una parte desconocer con posterioridad el significado y alcances de actos realizados por ella, por faltarse con ello a la buena fe contractual que se deben las partes en la ejecución de un contrato.

Sobre este mismo tema destaca el tribunal el aparte de reciente laudo en el proceso entre IEC Ingenieros S.A. y Hocol S.A. (Cámara de Comercio 19 de agosto de 2003) que expresó:

“En punto a lo anterior, encuentra pertinente el tribunal traer a colación el aforismo “ *venire contra factum proprium* ”, según el cual: a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe ⁽⁵⁾ .

En el estudio de esta figura por parte del profesor peruano Manuel de la Puente y Lavalle ⁽⁶⁾ se expone claramente ‘que el hecho de que una persona trate en una determinada situación jurídica de obtener una victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto, y que, en un caso semejante,

la pretensión así defendida no debe prosperar, ni ser acogida, para ser sancionada con la desestimación'. Agrega esta doctrina que para su aplicación se requiere además de una conducta relevante y eficaz de un sujeto de derecho, el posterior intento del mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior, unido a la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas, y al carácter subsidiario de la misma aplicación, presupuestos que son atendidos en la presente causa".

Por consiguiente, para este tribunal no puede legítimamente Fiduintegral, alegar, para enervar los derechos de la convocante, la falta de cumplimiento de requisitos por parte de los beneficiarios para adquirir su calidad de acuerdo con la cláusula décima segunda, o para ejercitar el derecho a que se liquide el patrimonio de acuerdo con las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta del contrato y otras cláusulas que reiteran la necesidad que los beneficiarios cumplan determinados requisitos como previos a la expedición por parte de la fiduciaria de los certificados de garantía que los acrediten como tales por cuanto la oportunidad para el cumplimiento de esos requisitos se circunscribe a la etapa previa a la expedición de los certificados o al momento en que la fiduciaria y el comité operativo den inicio al proceso de liquidación de los bienes, a solicitud de alguno de los acreedores garantizados. Si con desconocimiento del cumplimiento de determinados requisitos expidió Fiduintegral los certificados, fue su propia culpa y no puede alegar ahora esa precisa circunstancia para enervar los derechos de titulares de tales certificados o de cesionarios reconocidos por ella misma como tales durante la ejecución del proceso de liquidación del fideicomiso, porque ello sería contrario a la conocida regla "*nemo auditor propriam turpitudinem alegans*".

Muy contrario este tribunal considera que si esos requisitos previos no se cumplieron fue porque todas las partes involucradas los dieron legítimamente por cumplidos y siguieron adelante con la ejecución del contrato expidiendo los certificados de garantía e impulsando los procedimientos que a solicitud de estos se hicieron para la liquidación del patrimonio autónomo con pleno conocimiento tanto de la fiduciaria como del fideicomitente tal como se deduce inequívocamente de una lectura desprevvenida de las actas del comité operativo y de la correspondencia cruzada entre las partes.

Así pues, no fue que se adquirieran los certificados de garantía de manera irregular por los beneficiarios a quienes se entregaron por la fiduciaria, sino porque legítimamente se dieron por cumplidos los requisitos previos.

Por todas las anteriores razones se habrá de declarar esta segunda excepción como impróspera.

5.3. Inexistencia de la obligación.

Hace consistir la fiduciaria esta excepción en que:

"En el contrato de fiducia, cláusula tercera, (sic) se pactó como requisitos que deben cumplir los beneficiarios en caso de incumplimiento del deudor, los cuales también están consignados en el certificado de garantía "en caso de presentarse incumplimiento por parte del deudor, respecto de sus obligaciones garantizadas con este fideicomiso, tal como deberá ser informado por el beneficiario a la fiduciaria, mediante escrito acompañado del documento en que conste la obligación y la fecha en que acaeció su vencimiento. También deberá allegar las pruebas en que conste que presentado el documento para su pago este no fue cancelado o que vencido el plazo acordado para el pago, este no se efectuó, y que no se ha operado ninguna otra forma de extinción de la obligación que no ha conseguido refinanciación o un nuevo plazo y que no existen diferencias con el deudor o con los fideicomitentes que impidan legalmente su cancelación".

Y continúa la fiduciaria:

"Es de observar que en ningún hecho de la demanda, se refiere la convocante a la comprobación de incumplimiento y al envío de documentos en el cual consta la obligación, al contrario se indica la iniciación de un proceso judicial, con base en los títulos valores.

Tampoco se menciona el incumplimiento de los otros requisitos como la prueba de haber sido presentado el documento para su pago y la constancia de no haber operado ninguna forma de extinción de la obligación".

Finalmente concluye la fiduciaria:

“Si los títulos valores están prescritos como sanción por la pasividad, para hacerlos efectivos en los términos establecidos en la ley, la obligación principal no existe y por lo tanto está liberada Fiduciaria Integral S.A. en liquidación, como vocera del patrimonio autónomo Luis Eduardo Herrera Pulido de pagar la obligación que se reclama, ni tampoco podrá ser condenada por esta circunstancia en este proceso arbitral”.

Para resolver esta excepción el tribunal hará las siguientes consideraciones:

a) Vuelve la fiduciaria a proponer aquí en parte un tema ya resuelto al decidir el tribunal sobre la excepción anterior. De manera distinta en esta recalco Fiduintegral que de acuerdo con los certificados de garantía 005 y 006, estos no eran negociables ni transferibles mediante endoso y que cualquier cesión debería ser aceptada por escrito por Selfiducia S.A., mientras que en esta nueva excepción echa de menos el cumplimiento por parte del beneficiario de la cláusula vigésima tercera del contrato, según la cual la noticia sobre dicho incumplimiento debería acompañarse con el documento en que conste la obligación.

A este respecto el tribunal reitera lo mismo que ya dijo para resolver la excepción anterior en el sentido de que la fiduciaria no puede, de buena fe, pedir el cumplimiento de ese requisito luego de haber recibido el aviso sobre el incumplimiento del fideicomitente deudor y haber iniciado el procedimiento contenido en las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta sobre incumplimiento del fideicomitente y venta y liquidación del patrimonio autónomo para el pago de los créditos, reclamación sobre la cual versaron con plena aceptación tanto de la fiduciaria como del fideicomitente todos los esfuerzos de que dan cuenta la mayoría de las actas del comité operativo y que no tenían otro objeto que llegar a la venta a terceros de los bienes del patrimonio autónomo para el pago a los beneficiarios o, en subsidio, la dación en pago a dichos acreedores en la forma y términos establecidos en el contrato.

Entiende el tribunal, también en este caso, que en su momento la fiduciaria y el fideicomitente estuvieron de acuerdo legítimamente en dar marcha al procedimiento de liquidación del patrimonio autónomo sin que se hubieran entregado a la fiduciaria los originales de los pagarés contentivos de las obligaciones a cargo del fideicomitente deudor. La oportunidad de la fiduciaria para pedir el cumplimiento de ese requisito, y lo mismo se diría respecto del fideicomitente, si no estaba de acuerdo con que se iniciara el proceso de liquidación del patrimonio autónomo, era el momento en que a solicitud de un beneficiario se afirmara el incumplimiento del fideicomitente y se pidiera a la fiduciaria poner en marcha el procedimiento para la realización de los bienes contenido en la cláusula vigésima cuarta del contrato. Si la fiduciaria o el fideicomitente o ambos querían exigir el cumplimiento de esos requisitos, hubieran debido ponerlo de presente en ese momento.

Habrá que analizar a este respecto la cláusula vigésima cuarta del contrato que dice:

“Realización de los bienes: en caso de incumplimiento del fideicomitente debidamente demostrado y que él una vez sea requerido no cancele las obligaciones o guarde silencio dentro de los plazos establecidos en la cláusula anterior, se procederá a la realización de los bienes fideicomitados, previa comunicación al comité operativo que será citado para tal propósito, a efecto que adopte las determinaciones tendientes a subsanar el incumplimiento; si ello no es posible, la Fiduciaria quedará facultada para la realización total o parcial de los bienes fideicomitados que sean necesarios para cubrir dichas obligaciones...” (negrillas del tribunal).

No sobra aclarar que del comité operativo que debía convocar la fiduciaria y que efectivamente convocó, para dar inicio a la realización de los bienes, fue parte el fideicomitente quien estuvo de acuerdo con el hecho de encontrarse en mora de pagar y con la oportunidad de realizar los bienes para que con su producido se pagara al beneficiario.

No han de confundirse requisitos formales exigidos contractualmente, con requisitos procesales, siendo estos últimos requisitos sobre los cuales las partes no pueden disponer en contrario. Respecto de los primeros, las partes pueden modificarlos, interpretarlos, darlos por cumplidos y, en general, descartarlos si en la misma ejecución del contrato deciden prescindir de ellos, tal como sucedió en este caso.

A este último respecto el tribunal reafirma que no hay contradicción entre este proceso arbitral y las acciones ejecutivas encaminadas a cobrar a los deudores, procesos que no constituyen doble cobro, pues este proceso

arbitral no es un proceso ejecutivo o de cobro sino un proceso declarativo, de manera que todo lo que el beneficiario pudiera obtener como resultado de tales acciones de cobro no perjudicaría y, por el contrario, podría beneficiar a la fiduciaria. Por ejemplo, si Nuevas Industrias Falka cancelara el pagaré en que figura como uno de los codeudores, descargando el pagaré por pago, la fiduciaria tendría derecho a proponer la correspondiente excepción si se pretendiera por el beneficiario cobrarle judicial o extrajudicialmente a la fiduciaria cualquier suma a cuyo pago pudiera ser condenada en este proceso.

Además, señala el tribunal que una cláusula que exija la entrega a la fiduciaria de los títulos de crédito a cargo del fideicomitente para dar comienzo a la realización de los bienes no es una cláusula usual en un contrato de fiducia en garantía, que no garantiza pura y simplemente determinadas obligaciones a cargo del fideicomitente con el patrimonio autónomo, sino que limita esa garantía a determinados montos, pues con ella se impide al beneficiario cobrar al fideicomitente toda suma que excediera el valor garantizado o de cobrar a otro u otros de los deudores bajo el pagaré como sería Industrias Falka. No entra el tribunal a analizar si esta cláusula puede ser o no calificada de leonina, pues ello no interesa para efectos de la excepción estudiada, pero sí señala que otras cláusulas del contrato estarían en contradicción con la exigencia de la entrega a la fiduciaria, no de copia de los pagarés garantizados, sino de los mismos pagarés, lo cual tendría para el beneficiario los efectos negativos anotados. En efecto, la cláusula décima segunda en su parágrafo tercero establece:

“PAR. TERCERO.—El beneficiario - acreedor al cual se le hayan cancelado todas las obligaciones garantizadas con este fideicomiso perderá la calidad de beneficiario y deberá informarlo a la fiduciaria remitiendo el correspondiente paz y salvo junto con el certificado que le haya sido expedido, a fin de que la fiduciaria cancele el registro respectivo y le comunique al fideicomitente la existencia de tal cupo de garantía”.

A este respecto se pregunta el tribunal cómo podría el beneficiario acreedor cobrar sus acreencias si tuviera que entregar el título, el pagaré, a la fiduciaria? Es por ello que no resulta extraño para el tribunal que las partes hubieran interpretado, con toda autoridad, que no era que el documento debería entregarse necesariamente a la fiduciaria y que aceptada por el fideicomitente la mora en el pago de los títulos garantizados con los certificados, era procedente iniciar la realización de los bienes, aunque no se hubiera acompañado el título. Se señala además que la fiduciaria entiende el beneficio del proceso ejecutivo que adelanta la convocante en el juzgado 19 Civil del Circuito, tanto que propone como excepción la negligencia de la convocante en que habría incurrido al notificar tardíamente al curador *ad litem* la demanda ejecutiva y asimismo la prescripción que habría ocurrido de algunas cuotas de tales pagarés. Se pregunta el tribunal cómo hubiera podido el beneficiario intentar cobrar a los deudores, con eventual beneficio para la fiduciaria, si hubiera entregado los pagarés a dicha fiduciaria. Con qué título hubiera podido adelantar el proceso ejecutivo?

La beneficiaria convocante envió a la fiduciaria la carta de fecha junio 20 de 1997 y con base en esa carta la fiduciaria se dirigió al fideicomitente en comunicación de 25 de junio de 1997 (fl. 173 cdno. pbas. 10) que dice:

“(…) me permito informarle que la fiduciaria recibió una comunicación de la doctora Luz Myriam Lancheros Bonilla, directora de operaciones de leasing de capital, mediante la cual manifiesta que la obligación adquirida por usted y garantizada con el certificado de garantía 005 expedido el 20 de junio de 1996 derivado del fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido – Fiduciaria Selfin S.A., se encuentra vencida.

En razón de lo expuesto anteriormente, esta fiduciaria en cumplimiento de lo previsto en la cláusula vigésima tercera del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía celebrado entre Luis Eduardo Herrera Pulido y Fiduciaria Selfin S.A., mediante la escritura pública 1729 de 30 de marzo de 1995 otorgada en la notaría sexta del círculo notarial de Santafé de Bogotá, se permite requerirlo para que dentro del término de quince (15) días contados a partir de la fecha de la presente comunicación cancele la obligación pendiente a leasing capital, remitiendo a la fiduciaria copia de los documentos que acrediten el pago de la misma.

Finalmente le recuerdo que la no cancelación de la obligación antes señalada, dará lugar a que la fiduciaria inicie el proceso de realización del bien fideicomitado, Finca El Cortijo ubicada en la vereda Chuntame del municipio de Cajicá, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula vigésima cuarta del mencionado contrato.

Cordialmente

María Cristina Delgado Reyes

Presidente”.

Y con base en las respuestas y cartas del fideicomitente dio la fiduciaria comienzo al proceso para la liquidación de los bienes. De la conducta de la fiduciaria y del fideicomitente deduce el tribunal que legítimamente las partes hicieron caso omiso de la cláusula vigésima tercera y de los requisitos cuyo cumplimiento echa ahora de menos la fiduciaria; entendió la fiduciaria de las respuestas del fideicomitente que efectivamente el incumplimiento se había producido y que era el caso comenzar a realizar los bienes del patrimonio autónomo para dar atender las finalidades del contrato. Lo anterior, porque no puede pensar el tribunal que la fiduciaria hubiera en ese momento, el de comenzar el proceso de liquidación de los bienes, echado de menos los pagarés y notando la falta del cumplimiento del requisito, en lugar de pedirle al beneficiario que los enviara, hubiera puesto en marcha el mecanismo para la realización de los bienes para después, como fue el caso, usar el argumento.

El tribunal reitera que no cree que tal cosa hubiera sucedido sino que en su momento, fiduciaria y fideicomitente dieron de buena fe por cumplido el requisito e iniciaron de buena fe el proceso de liquidación de los bienes. En todo caso si la intención de la fiduciaria hubiera sido otra distinta de la que el tribunal presume en ella habría sido una intención tortuosa que impida ahora a la fiduciaria alegar en su favor como excepción, la de faltar el documento que supuestamente le impedía iniciar el proceso de liquidación de los bienes porque alegado ello sería alegar su propia culpa, por lo que la excepción será despachada negativamente.

b) Bajo el título genérico de inexistencia de la obligación plantea también la fiduciaria la excepción de prescripción.

A este respecto dijo la fiduciaria:

“Conforme a la confesión de la convocante en el libelo de demanda, el fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido entró en mora de cumplir con el pago de las cuotas pactadas en 30 de marzo de 1997 y como consecuencia operó la cláusula aceleratoria (hechos 23 y 24)”.

Efectivamente la demanda dice en los hechos mencionados por la fiduciaria lo que se afirma en la excepción analizada.

Para este tribunal no hay duda, tal como lo ha mencionado, que la naturaleza de las obligaciones contenidas en los certificados de garantía no son obligaciones principales ni autónomas sino que son obligaciones accesorias de una principal, lo cual surge con toda evidencia del hecho de ser certificados de garantía. Garantía de qué? De las obligaciones a cargo del fideicomitente, de manera que si el fideicomitente no paga habría que entrar a liquidar el patrimonio autónomo, pero inversamente, pagada la obligación u operado cualquier otro medio extintivo, quedan descargados consecuentemente los certificados de garantía. Podría acaso un beneficiario cobrar en todo o en parte los certificados de garantía si el fideicomitente ya hubiera cancelado la obligación en todo o en parte? Desde luego que no. Podría algún beneficiario luego de haber recibido la suma correspondiente al pago de los pagarés cobrar los certificados de garantía? Desde luego que no. La razón de ambas negaciones no es otra que los certificados de garantía son obligaciones accesorias de la obligación principal cuyo pago garantizan. Solo sería obligada a pagar si el deudor o deudores principales no pagan o la obligación no se extingue por cualquier otro medio, pero solo hasta el monto del valor de los certificados de garantía.

Para absoluta claridad en este punto el tribunal trae a continuación un juicioso concepto de la Superintendencia de Sociedades que fue recogido en el Laudo de 26 de agosto de 1998 en el tribunal de arbitramento entre Leasing Capital y Fiduciaria FES, por considerar ambos antecedentes doctrina aplicable a este caso:

“La acreencia del beneficiario – acreedor de la deudora en liquidación debe hacerse valer dentro del trámite liquidatorio y no puede el beneficiario solicitar a la fiduciaria que haga efectiva la garantía y proceda a ejecutar el contrato de fiducia, violando disposiciones liquidatorias y principios que rigen el proceso concursal, como es *lapar conditio creditorum* (L. 222/95, art. 157, num. 3°).

La Superintendencia de Sociedades en ningún momento desconoce la existencia de los contratos de fiducia

mercantil de garantía, ni las garantías y beneficios que esta figura jurídica ofrece al beneficiario. Pero ante todo la entidad debe aplicar la ley y hacerla cumplir, independientemente de quienes se vean favorecidos o perjudicados con las decisiones que se tomen en cada caso” ⁽⁷⁾ .

Tampoco será de recibo para decidir esta excepción el argumento de la convocante de que si, en gracia de discusión, hubiera operado ese fenómeno prescriptivo de la obligación el tribunal debería reconocer las pretensiones de la demanda sobre la base de constituir las obligaciones prescritas, obligaciones naturales. A este respecto habrá que decir que las obligaciones naturales no dan acción al acreedor para reclamarlas, sino que en caso de ser voluntariamente pagadas por el deudor dan derecho a retener el pago (C.C., art. 1527). La obligación natural no genera acción sino únicamente una excepción por lo que, se ve claro, no las puede reclamar el acreedor como una pretensión de su demanda. En consecuencia, en este punto concluye el tribunal que si bien en el Código Civil artículo 1529 se permite caucionar aún obligaciones naturales, ello no quiere decir que quien cauciona una obligación civil, cauciona la obligación natural que resulta de la prescripción de aquella. La caución a la que se refiere esa norma es la que asume el garante respecto de una obligación natural ya constituida como tal.

c) El artículo 2539 del Código Civil establece:

“La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente”.

Basta para entender que la prescripción que hubiera comenzado a correr, respecto de las obligaciones contenidas en los certificados de garantía, fueron reconocidas expresa y tácitamente por el fideicomitente, para entender que esa prescripción se interrumpió de manera natural.

A continuación transcribe el tribunal una comunicación del fideicomitente de fecha octubre 8 de 1997 dirigida por este a la doctora Martha Cilia Nieto, representante legal de Fogafin, leasing capital (fl. 36 Cdo Pbas 1) en la que reconoce de manera expresa la existencia de las obligaciones contenidas en los pagarés 10100763 y 10100772 a favor de leasing capital. Dice así la comunicación precitada:

“Respetada Doctora Martha Cilia:

En respuesta a la comunicación recibida el día 2 de octubre, concreto el acuerdo de parte y parte en la siguiente forma:

- 50% del total del valor correspondiente a las obligaciones 10100763, 10100772, 3162, el cheque devuelto, con sus saldos a capital, intereses y sanciones, así como lo cánones e intereses del contrato 2939, serán cancelados mediante dación en pago sobre el Lote Cajicá.

Con relación al avalúo para tal efecto, se debe establecer un concepto tripartito: uno por parte de leasing capital, uno por parte de la Fiduciaria Selfin y el otro por parte nuestra, a entera satisfacción de las partes, con el fin de llegar a un concepto de valor del inmueble, lo más real, equitativo y justo, para no atentar contra los intereses de ninguna de las partes que intervienen.

- Para el otro 50% nos es imposible cancelar el 25% a la fecha, ya que no contamos con esos recursos. Solicito un tiempo prudencia de 60 días para el pago (9 de diciembre), A lo cual espero tenga en consideración la situación general de iliquidez en el país.

En cuanto al otro 25%, solicito se difiera en 6 pagos mensuales, efectuando el primero de ellos el día 25 de Enero de 1998, con la garantía correspondiente.

Le ruego tener en cuenta lo anterior, incluyendo la reconsideración de la tasa de interés moratorio al igual que las sanciones, ya que el ánimo que nos asiste es el mejor y los compromisos a los que deseamos llegar, sean a los que podamos cumplir, además, que estamos hablando de la cancelación total de los contratos.

En cuanto a lo referente al contrato de fiducia, deseo que tenga presente que debemos llegar a un acuerdo previo con la fiduciaria y los demás acreedores con los cuales estamos al día y no es nuestra intención prepagar, para

poder enfocar todos los recursos hacia ustedes, ni es nuestro interés ceder más terreno del que acuerde con ustedes.

Sin más, quedo atento a su respuesta.

Luis Eduardo Herrera Pulido”.

Observa también el tribunal que hay actos del mismo fideicomitente o de sus representantes recogidos en las actas del comité operativo, en los cuales se reconoce unas veces de manera expresa y otras de manera tácita la existencia de las obligaciones a favor del acreedor beneficiario Leasing Capital S.A. Tal es el caso de las actas del comité operativo del fideicomiso de noviembre 10 de 1999, diciembre 10 de 1999 y enero 14 de 2000 (fls. 210 a 221 cdno. pbas. 6), en ninguna de las cuales el fideicomitente desconoció las obligaciones que se vienen tratando y, al contrario lo que pretendía, como consta en ellas, era establecer cómo les entregaba parte del patrimonio autónomo en dación de pago, lo que implica un reconocimiento tácito de las obligaciones.

Es más, el fideicomitente en carta de abril 6 de 2001 (fl. 406 cdno. pbas. 9) que le envió a la liquidadora de Fiduciaria Integral S.A. sobre el fideicomiso Luis Eduardo Herrera, propone una permuta de tierras y casas de interés social en el proyecto a desarrollar por Lacamiron Internacional S.A. en Neiva por el terreno de Cajicá, propuesta que transmitida por Fiduintegral a los acreedores beneficiarios, en lo que respecta a Alianza Fiduciaria S.A. contestó con carta de 11 de junio de 2001 (fl. 322 cdno. pbas. 9) no aceptarla, dado que “no cumple con las obligaciones de pago requeridas dentro de los términos de la obligación del señor Luis Eduardo Herrera en virtud del contrato de fiducia de garantía suscrito con la entidad a su cargo”.

Como es suficientemente conocido siempre que el deudor está reconociendo la obligación el acreedor puede, con fundamento en tal reconocimiento, iniciar o no acciones judiciales de cobro y no puede después el deudor pretender de buena fe que mientras reconocía la existencia de la obligación y proponía fórmulas y maneras para ejecutar la garantía estaba corriendo el término de prescripción, para inmediatamente transcurrido el tiempo, alegarla. No. Como es sabido interrumpida naturalmente la prescripción de la obligación la interrupción continua indefinidamente mientras el deudor sigue reconociendo la deuda expresa o tácitamente.

Lo mismo se predica de la fiduciaria quien en todo momento, hasta la expiración del contrato de fiducia por vencimiento del término y después cuando realizó las enajenaciones irregulares seguía reconociendo al beneficiario la existencia y exigibilidad de las obligaciones garantizadas en orden a lo cual dejó una parte del patrimonio autónomo, un lote destinado a continuar sirviendo de fuente de pago de tales obligaciones, se supone que por instrucciones del fideicomitente, por lo cual, sin duda alguna puede decirse, que hasta el momento de la escritura pública de la última enajenación irregular ambos, fideicomitente y fiduciaria, reconocían al beneficiario la existencia de la obligación y mantenían vigente frente a él, la interrupción natural del fenómeno prescriptivo. Es más, ambos, fideicomitente y fiduciaria siguen hasta ahora reconociendo la deuda, tanto que aspiran a que con el lote restante del patrimonio autónomo se paguen tales obligaciones, y la fiduciaria considera, además, que recibir ese lote en pago es no solo un derecho del beneficiario, sino obligación suya, y así pide se declare en la contrademanda. Sin perjuicio de lo que se dirá al decidir este punto el tribunal manifiesta que aunque fallará negativamente la excepción de prescripción por los motivos señalados no le corresponde decidir, ni hacer indicaciones, en lo atinente a prescripción que pudiera ocurrir respecto de alguna cuota o cuotas de pago de los pagarés según sentencia del Juzgado 19 Civil del Circuito, por cuanto dicha sentencia se encuentra apelada. Lo anterior sin perjuicio de reiterar el tribunal su entendimiento de que las obligaciones contenidas en los certificados de garantía no son obligaciones autónomas e independientes sino accesorias.

Conforme al reconocimiento unas veces expreso y otras tácito de las obligaciones del fideicomitente para con Leasing Capital S.A. (Alianza Fiduciaria S.A.), que sirvieron de base para la expedición de los certificados de garantía 005 y 006 a favor de esta compañía, el tribunal, con fundamento en el artículo 2539 del Código Civil concordante para el caso con el artículo 789 del Código de Comercio, considera que en el presente proceso arbitral no es procedente decretar la prescripción de los pagarés 10100673 y 10100772 ni de ninguna de sus cuotas, por cuanto la prescripción de estos debe empezar a contarse a partir de abril 6 de 2001, última fecha en que conforme al plenario el fideicomitente deudor propuso fórmula de arreglo al acreedor beneficiario Alianza Fiduciaria S.A. Los tres años previstos en la última norma citada se cumplirían el 6 de abril de 2004.

5.4. Petición anticipada de la demanda arbitral.

Hace consistir la fiduciaria esta excepción en que “la convocante el 5 de enero de 2001, envió una carta a Fiduciaria Integral S.A. en liquidación, invitándola a partir del 9 de enero del 2001 a intentar un arreglo directo”, y en que la cláusula compromisoria pactada “estableció que una vez agotada la etapa de arreglo directo debería procederse a la etapa de arbitramento, e indicó que el tribunal estaría integrado por tres árbitros designados de común acuerdo”.

La cláusula arbitral dispone:

“TRIGÉSIMA SÉPTIMA. Tribunal. Las diferencias o conflictos surgidos entre las partes o con los beneficiarios con ocasión del presente contrato durante su ejecución o al momento de su extinción o liquidación se someterá al siguiente trámite:

a) Etapa de arreglo directo: tendrá un plazo de quince (15) días hábiles.

b) Etapa de arbitramento: el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes en conflicto, dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del escrito solicitando la convocatoria del tribunal”.

De lo manifestado por la misma fiduciaria deduce el tribunal que la primera etapa del procedimiento se cumplió desde el momento en que con fecha 5 de enero de 2001 Fiduciaria Integral S.A. en liquidación recibió de la convocante una carta en que se la invitaba a partir del 9 de enero de 2001 a intentar un arreglo directo. Si transcurridos quince días hábiles sin que las partes hubieran llegado a un arreglo directo, como en efecto transcurrieron, se entiende que esa etapa se cumplió abriendo paso a la etapa denominada de arbitramento. Sobre este punto remite el tribunal además a lo que ya dijo en la primera audiencia de trámite al resolver un recurso de reposición interpuesto por Fiduintegral.

En cuanto al argumento de que a pesar de haber nombrado las partes de común acuerdo los árbitros “no se dio cumplimiento al procedimiento establecido por la cláusula” de que debían nombrarse de común acuerdo por cuanto se dice en el escrito de contestación de la demanda y en lo referente a esta excepción que “mi patrocinada no ha sido invitada a la designación de los árbitros, esto quiere decir que no se dio cumplimiento al procedimiento establecido en la cláusula compromisoria” y que “esa interpretación la comparte la convocante según se deduce de la carta de 13 de junio de 2001 (...) cuando expresó: “en los próximos días nos estaremos comunicando, para efecto de realizar la selección de los árbitros”, estima el tribunal:

De acuerdo con el tenor literal de la cláusula arbitral el momento para efectuarse de común acuerdo la designación de los árbitros, de conformidad con la cláusula, era “dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del escrito solicitando la convocatoria del tribunal”.

Así pues la carta enviada por la convocante a la fiduciaria de 5 de enero de 2001 invitándola a partir del 9 de enero de 2001 a intentar un arreglo directo es la comunicación en la que de acuerdo con el contrato comenzó a correr el término de los 15 días para que efectuara el nombramiento. Si las partes dejaron transcurrir el término previsto sin llegar a un arreglo directo y sin ponerse de acuerdo en la elección de los árbitros, esas etapas quedaron terminadas infructuosamente quedando la convocante en libertad de presentar la demanda arbitral; lo anterior, sin perjuicio de que con posterioridad al vencimiento de los plazos de la cláusula se hubieran hecho esfuerzos posteriores para que las partes nombraran los árbitros de común acuerdo que también resultaron infructuosos.

Finalmente sorprende al tribunal que se proponga como excepción la de no haberse agotado la etapa de arreglo de nombramiento de los árbitros de común acuerdo, cuando fueron precisamente las partes quienes designaron árbitros para este proceso de común acuerdo en diligencia a la que fueron invitadas ambas partes por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. En el acta correspondiente a la reunión celebrada el día 9 de abril de 2002, que aparece a folios 140 y 141 del cuaderno principal 1, se dice:

“(…) Se dio comienzo a la audiencia, en la cual de conformidad con la cláusula compromisoria y de común acuerdo se designaron a los siguientes árbitros:

Principales:

1. Mario Gamboa S.
2. David Luna Bisbal
3. Marcela Castro (...)

5.5. Petición especial.

En el capítulo de excepciones como una petición especial Fiduciaria Integral menciona varios hechos que pudieran considerarse exceptivos:

a) **Doble cobro.** Como se ha expresado varias veces no se produce excepción de doble cobro por la elemental razón de que los procesos en que supuestamente se estaría cobrando la obligación dos veces no existen. Este proceso como se ha dicho es un proceso declarativo y no un proceso de ejecución o de cobro. El único proceso de ejecución que se sigue para el cobro de la obligación se adelanta por la convocante en el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, proceso que como se ha explicado, en nada perjudica los intereses de la fiduciaria sino que, todo lo contrario, en la medida en que se descarguen allí las obligaciones por parte de cualquiera de los demás obligados o del fideicomitente mismo, por pago, novación o cualquier otro hecho extintivo de las obligaciones, habrá de beneficiar a la fiduciaria respecto de las obligaciones que en esta providencia lleguen a declararse en su contra.

Reitera el tribunal que las obligaciones garantizadas son accesorias de los pagarés garantizados por lo cual cualquier hecho extintivo que hacia el futuro pueda ocurrir o concretarse deberá traducirse, con aplicación de las normas generales que regulan las obligaciones, en una consecuente extinción total o parcial de las obligaciones accesorias, pero sin que pueda entenderse esto a manera de laudo anticipado pues será al juez o tribunal que resulte competente, en caso de controversia futura, a quien corresponderá determinar libremente sobre los diversos aspectos que llegaren a plantear las partes, es decir, para reconocer o desechar las pretensiones o excepciones que quieran estas formular.

b) **Prejudicialidad.** Narra la fiduciaria una serie de hechos en los que recuerda que la convocante pretende que se le pague el valor de los pagarés, más intereses corrientes y de mora; que operó la cláusula aceleratoria; que promovió acción judicial ante el Juzgado 19 Civil del Circuito para obtener el recaudo de las obligaciones insolutas; que todo ello implica el cobro de la misma obligación en dos procesos diferentes; que los títulos valores (pagarés) no fueron aportados al proceso arbitral, ni han sido presentados a Fiduintegral, por lo cual señala a manera de conclusión que el resultado del proceso promovido contra el fideicomitente “incide en la decisión que debe adoptar el tribunal, porque si el Fideicomitente es condenado a pagar la obligación principal, la demandante debe perseguir los bienes del fideicomitente vencido en ese juicio, antes de solicitar la ejecución de la garantía 005 por valor de 1.560 millones de pesos y 006 por valor de 240 millones de pesos”.

Al respecto el tribunal remite a las consideraciones de auto de la fecha por las cuales negó decretar la prejudicialidad civil y a la sentencia T-136 de 2003 de la honorable Corte Constitucional en la cual consideró que un tribunal arbitral debía fallar independientemente de lo que pudiera decidir en otro proceso la justicia ordinaria sobre determinado punto, si para ello había sido investido por las partes. Por consiguiente toda defensa o excepción propuesta ante un tribunal de arbitramento debe ser resuelta por este.

c) Tampoco está de acuerdo el tribunal con la conclusión final de la fiduciaria cuando manifiesta que: “La demandante debe perseguir los bienes del fideicomitente vencido en este juicio, antes de solicitar la ejecución de la garantía”. Si se lee con detenimiento el contrato de fiducia en ninguna parte se dice que antes de que la fiduciaria deba pagar las obligaciones garantizadas hasta por el valor garantizado deba perseguir primero los bienes del fideicomitente en proceso ejecutivo. Todo lo contrario, señala que vencidas las obligaciones si el fideicomitente no las ha pagado el beneficiario tiene derecho a iniciar el proceso para la venta de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo. Mucho menos cuando se trata, como en el caso presente, de deducir una responsabilidad civil contractual por incumplimiento culpable del contrato de fiducia. De ninguna manera estaría tal pronunciamiento supeditado a que se persigan primero los bienes del fideicomitente.

Para terminar el análisis de las excepciones propuestas el tribunal concluye que es cierto que las obligaciones del fiduciario son de medio; ello significa que si bien no garantiza la obtención de un determinado resultado, sí debe encaminar su conducta, en forma diligente y prudente, como un buen hombre de negocios, a procurar el logro de la finalidad establecida en el negocio constitutivo. En este caso, las actuaciones de Fiduintegral debían estar dirigidas a proteger los derechos de los acreedores beneficiarios dentro del marco contractual y de las normas que rigen la actividad fiduciaria.

De acuerdo con doctrina establecida y pacífica en materia de responsabilidad civil, el demandante debe probar todos los elementos de dicha responsabilidad, sin que le beneficie una presunción de culpa en contra del deudor, como ocurre cuando se alega el incumplimiento de obligaciones de resultado. En el presente caso, como ya se indicó, se encuentran plenamente demostrados todos los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, incluida la culpa de la sociedad convocada.

Ante esta situación, de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil, las defensas del deudor deben enfilarse a probar alguna causal de exoneración de responsabilidad, es decir, que el daño no le es imputable. Tratándose de obligaciones de medio, el deudor debe demostrar su debida diligencia y prudencia, o que el daño fue ocasionado por una causa extraña, a saber, fuerza mayor, caso fortuito o por culpa exclusiva del acreedor. Es decir, que el daño no le es imputable, que su conducta no es reprochable y que el perjuicio proviene a una causa distinta de su incumplimiento culposo.

En el presente caso, Fiduintegral en sus excepciones no alegó ni probó las defensas anotadas en el párrafo anterior, por lo cual se declarará civilmente responsable.

6. La descalificación del certificado 006.

Planteó a lo largo del proceso el señor apoderado de Fiduintegral que el certificado de garantía 006 no está amparado por el patrimonio autónomo Luis Eduardo Herrera Pulido, habida cuenta de que en el texto de dicho certificado se expresa que garantizará obligaciones de la compañía Nuevas Industrias Falka Ltda.

Para despejar el punto el tribunal considera necesario puntualizar al respecto:

A folio 316 del cuaderno de pruebas 6 obra comunicación de 19 de junio de 1996, dirigida por el fideicomitente a Fiduciaria Selfin S.A., en la cual solicita se expida certificado de garantía por \$ 240'000.000 para garantizar obligaciones de Nuevas Industrias Falka Ltda. a favor de Leasing Capital S.A.

A folio 17 del cuaderno de pruebas 1 obra otra comunicación de junio 19 de 1996 dirigida por el representante legal de Leasing Capital S.A a la Fiduciaria Selfin S.A., en la cual acepta las condiciones del contrato de fiducia contenido en la escritura pública 1729 de 30 de marzo de 1995 y solicita la expedición de certificados a favor de su compañía, discriminados así:

“a) \$1.560.000.000 para garantizar la operación de crédito con el señor Luis Eduardo Herrera Pulido, por \$ 1.200.000.000.

b) \$ 240.000.000 para garantizar la ejecución del contrato de leasing inmobiliario que se realizará con la Compañía Nuevas Industrias Falka Ltda.”.

En el cuaderno de pruebas 16, que contiene los documentos entregados al tribunal por Alianza Fiduciaria S.A. con memorial de 27 de noviembre de 2002, como se dispuso en la inspección judicial llevada a cabo en sus oficinas, obra a folios 2 y ss. el Contrato de Leasing Inmobiliario N° 2939 celebrado el 24 de junio de 1996 entre Leasing Capital S.A. y Nuevas Industrias Falka Ltda., representada en este acto por Adriana del Pilar Herrera Baron.

En el interrogatorio de parte absuelto el 21 de mayo de 2003 por la Liquidadora de la Fiduciaria Integral en liquidación, doctora Luz Stella Rodríguez Vargas (fl. 359 cdno. pbas. 4) preguntada por el apoderado doctor Paredes: “ En relación con el certificado 006, Leasing Capital solicitó un certificado con destino a Industrias Falka, para garantizar obligaciones a cargo de Industrias Falka? Contestó: “Luis Eduardo Herrera Pulido mandó una carta a la Fiduciaria; es una de las condiciones del contrato, solicitando que expida un certificado para amparar

obligaciones de Nuevas Industrias Falka y Leasing Capital manda la carta diciendo que conoce el contrato, acepta el contrato y que expidan un certificado hasta por la suma de \$240 millones para amparar también a Nuevas Industrias Falka, obligaciones que va a tener con Nuevas Industrias Falka”.

Del análisis de los anteriores documentos y declaración, concluye el tribunal que el certificado de garantía fiduciaria 006 por \$240'000.000, que se expidió a Leasing Capital como beneficiario el 20 de junio de 1996, un día después de las cartas citadas al comienzo, y cuatro días antes de la firma del contrato de leasing inmobiliario 2939, fue expedido debidamente en cumplimiento del contrato de fiducia y no merece sospecha, ni tacha alguna por el tribunal, como no las hubo por parte de la Fiduciaria Integral, ni al inicio ni durante el proceso de ejecución de la garantía que le fue solicitado por leasing capital por el incumplimiento de las obligaciones del fideicomitente o de la sociedad garantizada.

Por lo tanto el tribunal desestima las distintas afirmaciones del apoderado de la convocada sobre este aspecto, por considerar que carecen de sustento probatorio.

7. Demanda de reconversión.

En la primera pretensión de la Demanda de Reconversión la convocada Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— solicita se declare que “La sociedad Fiduciaria Alianza S.A. incumplió las cláusulas vigésima tercera y vigésima cuarta, parágrafo primero, de las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia mercantil”.

Ha expresado el tribunal que el incumplimiento en el que incurrió la Fiduciaria Integral S.A. fue culpable y que los actos con los cuales se materializó el incumplimiento fueron deliberados y conscientes.

Vencido el término de cinco años de vigencia del contrato y sin haber entrado a liquidar el contrato procedió a dar en pago gran parte del patrimonio autónomo a acreedores no garantizados siguiendo instrucciones del fideicomitente.

Es claro que la convocada no solo no cumplió con sus obligaciones, sino que deliberadamente en lugar de proceder a la “realización de los bienes fideicomitados, previa comunicación al comité operativo...” optó por escriturar a acreedores no garantizados lotes por valores que no guardan proporción con el supuesto valor comercial del predio según el último avalúo presentado por el señor Luis Eduardo Herrera Pulido.

Mal puede pensarse en trasladarle la culpa del incumplimiento a la convocante Alianza Fiduciaria S.A. tal como se pretende en la demanda de reconversión.

En la segunda pretensión de la demanda de reconversión la convocada Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— solicita se decrete a cargo de la convocante Alianza Fiduciaria S.A., la obligación de recibir en dación en pago el lote de terreno denominado “El Cortijo”.

Parece olvidar la convocada, Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— el contenido del artículo 1627 del Código Civil que reza:

“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; (...)

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida” (negrilla del tribunal)

Esto significa simple y llanamente que la figura de dación en pago es eminentemente convencional.

El artículo 1626 del mismo ordenamiento señala que “El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”.

¿Qué se debe en el proceso?

La convocante, Alianza Fiduciaria S.A. demanda la declaratoria del incumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia a cargo de Fiduciaria Integral S.A. —en liquidación— y como consecuencia de dicho incumplimiento solicita la condena al pago del daño emergente y el lucro cesante. Es obvio entonces, que este es

un proceso declarativo en el cual se pretende la declaración del incumplimiento de un contrato y como efecto del mismo el pago de una indemnización; por tanto no cabría obligar a la parte convocante y demandada en reconvencción a recibir “en dación en pago” un bien para cubrir la condena. No es este un proceso ejecutivo para hacer efectiva una obligación de hacer, como sería el caso de proferir un mandamiento de pago para hacer cumplir una “dación en pago” convenida previamente en un contrato como forma de pago.

“El objeto del contrato de venta para el vendedor debe ser el precio en dinero; si se establece una obligación alternativa para el comprador, habrá venta si paga en dinero, y permuta si paga con otra cosa” (Barros Errázuriz, Curso de Derecho civil, Editorial Nascimento, Chile 1932, Pág. 114)

No se debate aquí la forma de pago de una compraventa, ni de una permuta, ni de ninguna obligación preexistente diferente a los precisos términos de la fiducia.

Como bien lo anota el profesor Hernando Devis Echandía con la acción de declaración constitutiva “se persigue la declaración, por medio de la sentencia de la constitución, extinción o modificación de un estado jurídico, por haber ocurrido los hechos que, de acuerdo con la ley, deben producir esos precisos efectos jurídicos” ⁽⁸⁾ .

Recordemos igualmente al profesor Eduardo Rodríguez Piñeros en su texto de Derecho Civil, cuando señala: “Cuando el acreedor consiente en que se le pague con cosa o hecho distinto del debido, no hay propiamente pago efectivo sino dación en pago” ⁽⁹⁾ (negrilla del tribunal).

Si bien es cierto que el contrato de fiducia de garantía vertido en la escritura 1729 tantas veces citada preveía una eventual dación en pago a los acreedores garantizados cuando ocurriera el incumplimiento de la obligación por parte del fideicomitente señor Herrera Pulido, no considera el tribunal que el contrato de fiducia constituya un título ejecutivo contra la convocante, pues en el mismo no consta una obligación clara, expresa y exigible a cargo de Alianza consistente en recibir parte del lote El Cortijo I en pago por las deudas insolutas. En consecuencia, el tribunal rechazará en la parte resolutive esta segunda pretensión de la demanda de reconvencción.

Finalmente, sobre la petición especial de condena a la parte demandante en reconvencción por temeridad y mala fe formulada por la demandada en reconvencción, el tribunal destaca que esta fue desistida por el peticionario y aceptada por auto de 21 de mayo de 2003 (fl. 546 cdno. ppal. 2).

8. Llamamiento en garantía.

El llamamiento en garantía formulado por la Fiduciaria Integral S.A. en liquidación a la Aseguradora Colseguros S.A. tiene como fundamento la póliza de seguro global bancaria número 271973-2, concretamente respecto del amparo de infidelidad y riesgos financieros, con vigencia del 22 de mayo de 2000 hasta el 19 de mayo de 2001.

A juicio de la convocada, la cláusula 1 de la póliza citada denominada “Infidelidad de empleados” cubre el riesgo a que se contrae el objeto de la controversia sometida a decisión del tribunal.

Según el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, el llamamiento en garantía tiene por objeto que un tercero obligado por disposición legal o contractual a indemnizar el daño que llegue a sufrir el llamante o a reembolsarle total o parcialmente el pago que este tuviere que hacer como resultado de la sentencia, se vincule al proceso para que el juez, además de pronunciarse sobre los asuntos principales planteados en la demanda, decida en el mismo proceso sobre tal relación de garantía.

En el litigio que ocupa al tribunal, pretende la Fiduciaria Integral S.A. en liquidación que en caso de ser ella condenada a la indemnización de perjuicios a favor de la sociedad convocante, sea la Aseguradora Colseguros S.A. la que asuma efectivamente el pago, en razón de las obligaciones que esta asumió bajo el contrato de seguro arriba citado.

Procede en consecuencia el tribunal a estudiar el llamamiento en garantía.

En su contestación, la Aseguradora Colseguros S.A. se opuso a dicho llamamiento y presentó como excepciones las siguientes:

1. No se ha acreditado la ocurrencia del siniestro ni su cuantía, por no existir prueba que incrimine a algún funcionario; además, la entonces representante legal de Fiduciaria Integral S.A. en liquidación manifestó que para la fecha en que se realizaron las enajenaciones, el contrato de fiducia ya había expirado.

2. Inexistencia de la obligación por falta de cobertura, puesto que el seguro no cubre cualquier reclamo por pérdidas sufridas con anterioridad a las fechas retroactivas consignadas en la póliza. Dado que las primeras enajenaciones se efectuaron antes del 22 de mayo de 2000 y todas las pérdidas se consideran un solo evento, la póliza de seguro invocada no cubre las pérdidas invocadas.

3. Nulidad del contrato de seguro por reticencia o inexactitud. Según la llamada en garantía, Fiduciaria Integral S.A. en liquidación ha debido informar a la aseguradora sobre las enajenaciones realizadas, antes de iniciarse la correspondiente vigencia.

4. Límite de la indemnización. La responsabilidad de la aseguradora se limita a \$ 1.000.000.000 menos el deducible pactado.

5. Perjuicios por aviso tardío. El aviso del siniestro ha debido darse y no se dio dentro de los cinco días siguientes al conocimiento de la pérdida.

6. Absolución de la fiduciaria demandada. Si la convocada es absuelta en el proceso arbitral, la Aseguradora Colseguros S.A. nada tendrá que indemnizar.

Las pruebas practicadas a solicitud de la llamada en garantía estuvieron encaminadas a demostrar los presupuestos de las excepciones propuestas.

En su alegato de conclusión, el apoderado de la Aseguradora Colseguros S.A. sostuvo que la fiduciaria convocada se equivocó al invocar la póliza de infidelidad pues esta “no es la apropiada para indemnizar un incumplimiento contractual pues está diseñada para amparar a las entidades financieras por las pérdidas que sufran directamente y por los eventos en ellas expresadas tales como infidelidad de empleados, predios y operaciones, falsificaciones, etc. Todos ellos eventos que ocurren dentro de la actividad diaria, excepto los riesgos propios de su objeto social.” Señala asimismo el apoderado que las pólizas pertinentes para el asunto sometido a conocimiento del tribunal, serían las de directores y administradores y la responsabilidad civil profesional.

Alega que no se cumplen los presupuestos de cobertura de la póliza de infidelidad de empleados y que aplican en todo caso varias exclusiones. Reitera que la póliza invocada es nula por no informar Fiduintegral a la aseguradora de las enajenaciones que agravaban el estado del riesgo.

Como habrá de proferirse condena por perjuicios a cargo de Fiduintegral y para resolver el llamamiento en garantía el tribunal examinará la cobertura de la póliza global bancaria 271973-2 traída por la convocada como fundamento de su petición. Con respecto a dicha póliza, se destaca la siguiente información:

- Asegurado, tomador y beneficiario: Fiduciaria Integral S.A.
- El certificado de renovación invocado tuvo vigencia entre el 22 de mayo de 2000 y el 19 de mayo de 2001 (fl. 527 cdno. pbas. 5).
- En su carátula (fls. 528 a 530 cdno. pbas. 5) se lee la cláusula de seguro 1: infidelidad de empleados, mencionando como clausulado base el DHP 84.
- En su ítem 7 se indica el 22 mayo 2000 la fecha retroactiva.

En las condiciones generales de la póliza (fls. 531 a 546 cdno. pbas. 5) se contempla el amparo de infidelidad de la siguiente manera:

Condición primera: Amparos. Cláusula de seguro 1:

“Infidelidad: reemplazada por la cláusula K.F.A. 1981: (fl. 551 cdno. pbas. 5).

Pérdida que resulte única y directamente como consecuencia de actos fraudulentos o deshonestos de los empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta de causarle al asegurado dicha pérdida o para obtener una ganancia financiera para ellos, donde quiera que estos sean cometidos y ya sean cometidos por una persona o con la complicidad de otros, incluyendo pérdida de bienes a través de cualesquiera tales actos de los empleados.

No obstante lo anterior, está acordado que en lo que refiere a comercio u otras transacciones de títulos, mercancía, futuros, opciones, monedas, cambio de moneda exterior y similares, y préstamos, transacciones de la naturaleza de un préstamo u otras extensiones de crédito, esta póliza cubre solamente pérdidas que resulten única y directamente de actos deshonestos o fraudulentos de los empleados del asegurado cometidos con la intención manifiesta de obtener y que resulte en una ganancia financiera indebida para ellos mismos aparte de salario, honorarios, comisiones, promociones y otras retribuciones similares”.

En lo relativo a las sucesivas vigencias cubiertas por la póliza global bancaria 271973-2 amparo de infidelidad y riesgos financieros, el tribunal resume lo pertinente en el siguiente cuadro:

Denominación	Vigencia	Folio
Cdno. Pbas 5	Negocio nuevo	Desde 14-05-1998 hasta 14-05-1999
3	Renovación	Desde 14-05-1999 hasta 14-05-2000
51	Modificación	Desde 13-12-1999 hasta 14-05-2000
40	Prórroga	Desde 14-05-2000 hasta 22-05-2000
68	Renovación	Desde 22-05-2000 hasta 19-05-2001
527	Cancelación	Desde 15-11-2000 hasta 10-05-2001

Pasará el tribunal a decidir si la póliza traída al proceso por Integral efectivamente cubre el riesgo derivado de sus actuaciones al enajenar a terceros no beneficiarios parte del patrimonio autónomo constituido por Luis Eduardo Herrera Pulido y en consecuencia, si con base en dicha póliza está llamada Colseguros a responder por el pago de perjuicios a favor de Alianza.

Sea lo primero recalcar que el seguro en mención, incorporado en la póliza global bancaria, participa de la naturaleza de los seguros patrimoniales, los cuales, como lo enseña la doctrina de seguros “protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente...” ⁽¹⁰⁾ .

En ese tipo de seguros, ha dicho la Superintendencia Bancaria “...el objeto del interés asegurable como su nombre lo indica es el patrimonio de la entidad asegurada, expuesto a detrimento bien sea por el menoscabo de los activos o por el incremento de sus pasivos, de forma que la obligación del asegurador se limita a mantener al asegurado en la misma situación patrimonial inmediateamente anterior a la ocurrencia del siniestro” ⁽¹¹⁾ .

Con referencia al específico amparo de infidelidad de empleados, para que opere la cobertura de la póliza, deben concurrir entonces los siguientes requisitos:

1. Que exista una pérdida sufrida por el asegurado;
2. Que dicha pérdida provenga única y directamente de actos fraudulentos o deshonestos de empleados del asegurado;
3. Que esos actos se hayan cometido con la intención manifiesta de causar al asegurado la referida pérdida o para obtener una ganancia financiera para los empleados involucrados.

Primer elemento: Pérdida del asegurado. La cobertura está sujeta a que la entidad asegurada haya sufrido una pérdida cierta, cuantificable en dinero. El ámbito de aplicación de esa póliza es “cualquier pérdida de cualquier bien de propiedad de la entidad financiera o por el cual sea legalmente responsable” ⁽¹²⁾

En el presente caso, a juicio del tribunal, la pérdida se concreta -es decir, adquiere certeza jurídica- con la condena de perjuicios proferida contra Integral y a favor de Alianza, pues a partir del pronunciamiento del laudo, se radica un pasivo a cargo de la convocada, quien debe pagar la indemnización con su propio patrimonio.

Segundo elemento: Actos fraudulentos o deshonestos de los empleados. Este requisito normalmente constituye, en este tipo de pólizas, el punto más crítico del debate. Es tarea fundamental desentrañar el alcance de los adjetivos utilizados por la póliza para calificar los actos causantes de la pérdida, para determinar si existe o no la cobertura pactada.

Se entiende por actos deshonestos o fraudulentos aquellos contrarios a la conducta recta, transparente y justa; como lo definió el tribunal de arbitramento en el laudo que puso fin al litigio entre Andino Capital Markets S.A. comisionista de bolsa en liquidación y La Interamericana Compañía de Seguros S.A. ⁽¹³⁾, “Las voces ‘deshonesto’ o ‘fraudulento’ para calificar los actos de los empleados por cuya ocurrencia se protege a la persona del patrono, entendidas en su sentido natural u obvio que tienen en idioma castellano, que es el que debe ser asumido para interpretar el texto contractual conforme a lo que dispone el artículo 823 del Código de Comercio, implican necesariamente una alusión a la intención de quien lo ejecuta, intención torcida contraria a la probidad y a la honradez, expresiones ambas que a su vez aluden al ánimo que mueve la conducta cuando es recto y puro o íntegro. En el caso del acto fraudulento a la intención se debe agregar adicionalmente al ánimo incorrecto, un móvil específico de causar perjuicio a otro, así como la utilización de mecanismos, artilugios o estrategias que induzcan en error al sujeto pasivo. La utilización de la expresión disyuntiva “o” en este caso no significa a juicio del tribunal que la póliza entienda los dos términos como sinónimos; implica que el acto para caer en la definición del amparo puede obedecer a una u a otra calificación”.

Comparte este tribunal la opinión consignada en el mismo laudo de que no hay identidad plena entre los dos conceptos sino que existe una relación de género y especie entre ellos: mientras que todo lo fraudulento es deshonesto, no todo lo deshonesto es fraudulento. Pero en el supuesto estudiado, ambos tipos de conducta comparten un mismo móvil o designio: intención de causar perjuicio a otro o de obtener un provecho indebido, lo cual implica la existencia de dolo, es decir, y siguiendo el razonamiento del tribunal en el mismo laudo, “tener conciencia de estar violando el comportamiento debido, o traicionando la confianza que se ha dispensado al agente y desear un resultado, o por lo menos tener del mismo una representación psicológica como consecuencia del acto ejecutado y consentir en ello, así ese resultado no sea específicamente querido o deseado. Es indiscutible que un acto meramente culposos, un error de conducta por grave que sea no cae dentro de la calificación a la que nos venimos refiriendo” ⁽¹⁴⁾.

Por otra parte, en opinión del tribunal, la exigencia de dolo no significa que las conductas deban necesariamente estar tipificadas en la ley penal y mucho menos que deba existir un fallo judicial condenatorio.

El tribunal, al resolver las pretensiones de Alianza, calificó de gravemente culposas las actuaciones de Integral a través de su representante legal, doctora María Fernanda Borda y de su apoderada, doctora Cristina Basto —actuaciones que ocasionaron el desmejoramiento sustancial de la garantía de los acreedores beneficiarios del fideicomiso Luis Eduardo Herrera Pulido— no pudiendo el tribunal, por las razones expuestas al descartar la aplicación del artículo 1616 del Código Civil, considerarlas ahora y solo para los efectos del llamamiento en garantía, como conductas dolosas.

De otra parte, como se mencionó al acoger el planteamiento de los árbitros en el fallo varias veces citado, tratándose de actos meramente culposos, no opera la cobertura de infidelidad así la culpa de los empleados sea grave, por lo cual según la doctrina “quedan excluidos los comportamientos dañosos en que incurran los empleados del asegurado por error o negligencia. Estos vienen a ser objeto específico de coberturas como las de errores y omisiones y responsabilidad profesional” ⁽¹⁵⁾.

Observa el tribunal en tal sentido que Integral tenía suscritas con Colseguros las pólizas de seguro de responsabilidad civil para administradores y directores y la de responsabilidad civil profesional que podrían cubrir el siniestro en cuestión, pero no le corresponde pronunciarse sobre ello por no haber sido ellas objeto del llamamiento en garantía ⁽¹⁶⁾.

Así las cosas, no se ha cumplido el requisito en estudio.

Tercer elemento: intención manifiesta de perjudicar al asegurado o de obtener una ganancia. Aunque huelga el examen de este aspecto por tratarse de requisitos concurrentes, en todo caso observa el tribunal que este tercer elemento no se encuentra acreditado en los autos. En efecto, no se probó que las enajenaciones a terceros no garantizados fueran motivadas por el ánimo de perjudicar a Integral o que las doctoras Borda y Basto tuvieran la clara intención de lograr un beneficio económico personal o si por el contrario, se buscaba una ventaja para el señor Herrera Pulido o alguna otra finalidad.

Por las razones expuestas, el tribunal declarará fundada la excepción de la Aseguradora Colseguros S.A. denominada “Inexistencia de la obligación por falta de cobertura”, ante lo cual no se pronunciará sobre las restantes defensas propuestas resultando por ende impróspero el llamamiento en garantía.

9. Objeciones al dictamen pericial financiero contable.

El apoderado de la convocante objetó por error grave la respuesta de las peritos a la pregunta 13B del dictamen porque en su opinión al calcular los intereses de mora tomaron un capital inferior al de la cuota y no el equivalente a esta, conforme lo autoriza el artículo 69 de la Ley 45 de 1990.

Por su parte el apoderado de Fiduintegral, dentro del término de contradicción del dictamen pericial financiero contable, formuló una serie de objeciones por error grave que el tribunal resume así:

1. A la pregunta 3 aduce que las peritos confundieron los conceptos de cupo garantizado y capacidad de garantía frente a las cuantías de los certificados 005 y 006.
2. A la pregunta 10 censura las liquidaciones de los intereses, tanto de plazo como de mora, efectuados a los pagarés 10100673 y 10100772, porque no se ilustró sobre la metodología utilizada para calcularlos y, además, no es claro en el tema.
3. A la pregunta 13B observa que las peritos no tienen claro el concepto de interés de mora definido por la Resolución 19087/02 de la Superintendencia de Industria y Comercio y por ello calculan un interés de usura en el cuadro de la página 11 del aclaratorio. Tampoco tienen en cuenta la modificación de las tasas pactadas en los pagarés por las autorizadas por la Superintendencia Bancaria y por ello incurren en error al calcular los intereses en cuestión.
4. A la pregunta 13C sobre la inclusión de un cheque devuelto por \$60'000.000 como gasto judicial sostiene que extralimitan la respuesta y hay error en confundir cobro judicial con gasto judicial.
5. A la pregunta 14 observa que no se dio respuesta a la misma, parte de la cual se había eliminando por el tribunal, y hay error en no haber contestado el resto de la pregunta.

Considera el tribunal en primer lugar que el trabajo realizado por las peritos financiero contable es serio y se ajusta a las exigencias del numeral 6° del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar advierte el tribunal que de conformidad con lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 238 ibidem, la objeción al dictamen solo cabe “por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se hayan originado en estas”.

Con este marco legal el tribunal procedió al estudio detenido de las objeciones propuestas, antes resumidas, y concluyó que en ningún caso se probó la falla alegada y en virtud de esta la conclusión igualmente equivocada. Lo que discuten las partes más que errores graves al dictamen es la defensa de sus propias pretensiones cuando no han resultado favorecidas con las respuestas que contiene el dictamen.

En consecuencia, y habida cuenta que por la decisión que adoptará el tribunal en este laudo no es menester acudir a las respuestas del dictamen, por cuanto el perjuicio se fundamenta en el límite del valor de los certificados de garantía 005 y 006 y no en la liquidación de los pagarés 10100763 y 10100772, no acoge el tribunal ninguna de las objeciones por error grave formuladas contra el dictamen financiero contable.

10. Costas.

El tribunal, con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, proferirá condena en costas, así:

En consideración a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal y a que no prosperó ninguna pretensión de la demanda de reconvención, el tribunal condenará en costas totales de este proceso a Fiduciaria Integral S.A. en liquidación, razón por la cual esta deberá cancelar a Alianza Fiduciaria S.A. todo lo pagado por ella en este trámite arbitral \$98'570.333 más agencias en derecho que el tribunal fija en \$39'455.000, para un total de \$138'025.333.

Respecto del llamamiento en garantía y la no prosperidad del mismo, el tribunal igualmente condena en costas totales a la parte convocada, razón por la cual deberá cancelar a Aseguradora Colseguros S.A. todo lo pagado por ella en este trámite, esto es, la suma de \$98.570.333, más agencias en derecho que el tribunal fija en \$19'727.500, para un total de \$118'297.833.

III. Parte resolutive

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre Alianza Fiduciaria S.A. como representante del fideicomiso transactivos, por una parte, y Fiduciaria Integral S.A. en liquidación, por la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Decláranse no probadas las excepciones de mérito propuestas por Fiduciaria Integral S.A. en liquidación en la contestación a la demanda.

SEGUNDO. Declárase que Fiduciaria Integral S.A. en liquidación, incumplió las obligaciones derivadas del contrato de fiducia mercantil en garantía, contenido en la escritura pública 1.729 de 30 de marzo de 1995 de la Notaría Sexta de Bogotá y los deberes indelegables del fiduciario establecidos en el artículo 1234 del Código de Comercio, por haber enajenado en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados parte del bien fideicomitado.

TERCERO. Declárase que Fiduciaria Integral S.A. en liquidación incurrió en culpa grave, al haber enajenado en detrimento de los derechos de los acreedores garantizados parte del bien fideicomitado.

CUARTO. Como consecuencia de las anteriores declaraciones condénase a Fiduciaria Integral S.A. en liquidación a pagar, con su propio patrimonio a título de daño emergente y/o lucro cesante (capital y/o intereses) a Alianza Fiduciaria S.A. como administradora del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Transactivos el valor de los Certificados de Garantía N°s 005 y 006 por valor de \$1.560.000.000 y \$240.000.000, respectivamente, que garantizaban hasta por esos valores las obligaciones del fideicomitente Luis Eduardo Herrera Pulido contenidas en los pagarés N°s 10100673 y 10100772, por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO. Sin perjuicio de lo que se resuelve más adelante sobre costas, niéganse las demás pretensiones de la demanda de Alianza Fiduciaria S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO. Niéganse las pretensiones de la demanda de reconvención de Fiduciaria Integral S.A. en liquidación por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO. Decláranse no probadas las objeciones por error grave al dictamen pericial financiero contable formuladas por la convocante y la convocada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO. Declárase probada la excepción de mérito propuesta por la Aseguradora Colseguros S.A. denominada "Inexistencia de la obligación por falta de cobertura" y, en consecuencia, declárase impróspero el llamamiento en garantía hecho por la parte convocada, y absuélvese a la Aseguradora Colseguros S.A. de cualquier

responsabilidad.

NOVENO: Condénase a Fiduciaria Integral S.A. en liquidación a pagar a Alianza Fiduciaria S.A., parte convocante, la suma de \$138'025.333 por concepto de costas de este proceso.

DÉCIMO. Condénase a Fiduciaria Integral S.A. en liquidación a pagar a Aseguradora Colseguros S.A., sociedad llamada en garantía, la suma de \$118'297.833 por concepto de costas de este proceso.

DÉCIMO PRIMERO. Expídanse por Secretaría copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes (CPC, art. 115, num. 2°).

DÉCIMO SEGUNDO. Protocolícese el expediente contentivo de este laudo en una de las Notarías del Círculo de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

David Luna Bisbal, Presidente—Marcela Castro de Cifuentes, árbitro—Mario Gamboa Sepúlveda, árbitro.

Florencia Lozano Reveiz, Secretaria.
