

Laudo Arbitral

Arturo Jiménez Garrido

v.

Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia y Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop

Octubre 2 de 1997

Audiencia de laudo

En Santafé de Bogotá, el día dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997); a las tres de la tarde (3:00 p.m.), en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se reunió el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las diferencias entre Arturo Jiménez Garrido, de una parte, y la sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia Fidubancoop de la otra, integrado por los doctores Luis Fernando Alvarado Ortiz, árbitro único, y la secretaria doctora Carmenza Mejía Martínez, con la asistencia de los apoderados de las partes, doctores Rodrigo Escobar Gil y Carlos E. Manrique, y el curador *ad litem* doctor Ricardo Vanegas Beltrán.

Encontrándose surtido en su totalidad el trámite procesal, oídas las alegaciones de las partes y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, el tribunal procede dentro del término legal a proferir, en derecho, el siguiente,

Laudo

CAPÍTULO I-Antecedentes

1. Cláusula compromisoria

En la cláusula vigésimo novena del contrato de fiducia las partes pactaron la cláusula compromisoria que es del siguiente tenor:

“Cláusula vigésimo novena. Cualquier diferencia que surja con ocasión del presente contrato entre las partes o alguna de ellas, durante su ejecución, o al momento de su extinción o liquidación, se someterá a la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, mediante sorteo de las listas de árbitros que lleve el centro de arbitraje y conciliación de dicha cámara.

El arbitraje se sujetará a las normas legales vigentes, estará integrado por un árbitro, decidirá en derecho, funcionará en Santafé de Bogotá, en el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio y su organización interna se sujetará a las reglas previstas por dicho centro”.

2. Trámite prearbitral

Con base en la cláusula que se menciona, el convocante, por conducto de apoderado judicial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento encargado de dirimir en derecho las controversias suscitadas entre Arturo Jiménez Garrido y la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia y Fidubancoop en razón del contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado el 30 de noviembre de 1995, mediante escritura pública 7011 de la Notaría Primera de Santafé de Bogotá.

Admitida la solicitud, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles procedió a notificar a las partes convocadas la demanda formulada por el actor, el día 22 de julio de 1996. Ante la imposibilidad de notificar personalmente la demanda al representante legal de la Sociedad Comercializadora de Colombia Ltda. y previa su notificación legal, se nombró como curador *ad litem* de la misma al doctor Ricardo Vanegas Beltrán quien tomó posesión de su cargo.

La demanda fue contestada en su oportunidad por el apoderado de la Fiduciaria Cooperativa de Colombia Fidubancoop y por el curador *ad litem* y contra la misma se propusieron excepciones previas y una petición subsidiaria del llamamiento del artículo 30 de Decreto 279 de 1989, de todo lo que se corrió traslado a la parte contraria y fue finalmente resuelto por el tribunal, una vez instalado”.

El director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991, el día 21 de octubre de 1996, convocada mediante notificación previa a las partes, a sus apoderados y al curador, quienes se hicieron presentes sin que se hubiese logrado acuerdo sobre la controversia planteada.

Habiendo fracasado la conciliación, la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a hacer el nombramiento del árbitro único y fue designado al efecto el doctor Luis Fernando Alvarado O. quien previa aceptación, tomó posesión de su cargo, y este a su turno nombró como secretaria a la doctora Carmenza Mejía Martínez.

Cumplido el trámite inicial, el director del centro de arbitraje y conciliación mercantiles citó a las partes para la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, la cual se llevó a cabo el día 26 de noviembre de 1996. En esta fueron fijados los honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal, los que fueron inicialmente pagados por la parte convocante, tanto de lo que a él correspondía como de lo que correspondía a las convocadas.

Se acreditó posteriormente que la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia Fidubancoop reembolsó al convocante lo que este había pagado por ella.

Consignada la totalidad de los honorarios y gastos del tribunal, se procedió a dar curso al proceso.

3. Trámite arbitral

La primera audiencia de trámite inició el día 3 de febrero de 1997 y concluyó el 21 de abril del mismo año.

En la primera audiencia de trámite el tribunal examinó la cláusula arbitral así como las pretensiones y las excepciones formuladas, declaró su propia competencia para conocer de las diferencias sometidas a su decisión y declaró no fundada la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios formulada en las contestaciones de la demanda.

Procedió así mismo el tribunal, dentro de esa misma audiencia, a citar a los terceros poseedores de certificados de garantía conforme a la solicitud de las convocadas, con fundamento en el artículo 30 del Decreto 2279 del 989, señores Gustavo Guerra del Río, Álvaro Barrera Rueda, Luis Fernando Pradilla y Caja Agraria sucursal Galerías y adicionó en un 25% la suma de gastos y honorarios del tribunal, los cuales fueron pagados en su totalidad.

Los terceros citados al proceso manifestaron su adhesión al pacto arbitral y así fue reconocido en la sesión de 10 de marzo de 1997. Por auto de abril 16 del mismo año se dispuso en una sexta parte la contribución de cada uno de ellos en los gastos y honorarios del proceso.

También dentro de la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes.

4. Duración del proceso

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite concluyó el día 21 de abril de 1997, como quedó dicho, el término de seis meses fijado por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991 corre a partir de ese día y por consiguiente el término de competencia del tribunal vence el día 21 octubre de 1997, en virtud de lo cual el tribunal se encuentra en tiempo para producir su decisión”.

5. Pretensiones de la demanda

Las pretensiones de la parte convocante, expresadas en la demanda, fueron las siguientes:

Pretensiones principales

Primera. Que se declare la nulidad del contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado el 30 de noviembre de 1995, mediante escritura pública 7011 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, suscrito entre Libia Dávila Daza, como presunta apoderada del señor Arturo Jiménez Garrido, la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop.

Segunda. Que como consecuencia de la nulidad de contrato, se ordene la restitución de las prestaciones mutuas, como lo prescribe el artículo 1746 del Código Civil, para lo cual se dispondrá:

1. La cancelación de la escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, mediante la cual se celebró el contrato de fiducia mercantil, y se constituyó el patrimonio autónomo sobre el lote de terreno denominado Arturo ubicado en la calle 23 5-325s, de la ciudad de Neiva.
2. La cancelación de la inscripción de la escritura pública antes mencionada, en el folio de matrícula inmobiliaria 200-93237 de la oficina de registro de instrumentos públicos de la ciudad de Neiva.
3. Se ordene a la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., y a la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop, la entrega del inmueble denominado Arturo, tal como se identifica en el hecho primero de esta demanda, al señor Arturo Jiménez Garrido.
4. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar a mi mandante, el valor de los frutos civiles que ha debido producir, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia, hasta la ejecutoria del laudo arbitral, en la cuantía que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Tercera. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar a mi mandante, el valor de los perjuicios sufridos por este como consecuencia de la celebración irregular del contrato de fiducia, en la cuantía que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Cuarta. Los valores indicados en las pretensiones segunda y tercera serán debidamente actualizados en la cuantía que proyecten los peritos, aplicándose para el efecto, los índices de incremento de precios al consumidor, del DANE, desde la fecha en que se practique el experticio hasta la ejecutoria del laudo arbitral.

Quinta. Que se condene solidariamente en costas a los demandados.

Pretensiones primeras subsidiarias

En el evento que no se acojan las pretensiones principales, solicito los siguientes pronunciamientos y condenas.

Primera. Que se declare que la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y la Sociedad Cooperativa de Colombia, Fiducoop, son solidariamente responsables de indemnizar los perjuicios sufridos por el señor Arturo Jiménez Garrido, como consecuencia de la ligereza y mala fe que observaron en la celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía, que consta en la escritura pública 7011 de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene solidariamente a la Comercializadora Financiera de Colombia y a la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop, a indemnizar todos los perjuicios sufridos por el señor Arturo Jiménez Garrido, para lo cual deberán pagar los siguientes conceptos:

- a) El daño emergente consiste en el valor que tenía el lote de propiedad de mi representado al momento de la negociación, conforme lo establezcan los peritos durante el curso del proceso arbitral;
- b) El lucro cesante consistente en el valor de los intereses moratorios que produciría la suma indicada en el literal anterior, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía hasta la ejecutoria del laudo arbitral, o en su defecto, por el monto de los intereses comerciales, y
- c) La suma indicada en el literal a) será actualizada conforme al índice de precios al consumidor que certifique el DANE, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía, hasta la ejecutoria del laudo arbitral, en el valor que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Tercera. Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Pretensiones segundas subsidiarias

En caso que no se acojan las pretensiones principales, ni las pretensiones primeras subsidiarias, solicito las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que se declare la simulación del contrato de fiducia mercantil de garantía suscrito por la Sociedad Cooperativa de Colombia, Fiducoop, la Sociedad Fiduciaria Comercializadora Financiera de Colombia y la señora Libia Dávila Daza a nombre del señor Arturo Jiménez Garrido, mediante escritura pública 7011 de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, en razón a que la intención y la voluntad real de las partes fue celebrar un contrato de compraventa.

Segunda. Que se declare la nulidad del contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado el 30 de Noviembre de 1995, mediante escritura pública 7011 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, suscrito entre Libia Dávila Daza, como presunta apoderada del señor Arturo Jiménez Garrido, la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop.

Tercera. Que como consecuencia de la nulidad de contrato, se ordene la restitución de las prestaciones mutuas, como lo prescribe el artículo 1746 del Código Civil, para lo cual se dispondrá:

1. La cancelación de la escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, mediante la cual se celebró el contrato de fiducia mercantil, y se constituyó el patrimonio autónomo sobre el lote de terreno denominado Arturo ubicado en la calle 23 5-325s, de la ciudad de Neiva.
2. La cancelación de la inscripción de la escritura pública antes mencionada, en el folio de matrícula inmobiliaria 200-93237 de la oficina de registro de instrumentos públicos de la ciudad de Neiva.
3. Se ordene a la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y a la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop, la entrega del inmueble denominado Arturo, tal como se identifica en el hecho primero de esta demanda, al señor Arturo Jiménez Garrido.
4. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar a mi mandante, el valor de los frutos civiles que ha debido producir, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia, hasta la ejecutoria del laudo arbitral, en la cuantía que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Cuarta. Que se condene solidariamente a los demandados a pagar a mi mandante, el valor de los perjuicios sufridos por este como consecuencia de la celebración irregular del contrato de fiducia, en la cuantía que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Quinta. Los valores indicados en las pretensiones tercera y cuarta, serán debidamente actualizados en la cuantía que proyecten los peritos, aplicándose para el efecto, los índices de incremento de precios al consumidor, del DANE, desde la fecha en que se practique el experticio hasta la ejecutoria del laudo arbitral.

Sexta. Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Pretensiones terceras subsidiarias

En caso que no se acojan las súplicas formuladas en los acápite anteriores, solicito las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Que se declare que la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y la Sociedad Cooperativa de Colombia, Fiducoop, son solidariamente responsables de indemnizar los perjuicios sufridos por el señor Arturo Jiménez Garrido, como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia mercantil de garantía, que consta en la escritura pública 7011 de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá.

Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene solidariamente a la Comercializadora

Financiera de Colombia y a la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop, a indemnizar todos los perjuicios sufridos por el señor Arturo Jiménez Garrido, para lo cual deberán pagar los siguientes conceptos:

- a) El daño emergente consiste en el valor que tenía el lote de propiedad de mi representado al momento de la negociación, conforme lo establezcan los peritos durante el curso del proceso arbitral;
- b) El lucro cesante consistente en el valor de los intereses moratorios que produciría la suma indicada en el literal anterior, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía hasta la ejecutoria del laudo arbitral, o en su defecto, por el monto de los intereses comerciales, y
- c) La suma indicada en el literal a) será actualizada conforme al índice de precios al consumidor que certifique el DANE, desde la fecha de celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía, hasta la ejecutoria del laudo arbitral, en el valor que establezcan los peritos en el curso del proceso.

Tercera. Se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

6. Hechos

Los hechos enunciados por la parte actora para sustentar sus pretensiones se transcriben a continuación:

“Primero. El señor Arturo Jiménez Garrido mediante escritura pública 4708 del 30 de diciembre de 1992, de la Notaria Tercera del Círculo de Neiva, adquirió de la señora Olga Duque de Ospina el dominio y posesión del lote de terreno denominado Arturo, ubicado en la ciudad de Neiva, en la calle 23 5-325S., identificado en el folio de matrícula inmobiliaria 200-93237 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Neiva, con extensión de veinte mil metros cuadrados (20.000 m²), alinderado de la siguiente forma:

“Cláusula segunda

... Lote de terreno denominado Arturo ubicado en la calle 23 5-325s, el cual cuenta con una extensión de veinte mil metros cuadrados (20.000 m²), alinderado de la siguiente forma:

Partiendo del punto B o mojón 1 que se encuentra ubicado en la esquina nororiental del lote cementos Combeima, se sigue en dirección oriente por la línea de parámetro sur de la calle veintitrés sur (23s) en una distancia aproximada de ciento cuarenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (144.50 m), hasta el mojón número dos (2) localizado sobre el parámetro occidental de la futura carrera séptima (7ª). Se continúa en dirección sur por la línea de parámetro en línea recta en una distancia aproximada de ochenta y dos metros cincuenta centímetros (82.50 m), hasta encontrar el mojón número tres (3). De allí se continúa en línea recta en dirección sur-occidente en una distancia aproximada de ciento veintitrés metros (123 m) hasta encontrar el mojón cuatro (4). Se sigue en dirección noroccidente en línea recta en una distancia aproximada de ochenta metros (80 m), hasta encontrar el mojón cinco (5). Finalmente se continúa en dirección norte en línea recta en una distancia de ciento quince metros con sesenta centímetros (115.60 m), hasta encontrar el mojón uno (1) o punto de partida. El inmueble anteriormente descrito se encuentra identificado en el folio de matrícula inmobiliaria 200-93237 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Neiva. Cédula catastral 01-06-008-0022-800”.

Segundo. En el mes de octubre de 1995, el señor Arturo Jiménez Garrido impartió instrucciones a la señora Libia Dávila Daza para vender el inmueble por un precio de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte., debiéndose pagar este valor de contado. La señora Dávila Daza, percibiría una comisión del tres por ciento (3%) por la venta.

Tercero. Las negociaciones y tratos para la venta del inmueble fueron realizados por la señora Libia Dávila Daza, quien entró en contacto con los interesados en la compra, que se le presentaron como constructores.

Cuarto. El precio del inmueble fue estimado por mi representado en la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte., cifra que correspondía a su valor real.

Quinto. La señora Libia Dávila Daza en octubre de 1995, envía una relación de gastos a mi mandante, referente a negocios que tenían por liquidar, donde consta que se le había impartido autorización para vender. De esta manera,

el señor Jiménez Garrido le envía la suma de un millón doscientos mil pesos (\$ 1.200.000) m/cte., con el propósito de pagar los impuestos del lote y obtener el paz y salvo predial.

Sexto. El día 20 de noviembre de 1995, se suscribe un contrato de promesa de compraventa entre la señora Libia Dávila Daza, actuando como apoderada del señor Arturo Jiménez Garrido, como promitente vendedora, y la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., por intermedio de su representante legal señora Katherine Villarreal Barros, a título de promitente compradora, sobre el inmueble descrito en el hecho primero de este escrito, por valor de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte. Los testigos de este contrato son los señores Diego González y Mario Montoya.

Séptimo. Mi representado, señor Arturo Jiménez Garrido, antes de la firma de la promesa de compraventa, no tuvo ningún conocimiento de la identidad de los compradores ni de las condiciones del contrato, salvo en lo relativo al precio del inmueble.

Octavo. Después de la firma de la promesa de compraventa la señora Libia Dávila Daza se comunicó con mi representado, para notificarle que se había efectuado la venta del lote por valor de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte., y que tenía en su poder tres cheques que le fueron entregados por los compradores, dos por valor de noventa millones de pesos (\$ 90.000.000) m/cte., y uno por valor de setenta millones de pesos (\$ 70.000.000) m/cte. Sin embargo, estos cheques nunca le fueron entregados a mi mandante.

Noveno. El señor Jiménez Garrido, durante los meses de diciembre de 1995 y enero de 1996, estuvo pendiente del pago del precio de la venta del lote, que nunca recibió. Por recomendación de la señora Dávila Daza, mi mandante se comunicó con el doctor Manuel Caballero, que se presentó como abogado de los promitentes vendedores y como resultado de muchas conversaciones y promesas de pago incumplidas le remitió un certificado fiduciario de garantía, de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop, por la suma de (\$ 250.000.000) m/cte., con fechas de expedición 19 de enero de 1996, y de vencimiento 19 de febrero de 1996. El doctor Manuel Caballero le manifestó a mi mandante que le remitía el certificado para garantizar el pago de la obligación que se cancelaría de contado por los promitentes vendedores antes de su vencimiento.

Décimo. El 12 de febrero de 1994, mi representado visitó las oficinas de Fiducoop para averiguar sobre la eficacia de los certificados de garantía. El doctor Rodrigo Muñoz, gerente de la sección de fiducia de garantía de esa entidad le informó que él no era un simple acreedor, sino que estaba vinculado al negocio como fideicomitente aportante. Por esta razón, solicitó la copia de la escritura pública en la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, y conoció íntegramente todas las condiciones que habían rodeado la enajenación del inmueble, que lejos de ser un contrato de compraventa, como era su voluntad, se había celebrado un negocio jurídico completamente distinto.

Undécimo. Ante esta grave situación, el señor Jiménez Garrido, conoció que había sido víctima de una operación fraudulenta urdida por la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y algunos funcionarios de Fiducoop. De esta manera, exigió a la fiduciaria la restitución de los derechos de propiedad del lote de terreno de la ciudad de Neiva. La posición de mi representado se basaba en las siguientes consideraciones, expresadas en la comunicación que dirigió a Fiducoop, el 18 de marzo de 1996, en los siguientes términos:

- a) El propósito del señor Jiménez Garrido, consistía simplemente en realizar una venta del inmueble de su propiedad, para lo cual, autorizó a la señora Libia Dávila Daza;
- b) La forma de pago del precio de venta debía realizarse de contado;
- c) En ningún momento el señor Jiménez Garrido, dio poder o autorización para la celebración del contrato de fiducia de garantía y comodato, que consta en la escritura pública 7011 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, y
- d) El doctor Rodrigo Muñoz Montilla, gerente de la sección de fiducia de garantía de la entidad, le manifestó personalmente a mi representado, que un funcionario de Fiducoop por error lo había incluido en el contrato como fideicomitente aportante y que se podría solucionar fácilmente este problema con la firma de un otrosí “contrato de cesión” que se celebraría entre Arturo Jiménez Garrido y la Comercializadora Financiera de Colombia, para lo

cual, aquel elaboró y entregó a mi representado un proyecto del documento respectivo.

Duodécima. Entre las partes Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia, Fiducoop y mi representado, se adelantaron en el mes de marzo de 1996, una serie de reuniones encaminadas a encontrar una solución amigable del problema. En estas negociaciones participó la fiduciaria a través del doctor Rodrigo Muñoz Montilla y el señor Arturo Jiménez Garrido estuvo asistido por el doctor Guillermo Vergara. Como resultado de estas tratativas se llegó a una fórmula de acuerdo, cuyas bases constan en el oficio que mi representado le dirigió a la fiduciaria, el día 29 de marzo de 1996, en los siguientes términos:

“(…).

1. El señor Mario Montoya entregará a Fiducoop o al representante de Fiducoop (Dr. Rodrigo Muñoz) un cheque por la suma de \$ 325.000.000, con fecha 1° de mayo del 96 a nombre de Arturo Jiménez Garrido.

2. Fiducoop reemplazará el certificado fiduciario de garantía 1 serie 7011 por otro por la suma de \$ 325.000.000 con vencimiento 1° de mayo de 1996, donde se garanticen no solo esa suma sino los intereses que se generen a partir del vencimiento tanto por el capital como por mora y cualquier otros gastos que se causen no imputables a Arturo Jiménez.

Dichos intereses serán liquidados de acuerdo con los intereses bancarios que estén vigentes.

3. Fiducoop garantizará la firma de un contrato de cesión que se celebrará entre Arturo Jiménez Garrido y Comercializadora Financiera de Colombia Ltda.

4. Si el día 1° de mayo de 1996 no se cumple con la obligación de pago por cualquier otro motivo a favor de Arturo Jiménez Garrido, este queda en libertad de ejercer— (sic) las acciones legales que sean necesarias para recuperar la propiedad del lote y la fiducia a iniciar inmediatamente los trámites para que esto se cumpla.

5. Se respetarán los términos iniciales de venta del lote que para efectos de escritura se fijan en \$ 19.000.000 (diez y nueve millones de pesos) y queda aclarado que se deben construir las calles aledañas al lote de acuerdo con la escritura inicial de compra de Arturo Jiménez Garrido, esta obligación debe asumirla el nuevo comprador Comercializadora Financiera de Colombia Ltda.

6. Este acuerdo quedará finiquitado el día 1° de abril de 1996 en los términos acordados”.

Décimo tercera. Para formalizar este acuerdo se celebró una reunión entre mi representado, el señor Mario Montoya en representación de la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y el doctor Rodrigo Muñoz, gerente de la sección de fiducia de garantía de la fiduciaria, en las oficinas de Fiducoop. En esta reunión, el doctor Muñoz Montilla, le entregó al señor Jiménez Garrido, un certificado fiduciario de garantía por valor de trescientos veinticinco millones de pesos (\$ 325.000.000) m/cte., y el cheque F8118649 del Banco Cafetero, oficina San Andrés, girado por la señora Sixta Elena Sarco a nombre de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., y debidamente endosado para que mi representado lo pudiera cobrar. Aun cuando el señor Jiménez Garrido tenía serias dudas sobre la efectividad del cheque, lo recibió por recomendación del doctor Guillermo Vergara para disponer de un medio de prueba sobre la conducta de las otras partes del contrato.

Décimo cuarta. Con fecha 2 de abril de 1996 se suscribió el contrato de cesión del contrato de garantía fiduciaria entre el señor Arturo Jiménez Garrido y la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., a través de la señora Katherine Villarreal Barros. Igualmente el doctor Lubin Linares Corredor, gerente de Fiduciaria Cooperativa de Colombia, suscribió este contrato en señal de aceptación.

Este documento de cesión también le fue entregado a mi representado por el doctor Rodrigo Muñoz, gerente de fiducia de garantía de Fiducoop, en la reunión señalada en el numeral anterior; puesto que no se reunió con la señora Katherine Villarreal Barros, para su firma.

Décimo quinta. Las partes acordaron que el contrato de cesión requería para su perfeccionamiento, que se elevara a instrumento público ante notario y se pagara el impuesto de timbre, formalidades que no han sido observadas.

Décimo sexta. El cheque que Fiducop y la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. le entregaron a mi mandante para obtener su aprobación de la fórmula de arreglo amigable, fue devuelto por el banco girado por la causal de cuenta cancelada.

Décimo séptima. Ante esta situación mi representado, ha solicitado infructuosamente la restitución del lote, o que se le pague el valor correspondiente a la venta, que fue avalada por Fiducop como consta en el certificado fiduciario de garantía.

Décimo octava. El contrato de fiducia de garantía celebrado mediante escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995, de la Notaría Primera del círculo de Bogotá, adolece de los requisitos que la ley prescribe para su valor, lo que lo priva de efectos jurídicos. Las causales de nulidad que afectan este contrato son las siguientes: Falta de representación, error en la naturaleza del contrato, ausencia de causa, y objeto ilícito. Cualquiera de estos motivos, es suficiente por sí solo, con prescindencia de los demás para invalidar el negocio jurídico.

Décimo novena. Se configura la ausencia de consentimiento, porque mi representado nunca le confirió poder especial, ni autorización alguna a la señora Libia Dávila Daza, para transferir a la Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducop, el dominio del lote ubicado en la ciudad de Neiva a título de fiducia mercantil irrevocable de garantía, ni para que avalara con su patrimonio todas las obligaciones que contrajera un tercero, como era la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., de quien no tenía ningún conocimiento ni referencia.

Vigésimo. El poder general conferido por mi mandante a la señora Libia Dávila Daza, mediante escritura pública 3198 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva, no es suficiente para transferir el dominio del inmueble a título de fiducia, por exceder este negocio jurídico los límites del mandato. En efecto, como la fiducia mercantil de garantía no es un acto propio del giro ordinario de los negocios de mi representado, que se dedica al ejercicio de la profesión de la arquitectura, y recae sobre un bien inmueble, era necesario que el señor Jiménez Garrido le otorgara un poder especial, amplio y suficiente a la señora Dávila Daza, para efectuar este contrato, mediante escritura pública o escrito privado debidamente autenticado. Sin embargo, este poder no se otorgó por la simple razón que mi representado nunca tuvo conocimiento, intención o voluntad de celebrar el contrato de fiducia que se concertó sin su consentimiento. La ley expresamente contempla la necesidad de observar estas formalidades para los negocios que exceden los límites del mandato (C.C., arts. 744, 2158; C.Co., arts. 836 y 840).

Vigésimo primera. La autorización otorgada por el señor Jiménez Garrido a la señora Dávila Daza para vender, no la facultaba a aportar el inmueble para la constitución de un patrimonio autónomo, no solo porque se requería poder especial que debía constar en escritura pública o escrito privado auténtico, sino también porque el poder para vender no comprende la facultad de hipotecar o constituir garantías, como sabiamente enseña el artículo 2169 del Código Civil.

Vigésimo segunda. La falta de poder con que actuó la señora Dávila Daza, conlleva a que el contrato de fiducia de garantía no produzca ningún efecto jurídico en relación con mi representado, tal como lo disponen los artículos 744 del Código Civil y 833 del Código de Comercio.

Vigésimo tercera. Conforme a los hechos antes planteados, se configura también un error en la naturaleza o especie del contrato, porque la voluntad real del señor Arturo Jiménez Garrido, manifestada a la señora Libia Daza Dávila, era celebrar un contrato de compraventa y no de fiducia mercantil, como finalmente se celebró mediante escritura pública 7011 de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá. Si mi representado hubiese conocido que su inmueble de la ciudad de Neiva, se proyectaba transferir a título de fiducia mercantil para garantizar obligaciones contraídas por terceros, jamás habría consentido en este acto, porque su propósito y voluntad era enajenarlo a título de compraventa.

Este error en la naturaleza o especie del negocio constituye un vicio del consentimiento, conforme lo enseñan los artículos 746 y 1510 del Código Civil, que genera su nulidad relativa al tenor de lo dispuesto en el artículo 1741, inciso 3°, de la misma obra.

Vigésimo cuarta. El error en que incurrió el arquitecto Arturo Jiménez Garrido, en cuanto a las naturaleza o especie del negocio, también genera una falsa causa, que constituye un vicio del contrato, porque como lo enseña

el artículo 1524 del Código Civil, “No puede haber obligación sin causa real y lícita ...”. En efecto, la causa del negocio jurídico que pretendió celebrar mi representado, consistía en el propósito de vender el inmueble por la necesidad de recibir el precio por valor de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000). Por lo tanto, nunca tuvo interés alguno de celebrar un contrato de fiducia mercantil, ni de garantizar con su patrimonio económico obligaciones de la firma Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., con la cual, no tenía ninguna relación personal o comercial. No existe una causa real para que mi representado hubiera celebrado el negocio jurídico que consta en la escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995, lo que afecta el contrato de fiducia de nulidad relativa, como lo señala el artículo 1741, inciso final del Código Civil.

Vigésimo quinta. En realidad la señora Libia Dávila Daza, fue engañada por la Comercializadora Financiera de Colombia y algunos funcionarios de Fiducoop, como se desprende de la siguiente explicación que le dio al señor Jiménez Garrido, en el mes de febrero de 1996.

- a) Las partes convinieron en celebrar una compraventa del inmueble por valor de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000), tal como consta en el contrato de promesa de compraventa suscrito el 20 de noviembre de 1995;
- b) El pago del precio lo realizarían los promitentes compradores con el producto de un préstamo que otorgaría la Caja Popular Cooperativa, tal como consta en el documento de promesa de compraventa, en la cláusula establecida en el numeral 3°;
- c) Posteriormente los administradores de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. le manifestaron a la señora Dávila Daza que Fiducoop era la entidad que desembolsaría el préstamo, y que para la constitución de la fiducia aportarían el lote de Neiva, y otros inmuebles, que ascendían a un valor total de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000) m/cte. Que por lo tanto, debía proceder a suscribir la escritura pública de la fiducia mercantil para el desembolso del crédito;
- d) Ante esta situación, la señora Libia Dávila Daza se comunicó telefónicamente con el doctor Rodrigo Muñoz, gerente de La fiducia de garantía de Fiducoop, quien le manifestó que la comercializadora ya había solicitado el crédito a la fiduciaria, y que todo estaba bien;
- e) Por estas consideraciones la señora Libia Dávila Daza procedió a suscribir el contrato de fiducia mercantil, con el convencimiento que Fiducoop le pagaría el precio del inmueble;
- f) No obstante, la señora Libia Dávila Daza, actuando como apoderada del señor Arturo Jiménez Garrido, remitió el día 30 de noviembre de 1995, una comunicación a Fiducoop, en la que conforme a lo convenido entre las partes, le manifestaba que tan pronto recibiera el pago del precio de la venta del inmueble, procedería a ceder los derechos y obligaciones de mi representado a la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia;
- g) La señora Libia Dávila Daza no tuvo ninguna intervención en la negociación efectuada con Fiducoop, pues toda la información y los documentos necesarios para la celebración del contrato de fiducia mercantil, se los entregó al doctor Manuel Caballero, abogado de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. quien los presentó a la fiduciaria.

Estos hechos también generan un vicio del consentimiento, conforme al artículo 1515 del Código Civil, porque la señora Dávila Daza, fue inducida dolosamente a suscribir el contrato de fiducia mercantil, por parte de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y el doctor Rodrigo Muñoz, funcionario de Fiducoop, con el argumento que se trataba de una gestión necesaria para el pago del precio de la venta por parte de la fiduciaria. Si la señora Dávila Daza hubiere conocido que realmente el propósito de las partes era celebrar un contrato de fiducia mercantil, y no un contrato de compraventa, no habría suscrito la escritura pública 7011 de 1995, de la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá.

Vigésimo sexta. Agrava la situación, que la partes del contrato de fiducia mercantil estimaron el valor del patrimonio autónomo en la suma de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000) m/cte., (cláusula décimo segunda), conforme al avalúo comercial que practicó la firma Inmobiliaria Americana Ltda., por solicitud de la fiduciaria (cláusula segunda, pár. 5°). Este avalúo es completamente irreal, pues el valor comercial del lote

denominado Arturo, que fue el único bien aportado para integrar el patrimonio autónomo solo ascendía a la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000), como consta en la promesa de compraventa celebrada el 20 de noviembre de 1995, sobre dicho inmueble, por parte de mi representado y la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. Tan es cierto, que este último era el valor comercial del inmueble, que para esa misma época el señor Jiménez Garrido estuvo negociando dicho lote con el doctor Jairo Echeverry, funcionario de Cementos Diamante, por valor de trescientos cincuenta millones de pesos (\$ 350.000.000) m/cte., pero no fue posible concluir exitosamente la compraventa, en virtud a que los compradores consideraron el precio muy alto, aduciendo que el mercado inmobiliario se encontraba en recesión.

Vigésimo séptima. Siendo el valor real del lote denominado Arturo la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) es censurable que se hubiere constituido el patrimonio autónomo por la suma de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000); siendo que no se aportaron otros bienes que permitieran alcanzar este valor. Esta diferencia indica que el propósito de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y Fiducoop era defraudar al señor Arturo Jiménez Garrido y a los terceros que recibieran certificados fiduciarios de garantía expedidos con base en esa fiducia mercantil.

Vigésimo octava. Mi mandante se encuentra lesionado con la celebración del contrato de fiducia, porque es imposible que obtenga el pago del precio pactado en la promesa de compraventa de lote, junto con los intereses moratorios, en razón a que si el valor comercial del bien era la suma de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte., al momento de constituirse el patrimonio autónomo, mal se puede enajenar en la suma de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000) m/cte. De esta manera, al no ser viable la venta por los valores indicados en la cláusula vigésima, numeral 6º del contrato; le correspondería a mi representado la obligación de adquirir el inmueble “por un precio equivalente al 50% del valúo comercial”, como lo establece el numeral 9º de la misma cláusula, es decir por la suma de novecientos cincuenta millones de pesos (\$ 950.000.000) m/cte. Resulta ostensiblemente vejatorio para mi representado que venda un inmueble de su propiedad por doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000) m/cte. que no reciba el pago del precio, y que posteriormente deba adquirir el mismo bien por más de tres veces su valor comercial.

Vigésimo novena. El contrato de fiducia mercantil aducido, también es lesivo para los acreedores de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., a quienes se les induce a otorgar préstamos por altas sumas de dinero, confiados en la existencia de un patrimonio autónomo por valor de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000) m/cte. Sin embargo, cuando pretendan recaudar sus créditos con base en la garantía del bien que integra el patrimonio autónomo, van a encontrar que no es posible realizar la venta, porque el avalúo comercial del inmueble era un artificio para engañar a los acreedores, y tendrán que adquirirlo por una cifra tres veces superior a su valor comercial.

Trigésima. Por los hechos narrados en los numerales vigésima sexta a vigésima novena, puede concluirse, sin mayor esfuerzo, que el contrato de fiducia mercantil, que consta en la escritura pública 7011 de 1995, adolece de objeto ilícito que lo condena a la declaratoria de nulidad absoluta, conforme lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, porque es contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres, que se eleve artificiosamente el valor comercial de un bien en más de siete veces su valor real, con el reprochable propósito de incrementar la capacidad de endeudamiento de una persona jurídica y defraudar la confianza de los establecimientos de crédito y de los comerciantes que otorgan créditos con base en dicho avalúo.

Trigésimo primera. La Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y Fiducoop, conjuntamente obraron de mala fe en la celebración del contrato de fiducia mercantil de garantía, lo que compromete su responsabilidad civil precontractual frente al señor Jiménez Garrido, como lo dispone el artículo 863 del Código de Comercio.

Trigésimo segunda. La conducta aviesa de los funcionarios de Fiducoop no solo se cometió durante la celebración del negocio fiduciario, sino también, con posterioridad a la perfección de este, como se desprende de lo siguiente:

1. En las reuniones que tuvo mi representado con los funcionarios de Fiducoop, desde febrero de 1996, aquel le manifestó a estos, que había sido defraudado con la celebración del contrato de fiducia mercantil, porque su interés era celebrar un contrato de compraventa sobre el inmueble Arturo, y no un negocio fiduciario, como quedó consignado en la escritura pública 7011 de 1995. En el mismo sentido, lo manifestó mediante oficio del 18 de

marzo de 1996.

2. La mala fe de Fiducop se refleja en el hecho que no solo omitieron responder estas comunicaciones al arquitecto Jiménez Garrido, sino que con posterioridad al “conocimiento que tuvieron de los hechos”, procedieron a expedir un conjunto de certificados fiduciarios de garantía por más de setecientos millones de pesos (\$ 700.000.000) m/cte., contraviniendo lo dispuesto en la cláusula novena del contrato que señala:

“Cláusula novena. Límite de derechos de el (los) beneficiario (s). La fiduciaria se obliga a expedir certificados fiduciarios de garantía y a vincular como beneficiario(s) a el (los) acreedor(es) que indique(n) el fideicomitente beneficiario, en una cuantía que, en conjunto, no exceda el 70% del monto del patrimonio autónomo, la fiduciaria, en todo caso, se reserva el derecho de no expedir certificados de garantía fiduciaria, cuando quiera que las circunstancias de irregular situación comercial, incumplimiento de pago de las obligaciones con el sector financiero, iliquidez, flujo de caja insuficiente y, en general, baja moralidad comercial de el fideicomitente beneficiario y/o el fideicomitente aportante o de el (los) beneficiario(s), la lleve a tomar tal decisión, la cual no deberá justificar”.

De lo anterior, se desprende que Fiducop obró con negligencia, al expedir certificados fiduciarios de garantía, a sabiendas de los graves problemas de los que adolecía el negocio fiduciario y la deplorable situación económica del fideicomitente beneficiario.

Trigésimo tercera. La situación planteada en el hecho anterior, genera un incumplimiento del contrato de fiducia mercantil por parte de la fiduciaria, que compromete su responsabilidad contractual, en el evento que el negocio jurídico fuera válido, puesto que los contratos deben ejecutarse de buena fe, como lo ordenan el artículo 1602 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, lo que le imponía la obligación de abstenerse de expedir certificados fiduciarios de garantía, en virtud a la denuncia que le había elevado mi representado en torno a la constitución irregular de la fiducia. Sin embargo, lejos de adoptar la conducta honesta y leal que se derivaba de las exigencias éticas de la mutua confianza, procedió negligentemente a expedir numerosos certificados fiduciarios de garantía.

Trigésimo cuarta. Fiducop, partir de abril de 1995, ha procedido a expedir certificados fiduciarios de garantía para avalar obligaciones crediticias contraídas por la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. a favor de la Caja Agraria, el señor Luis Fernando Pradilla, el señor Miguel Guillermo Zuleta etc., por más de ochocientos millones de pesos (\$ 800.000.000) m/cte.

Trigésimo quinta. El señor Arturo Jiménez Garrido, mediante comunicación dirigida a la fiduciaria, el día 20 de abril de 1996, le exige que proceda a efectuar los trámites necesarios para que se le cumpla la obligación del pago del precio del inmueble; sin perjuicio, de su posición con la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda.

Trigésimo sexta. Ni la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., ni Fiducop, se han allanado a pagarle a mi representado el valor del precio del inmueble vendido, lo que le ha generado cuantiosos perjuicios económicos.

Trigésimo séptima. Mi representado mediante escritura publica 407 de 13 de febrero de 1996 de la Notaría Cincuenta y Nueve del Círculo de Santafé de Bogotá, revoco el poder otorgado a la señora Dávila Daza”.

7. Contestación de la demanda

Tanto la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia Ltda. Fidubancoop como la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., esta última por intermedio de su curador *ad litem*, se pronunciaron respecto de los hechos de la demanda, se opusieron a todas las pretensiones de la misma y formularon de una parte, excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios. Como excepciones de mérito la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia formuló las que denominó:

- “Debido cumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandada.
- Falta de legitimación en la causa por parte del demandante.
- Perjuicios cuya causa es la propia conducta del demandante.

- Desconocimiento de sus propios actos por parte de los demandantes.
- Excepción de mala fe en la categoría de *venire contra factum proprium*.
- Inoponibilidad para la fiduciaria de los actos en que se funda la nulidad y la simulación.
- Ausencia total de culpa de la fiduciaria.
- Inexistencia de perjuicio para el demandante”.

A su turno, el curador *ad litem* de la Sociedad Cooperativa de Colombia Ltda. propuso como excepciones de fondo las siguientes:

“Ausencia de legitimación en la causa por parte de la demandante.

Mandato y representación suficiente conferidos por Arturo Jiménez Garrido y Alicia Dávila Daza.

Inexistencia de nulidad absoluta, o nulidad relativa del contrato que contiene la escritura pública 7011 de 30 de noviembre de 1995 de la Notaría Primera de Bogotá.

Inexistencia de causa u objeto ilícitos en el contrato citado en el numeral anterior.

Inexistencia de error por parte del convocante en cuanto al contrato contenido en la escritura pública 7011 ya citada.

Pago de la obligación a cargo de Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda.

Prescripción, compensación y nulidad relativa.

Cualquiera otra que aparezca probada durante el trámite del proceso”.

8. Pruebas

Dentro del proceso se practicaron y tuvieron como pruebas las siguientes:

A. Pedidas por la parte demandante

a) Documentales. Las aportadas por el demandante, con excepción del contrato de cesión celebrado entre Arturo Jiménez y Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., por no reunir los requisitos del artículo 519 del estatuto tributario.

b) Reconocimiento de documentos. Dentro de las diligencias de testimonio que rindieron Rodrigo Muñoz y Libia Dávila Daza se les pidió reconocer los documentos indicados por el convocante.

c) Testimoniales. Se oyeron los testimonios de las siguientes personas:

Guillermo Vergara, Hernán Quiroga T., Rodrigo Muñoz, Gustavo Cuevas y Siervo Tulio Rodríguez. De los demás testimonios que había solicitado en su demanda el convocante, renunció a practicarlos con la anuencia de la parte convocada.

d) Interrogatorio de parte. Se citó a los representantes legales de la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., y de la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, para absolver interrogatorio de parte, el primero de los cuales no compareció. En su oportunidad la representante legal de la sociedad fiduciaria absolvió el interrogatorio que le formuló el apoderado del convocante.

e) Inspección judicial con exhibición de documentos. Se practicó una inspección judicial con exhibición de documentos, en las oficinas de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, con el objeto de verificar los hechos enunciados por el demandante con la petición de la prueba;

f) Dictamen pericial. Se ordenó y practicó un dictamen pericial por los doctores Álvaro Camacho y Juan Agustín Carrizosa, sobre el inmueble ubicado en la ciudad de Neiva, descrito en el hecho primero de la demanda, del cual se corrió traslado debidamente para su contradicción.

g) Oficios. Se libraron los siguientes oficios los cuales fueron diligenciados oportunamente:

A la Notaría Primera del Círculo de Neiva, para que remitiera con destino al proceso, copia de la escritura pública 3198 de 1991, mediante la cual el señor Jiménez Garrido, otorgó poder a la señora Dávila Daza; a la (*) Superintendencia Bancaria, para que certificara sobre el interés bancario corriente vigente desde noviembre de 1995 y al DANE, para que certificara sobre los incrementos del índice de precios al consumidor desde noviembre de 1995.

Se denegó por improcedente la solicitud de librar oficios a las distintas compañías fiduciarias del país para que certifiquen si habían realizado contratos de fiducia mercantil con el señor Arturo Jiménez Garrido.

B. Pedidas por la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia S.A. y la Sociedad Comercializadora de Colombia Ltda.:

a) Declaración de parte. El demandante Arturo Jiménez Garrido compareció a absolver en audiencia pública el interrogatorio que le formuló el apoderado de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia S.A..

b) Declaraciones de terceros. Por solicitud de la parte convocada, exclusivamente, se oyeron los testimonios de las siguientes personas:

Gustavo Guerra del Río, Álvaro Barrera Rueda, Luis Fernando Pradilla y Carlos Alberto Espinosa, gerente de la Caja Agraria, sucursal Galerías.

c) Documentos. En su valor legal se tuvieron como pruebas los documentos presentados con la contestación de demanda y en el escrito de febrero 3 de 1997.

d) Reconocimiento de documentos. Simultáneamente con la recepción de los testimonios y del interrogatorio de parte, se hizo el reconocimiento del contenido y firma de los documentos suscritos por los deponentes.

Pruebas de oficio. El tribunal decretó de oficio la recepción del testimonio de Libia Dávila Daza, Katherine Villareal y Mario Montoya y ordenó que contra la partida de gastos del tribunal se procediera al pago del timbre del contrato de cesión entre Arturo Jiménez y la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. que obra en el expediente.

Medida cautelar. No se procedió a la inscripción de la demanda en la oficina de registro de instrumentos públicos solicitada por el convocante, por cuanto este no prestó la caución del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, tal como le fue ordenado por el tribunal.

9. Audiencia de conciliación

Las partes fueron citadas el 19 de agosto de 1997 para celebrar la audiencia de conciliación de que trata el artículo 6º del Decreto 2651 de 1991, en la cual las partes presentes no llegaron a ningún acuerdo.

10. Alegaciones

El convocante, el apoderado de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop y los apoderados de las partes procesales intervinientes en el proceso, presentaron sendos alegatos de conclusión en forma escrita, el día 2 de septiembre de 1997, y de los mismos hicieron un resumen oral dentro de la audiencia celebrada al efecto.

Consideraciones del tribunal

De los hechos probados en el proceso, el tribunal resalta lo siguiente :

1. Arturo Jiménez Garrido, mediante escritura pública 3198 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva del 4 de

octubre de 1991, otorgó un poder general a Libia Dávila Daza, asignándole para el efecto, “amplias e irrestrictas facultades dispositivas y administrativas sobre sus bienes y derechos”, así como la de “a) Adquirir, gravar y enajenar toda clase de bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporeales y celebrar toda clase de actos y contrato lícitos” (fls. 27 y 28).

2. Por escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Santafé de Bogotá, se celebra un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y comodato entre Libia Daza, otros y Fiducoop, según se observa en los documentos contenidos en los folios 6 a 36 del cuaderno de pruebas 1.

En el mencionado instrumento notarial, la señora Libia Dávila afirma actuar como apoderada general del señor Arturo Jiménez Garrido, para cuyo efecto protocolizó el poder general contenido mediante escritura pública 3198 otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Neiva, y constituir un patrimonio autónomo denominado FG 421.101.09-95-Fiducoop sobre el bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 200-93237 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Neiva y cédula catastral 01-06-008-0022-800, ubicado en la calle 23 N° 5-325 con una extensión de 20.000 metros cuadrados y alinderado como figura en la cláusula segunda de la mencionada escritura pública.

3. Libia Dávila Daza participa en el mencionado acto notarial a nombre y en ejercicio del poder general otorgado por Arturo Jiménez, en calidad de fideicomitente aportante del mencionado inmueble, Katherine Villarreal como representante legal de la sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. en calidad de fideicomitente beneficiaria y la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop en calidad de fiduciario.

4. Dentro de los documentos protocolizados al otorgar la escritura pública antes mencionada, obra a folio 27 el certificado 1.604 expedido por el notario primero encargado del Círculo de Neiva el 28 de septiembre de 1995, en el que se indica que el poder general conferido por Arturo Jiménez Garrido mediante escritura pública 3.198 otorgada en dicha notaría el 4 de octubre de 1991 se encontraba vigente.

5. A través de escritura pública 407 del 13 de febrero de 1996, de la Notaría Cincuenta y Nueve del Círculo de Santafé de Bogotá, se revocó en todas y cada una de sus partes el poder general otorgado por Arturo Jiménez Garrido a Libia Dávila Daza (cdno. pbas. 1, fl. 60).

6. El 2 de abril de 1996, Arturo Jiménez Garrido consintió en ceder a favor de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., el 100% de los derechos y obligaciones originados en el contrato de fiducia mercantil de garantía y comodato, constituido mediante escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995, (cdno. pbas. 1, fls. 41 y 42).

Para resolver sobre las pretensiones del demandante, así como sobre las excepciones de fondo propuestas por la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop y las propuestas por la Sociedad Comercializadora de Colombia Ltda., entra el tribunal a formular las siguientes consideraciones:

De las pruebas

Análisis del testimonio de Libia Dávila Daza (cdno. pbas. 2, fls. 61 a 89). Afirma tener experiencia en negociaciones en finca raíz y haber tenido relaciones comerciales con Arturo Jiménez. Ella declara haber estado en contacto con la fiduciaria por sugerencia de la comercializadora y entendido que celebraba contratos de fiducia y compraventa en forma simultánea y sobre el mismo bien.

No tiene dudas este tribunal acerca del entendimiento que la señora Dávila tenía de las operaciones realizadas en ejercicio del poder conferido por Arturo Jiménez, de donde se concluye que por lo menos ella no incurrió en error alguno de apreciación acerca de los negocios jurídicos celebrados en calidad de mandataria. Es más, ella misma realizó todas las diligencias correspondientes al estudio de la tradición del inmueble en ese entonces de propiedad de su poderdante Arturo Jiménez, así como las relacionadas con el registro de la fiducia mercantil en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

De igual modo, doña Libia gozó de la confianza de Arturo Jiménez no solo reflejada en el poder general que dio lugar al negocio jurídico hoy objeto de arbitramento, sino en negociaciones también sobre finca raíz en las que

según ella el señor Jiménez obtuvo apreciables resultados.

Análisis de la declaración de parte de Arturo Jiménez Garrido (cdno. pbas. 1, fls. 171 a 186).

El señor Jiménez manifestó que autorizó a Libia Dávila Daza a vender el lote objeto de enajenación. Que en ningún momento autorizó a Libia a celebrar un contrato de fiducia sino una venta “pura y simple”.

Análisis del testimonio de Guillermo Enrique Vergara Álvarez (cdno. pbas. 2, fls. 17 a 60).

Manifiesta que Arturo Jiménez le solicitó colaboración y asesoría en el negocio que motivó la integración del tribunal, para una negociación en la que una cuñada de él, negoció un lote de su propiedad ubicado en la ciudad de Neiva.

Según relata el declarante, la cuñada del señor Jiménez que no es otra que Libia Dávila Daza, “consintió que dentro de la modalidad de pago ... se celebrara un contrato de fiducia ...”.

Insistió varias veces en su declaración en que la voluntad de Arturo Jiménez fue la de vender el predio y no la de celebrar el contrato de fiducia.

Relacionó este declarante que uno de los consejos que le dio a Jiménez consistió en la revocatoria del poder general otorgado a Libia Dávila y que la elaboración del documento correspondiente se efectuó hacia finales de 1996.

Ocurrieron varias reuniones: Por lo menos dos en las oficinas de la empresa que gerenciaba Hernán Quiroga y en la que el declarante era subgerente y por lo menos una realizada en las oficinas de la fiduciaria.

En la primera de las reuniones apareció el señor Manuel Caballero quien manifestó la intención de cancelar el precio del inmueble que se había negociado.

Expresó que según le relató el demandante en este proceso arbitral, “la cuñada en alguna oportunidad le había colaborado con un proyecto que hizo allá”. Relató el deponente que el lo que esperaba era el cheque del precio del bien y que ejerciera el poder que le había conferido, aclarando que en ningún momento se consintió en la realización de operaciones de fiducia.

Indicó este declarante que el mismo abogado de la fiduciaria doctor Muñoz, aceptó que el proceder en la negociación había sido muy confuso, motivo por el cual a instancias del declarante, se elaboró un documento en el que se expresaba que Arturo Jiménez se relevaba de toda responsabilidad anterior o posterior a la escritura de constitución de la fiducia.

El doctor Vergara manifiesta haber sido quien recomendó redactar un documento que finalmente terminó siendo un contrato de cesión de los derechos de Arturo Jiménez en la fiducia.

En su recuento este declarante recalca varias veces que la mayor preocupación en los consejos que daba a Jiménez consistía en las responsabilidades que pudieran caberle por las obligaciones asumidas conjuntamente con el otro fideicomitente.

El mismo Vergara reconoce que “... el perjuicio económico principal que sufrió Arturo Jiménez ...” consiste en que a la fecha “... no ha recibido el pago de lo que vendió ...”.

Este declarante afirma que por los días de su intervención, finales de 1996, se hablaba de una promesa de compraventa sin firmas.

Al final de la diligencia se le pone de presente al testigo el documento que obra a folio 37 del cuaderno 1 de pruebas suscrito el 20 de noviembre de 1995. Este afirma que el no recuerda haber visto ese documento firmado como aparece en el expediente.

Análisis del testimonio de Luis Fernando Pradilla (cdno. pbas. 1, fls. 161 a 170).

El testigo relató al tribunal lo relacionado con una negociación con dólares, el giro de cheques sin fondos y al final el señor Danilo Marín le entrega un certificado de garantía fiduciaria que lo vincula al negocio jurídico que ocupa a este tribunal. Declaró que entregó un cheque por \$ 80.000.000 a Libia Dávila Daza.

Análisis del testimonio de Rodrigo Muñoz Montilla (cdno. pbas. 2, fls. 95 a 115).

Manifiesta que Arturo Jiménez recurrió a la fiduciaria con el fin de expresar su inconformidad por el no pago de una obligación respaldada por certificado de garantía emitido por la fiduciaria contra el patrimonio autónomo creado en virtud de la fiducia mercantil señalada en la demanda.

Expresó que en la fiduciaria él era el encargado, entre otras funciones, de atender los reclamos por el incumplimiento de las obligaciones respaldadas con certificados de garantía emitidos por la fiduciaria y que en general se encargaba de la parte operativa de los negocios.

Manifestó que en el caso del patrimonio autónomo conformado por un bien fideicomitido por Arturo Jiménez Garrido, se había tenido en cuenta un avalúo practicado por la inmobiliaria americana que había arrojado como resultado que el valor de dicho bien ascendía a la suma de mil novecientos millones de pesos (\$ 1.900.000.000).

Agregó que posiblemente por la solicitud de liquidación del fideicomiso, se procedió a efectuar un segundo avalúo, en esta oportunidad practicado por inmobiliaria OP, el cual arrojó como valor del bien fideicomitido, apenas la suma de ochocientos millones de pesos (\$ 800.000.000), ante lo cual la fiduciaria dispuso que no se expidieran más certificados de garantía los que en esa fecha ya alcanzaban el valor del nuevo avalúo.

Explica el deponente que la negociación en esta parte se adelantaba ante la fiduciaria por la señora apoderada de Arturo Jiménez y por la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., el abogado Manuel Caballero.

El apoderado del convocante pone de presente al doctor Muñoz, un documento que obra en el folio 95 del cuaderno de pruebas 1 y que aparece fechado el 30 de noviembre de 1995, en el que Libia Dávila Daza invocando el poder general otorgado por Arturo Jiménez, manifestó ceder los derechos y obligaciones pendientes del fideicomitente aportante, ante lo cual, el declarante afirmó que en el texto del contrato de fiducia se responsabilizaba al fideicomitente aportante del incumplimiento de las obligaciones por parte de Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., y ante esta circunstancia el señor Jiménez y su apoderada decidieron expresar su voluntad de ceder la totalidad de los derechos y obligaciones derivados del mencionado contrato de fiducia.

Como se puede apreciar en la declaración del señor Jiménez y en documentos aportados al proceso, si el mencionado convocante conoció el texto del contrato hasta el mes de febrero de 1996, lo más probable es que la fecha de la comunicación suscrita por la señora Dávila debe corresponder a una posterior a partir del conocimiento que afirma haber tenido del texto del contrato de fiducia y no del 30 de noviembre de 1995, día en que precisamente se otorgó el instrumento público mediante el cual se celebró el contrato de fiducia.

De igual modo, si Libia Dávila Daza suscribe en esa fecha el mencionado documento, llama la atención la conducta que asumió con posterioridad al 30 de noviembre de 1995, en el sentido de inscribir en la oficina de registro correspondiente la mencionada escritura, el 5 de diciembre de 1995 como consta en el folio 4 del cuaderno de pruebas 1 correspondiente al certificado de tradición y libertad del bien objeto de la constitución del patrimonio autónomo.

En este punto, no escapa al tribunal que el documento de contrato de cesión de derechos del convocante a la demandada Comercializadora Financiera Internacional de Colombia Ltda., aparece suscrito el 2 de abril de 1996, por Arturo Jiménez Garrido como cedente, Katherine Villarreal Barros representante legal de Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. como cesionaria y Lubin Linares Corredor, representante de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fiducoop como aceptante.

Lo anterior quiere decir que sin desconocer la existencia ni los efectos de lo pactado y hasta ese momento ejecutado del contrato de fiducia, los otorgantes del nuevo contrato así como quien suscribe en calidad de aceptante, entendieron que con ello subsanaban cualquier equivocación en la redacción del contrato de fiducia, y que Arturo Jiménez directamente, no a través de apoderado, a partir de ese momento no reclamaba las peticiones

formuladas en el sentido de pedir se le restituyera en su derecho de dominio sobre el bien fideicomitado, que consta en su comunicación de 18 de marzo de 1996 que obra a folio 47 del cuaderno de pruebas 1.

A folio 104 del cuaderno de pruebas 2, el mismo doctor Muñoz afirma en su declaración, coincidiendo en ello con la de Guillermo Vergara, que a través del contrato de cesión de derechos, se buscó subsanar la circunstancia de que en el contrato de fiducia se establecían responsabilidades por las obligaciones de Comercializadora Financiera Internacional Ltda., lo cual afectaba los intereses de quien figuraba como fideicomitente aportante.

Según se puede apreciar, se trataba de subsanar un error en el contrato, pero no de aquellos que versan sobre la naturaleza del que se celebró, ni sobre la identidad o calidad de cualquiera de las personas que concurrió al otorgamiento de la escritura 7011 del 30 de noviembre de 1995 a la que tantas veces se refiere este proveído.

A partir del contrato de cesión, por lo menos respecto de quienes lo suscribieron, Arturo Jiménez buscó quedar como titular de un certificado fiduciario de garantía que obra a folio 46 del cuaderno de pruebas 1 por trescientos veinticinco millones de pesos \$ 325.000.000, expedido con fecha 1° de abril y vencimiento 1° de mayo de 1996.

Si el mencionado contrato de cesión no se perfeccionó en su integridad, ante la imposibilidad de cumplir lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula quince del contrato de fiducia en el sentido de que quienes el contrato llama “beneficiarios”, comprendiendo por estos no solo al fideicomitente beneficiario Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., sino también a quienes hasta ese momento eran tenedores o poseedores de certificados de garantía, no es menos cierto que al suscribir Arturo Jiménez el mencionado documento, no solo reasumía en ese momento la personería otorgada a Libia Dávila Daza, sino también reconocía y ratificaba los actos realizados por esta en ejercicio del poder general que le sirvió para celebrar el contrato de fiducia.

La circunstancia de no haberse elevado a escritura pública el contrato de cesión, implica que no se cumplió con una de las obligaciones derivadas del mismo, probablemente por la renuencia que informa el demandante respecto de la falta de disposición para hacerlo por parte de los “beneficiarios” de certificados de garantía.

Análisis de otros elementos probatorios

A folios 231 a 263 del cuaderno de pruebas 1, figura el avalúo del bien negociado a través de fiducia en virtud de prueba solicitada por la convocante, decretada por el tribunal y practicada a través de los peritos Juan Agustín Carrizosa Tobar y Álvaro Camacho Martínez.

El informe correspondiente contentivo del avalúo además de la absolución del cuestionario formulado, estima que el valor del lote fideicomitado ascendía en noviembre de 1995 a la suma de mil millones de pesos \$ 1.000.000.000 y a junio de 1997, época en que se practicó la prueba pericial a mil doscientos millones de pesos \$ 1.200.000.000 con lo cual se desvirtúa el eventual perjuicio que hubiera podido configurarse a los tenedores de certificados de garantía fiduciaria.

Nulidad por falta de representación o consentimiento:

La parte demandante en el libelo de la solicitud de integración de este tribunal y en los alegatos de conclusión presentados en su oportunidad impetra la nulidad del contrato de fiducia mercantil por falta de representación o consentimiento.

Al respecto, el tribunal formula las siguientes consideraciones:

En virtud de las normas de la representación, lo ejecutado por una persona a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado los mismos efectos que si hubiere contratado él mismo (C.C., art. 1505).

Para que el acto realizado por el representante vincule en sus efectos al representado, es menester que aquel tenga poder de representación, o sea facultad para actuar a su nombre. Y esa voluntad puede emanar ora de la propia voluntad del representado, en los casos en que es capaz de expresar su consentimiento, ora de la voluntad de la ley, la cual, en los eventos de su incapacidad, confiere al representante atribución para que actúe a nombre del primero

(CSJ, S. Cas. Civil, sent. de sep. 5/72).

En el caso que nos ocupa, tenemos respecto del contrato de fiducia los siguientes elementos, para seguir lo expuesto por el profesor Gabriel Escobar Sanín (Negocios civiles y comerciales, T. I, Negocios de sustitución, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1985, págs. 199 a 208).

a) Preexistencia del poder: Evidentemente la escritura pública 3198 de la Notaría Primera de Neiva fue otorgada el 4 de octubre de 1991 con anterioridad al negocio jurídico que se impugna ante este tribunal y que corresponde al contenido en la escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995.

b) *Contemplatio domine*: El acto realizado por Libia Dávila Daza corresponde a una decisión unilateral de actuar en nombre ajeno en ejecución del poder que se le había conferido previamente y que se traduce en la declaración efectuada al celebrar el contrato de fiducia mercantil cuando se expresó que actuaba en representación de su mandante.

c) Tratándose de un negocio solemne como lo es el contrato de fiducia mercantil que implica la tradición de un bien inmueble, el poder correspondiente se protocolizó junto con la escritura que contiene el negocio jurídico ejecutado en virtud del mandato.

d) El negocio admite representación. No se encuentra impedimento legal para haber actuado el representante en ejercicio del mandato general y haber celebrado el contrato de fiducia mercantil.

e) Identidad entre el poder y el negocio representativo. Al analizar el poder, no cabe duda alguna acerca de la facultad otorgada referente a cualquier forma de enajenación de los bienes muebles o inmuebles de propiedad del mandante Jiménez Garrido. La conformación de un patrimonio autónomo indudablemente constituye una especie de enajenación perfectamente comprendida dentro de las facultades otorgadas por el poder general contenido en la escritura pública 3198.

f) Negocio en contraposición con los intereses del poderdante. Al respecto el artículo 838 del Código de Comercio consagra que el negocio jurídico concluido por el representante en manifiesta contraposición con los intereses del representado, podrá ser rescindido a petición de este, cuando tal contraposición sea o pueda ser conocida por el tercero con mediana diligencia o cuidado. En este evento, el dolo o la culpa no se predicán del apoderado sino del tercero o terceros con quienes ha contratado el mandatario. En lo que se refiere a la fiduciaria, no encuentra este tribunal que haya incurrido en dolo o culpa en perjuicio de los intereses del señor Jiménez Garrido. Tanto la apoderada general del señor Jiménez como la sociedad fiduciaria comprendían perfectamente el alcance del negocio jurídico que estaban celebrando, el mismo representado recibió un certificado de garantía en desarrollo del contrato, según consta en el expediente; exigió el pago de la obligación garantizada con la realización del bien y admitió a través de mandataria y directamente el precio dado al bien enajenado.

Respecto de Arturo Jiménez Garrido, podemos apreciar las siguientes conductas:

1. Otorga un poder general a Libia Dávila Daza, que incluye las más amplias facultades dispositivas sobre los bienes muebles e inmuebles de propiedad del poderdante, el 4 de octubre de 1991.
2. Recibe y aparece como beneficiario aportante del contrato de fiducia contenido en la escritura 7011 del 30 de noviembre de 1995, así como poseedor de un certificado de garantía emitido por Fidubancoop sobre el mismo bien fideicomitado.
3. El 13 de febrero de 1996, revoca el poder general que sirvió de base a la mandataria para celebrar el contrato de fiducia.
4. El 12 de abril de 1996, Arturo Jiménez Garrido cede “el 100% de los derechos y las obligaciones que en virtud del contrato de fiducia mercantil de garantía y comodato ...”.

En el documento correspondiente a la mencionada cesión, se indica que a partir de su suscripción el cedente “No asume ningún tipo de responsabilidad, obligación o compromiso presente o futuro, derivados de la condición de

fideicomitente aportante que adquirió en virtud del citado contrato, para con el cesionario, ni para con los acreedores, beneficiarios o la entidad fiduciaria denominada Fidubancoop S.A.”.

Al respecto, cabe observar que si se ha demandado la nulidad del contrato de fiducia, no se entiende cómo se ceden todos los derechos y obligaciones de un contrato sobre el cual se impetra una nulidad y en subsidio una simulación y aun así se invoca la cláusula compromisoria del mismo contrato que se pretende nulo, para estructurar sobre dicha estipulación un proceso arbitral que declare la pretendida nulidad o en su defecto se determine una simulación que no aparece probada en todo el acervo recopilado en la actuación. De igual modo, la pretendida cesión, implica un reconocimiento expreso de la validez del contrato de fiducia mercantil, así como de la vigencia de las obligaciones y derechos que de él se derivan.

Es notoria y explicable la insatisfacción de Arturo Jiménez derivada del no pago del precio del inmueble. Si bien existió un contrato de promesa de compraventa, este jamás se cumplió y por el contrario, las partes que lo suscribieron optaron por realizar y perfeccionar en su integridad el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura 7011 del 30 de noviembre de 1995.

El acto de enajenación del inmueble fue objeto del registro en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al inmueble, con lo cual se perfeccionó su tradición al patrimonio autónomo.

De igual modo el tribunal procedió a pagar el impuesto de timbre del contrato de cesión tal como fue decretado y como consta en el expediente, con lo cual se habilita para apreciar en toda su dimensión probatoria el documento contentivo de la mencionada expresión de voluntad.

Así las cosas, si Arturo Jiménez cedió como se afirma en el contrato de cesión, “el 100% de los derechos y las obligaciones” en el contrato de fiducia mercantil contenido en la citada escritura 7011, en términos jurídicos, de haberse perfeccionado dicho negocio en su integridad, habría dejado de ser parte en dicho contrato y en consecuencia, se afectaría su legitimación para actuar como fideicomitente aportante, quedando como cedente sin “ningún compromiso, responsabilidad, obligación o compromiso presente o futuro, derivados de la condición de fideicomitente aportante que adquirió en virtud del citado contrato”, como se expresa en la cláusula tercera del aludido contrato de cesión.

El contrato de cesión no se perfeccionó por falta de los requisitos establecidos por las mismas partes para su formación y perfeccionamiento.

Sin embargo, como en este proceso no se debate la existencia ni la validez de dicho acto, el tribunal lo valora como indicador del reconocimiento sobre la existencia de derechos y obligaciones de quienes lo suscribieron;

g) El representado debe ser determinado. En este caso indudablemente se da este elemento toda vez que Arturo Jiménez es una persona perfectamente identificada y por lo tanto determinada.

Del alegato de conclusiones presentado por el apoderado del demandante se destacan los siguientes argumentos :

1. No hubo consentimiento porque el representado nunca confirió poder especial a Libia Dávila Daza para transferir el dominio del inmueble a título de fiducia mercantil de garantía.

Al existir un poder general contenido en la tantas veces citada escritura pública 3.198 otorgada en la Notaría Primera de Neiva el 4 de octubre de 1991, vigente al celebrarse el contrato de fiducia mercantil según consta en la certificación expedida por la misma notaría bajo el 1.604 (cdno. 1 pbas., fl. 27), el cual solo fue revocado mediante escritura pública 407 del 13 de febrero de 1996 (el mismo cdno. pbas. antes mencionado, fl. 60) noviembre 30 de 1995 fecha de otorgamiento de la escritura pública 7011 de la Notaría Primera del Círculo de Bogotá, la señora Libia Dávila Daza, estaba legalmente habilitada para realizar el negocio jurídico objeto del instrumento últimamente citado, por ello la manifestación de consentimiento para celebrar el contrato de fiducia mercantil comprometió al Arturo Jiménez Garrido en los términos del artículo 1505 del Código Civil, cuando expresa que lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo.

De modo que si Arturo Jiménez Garrido tuvo la voluntad, intención e interés de celebrar un contrato de compraventa y su apoderada general estando facultada para enajenar, transfirió a Fiducoop el dominio de un bien de propiedad de su poderdante, las incomprensiones o falta de comunicación entre mandante y mandatario no pueden afectar las relaciones jurídicas establecidas entre dicha mandataria, quienes celebraron el contrato de fiducia mercantil y mucho menos frente a los derechos creados en favor de terceros que recibieron garantías sobre el bien objeto de fiducia.

Como se puede deducir de los planteamientos y pretensiones de la demanda y de los alegatos de conclusión expuestos por la parte convocante, la inconformidad con las actuaciones de Libia Dávila Daza, no corresponden a la competencia de este tribunal, sino a la responsabilidad que se le pueda deducir por las gestiones y negocios jurídicos celebrados y ejecutados en desarrollo del mandato a ella conferido ante autoridad competente, a través del procedimiento que corresponda de acuerdo con la ley.

La circunstancia de que Arturo Jiménez hubiera conocido el texto del contrato de fiducia hasta los meses de febrero o marzo de 1996, no afecta a terceros distintos del mandante y mandatario ni tampoco a los actos realizados.

Para el tribunal resulta explicable la inconformidad con la negociación efectuada por la mandataria Dávila Daza, en especial cuando se observa que el inmueble que era de propiedad de Arturo Jiménez se le dio un valor inicial de \$ 250.000.000, que posteriormente consintió en valorar los derechos derivados del mismo en \$ 350.000.000 y que de acuerdo con los avalúos practicados por los peritos designados por el tribunal, a la fecha de la negociación de la fiducia en noviembre de 1995, valían mil millones de pesos m/cte. \$ 1.000.000.000.

También se encuentra una confusa actuación por parte de quienes fueron tenidos en su momento como representantes o voceros de la Comercializadora Financiera de Colombia Ltda., quien a pesar de su calidad de demandada en este proceso, solo ha concurrido a él a través de la solución procesal de curador *ad litem*.

No comparte el tribunal que se hubiera probado concertación entre tales señores y la fiduciaria con el ánimo de causarle perjuicios al demandante o a terceros.

2. Que el poder general dado no es suficiente para transferir el dominio del inmueble por exceder los límites del mandato y que en efecto la constitución de la fiducia no es un acto propio del giro ordinario de los negocios de Arturo Jiménez, por lo que era necesario que este otorgara un poder especial para dicho efecto.

El poder general otorgado mediante escritura pública 3198 de 4 de octubre de 1991, se trata de un acto jurídico válido que produjo todos sus efectos por lo menos hasta la fecha de su revocatoria y la constitución de fiducia mercantil a través de mandatario o representante, no requiere de poder especial.

Son claras en el poder general cuya validez no se ha cuestionado, las facultades para enajenar los bienes de propiedad de Arturo Jiménez, así como la facultad de gravarlos, lo que significa que dentro de la generalidad del mandato otorgado, indudablemente se concedió la de utilizar una cualquiera de las formas de enajenación establecidas en la ley dentro de las cuales se encuentra la de la fiducia mercantil reglamentada en los artículos 1226 y subsiguientes del Código de Comercio.

El defecto en la representación o la extralimitación del representante, no afectan la validez de los actos realizados por este. Si se hubiera dado una de esas circunstancias, la ausencia de facultades o el exceso en su ejercicio, no invalidan el acto sino que comprometen personalmente al representante y por eso no puede entonces confundirse dicha falta o exceso con un vicio del consentimiento.

La falta o insuficiencia del poder o facultad generan, no invalidez del negocio, sino su inoponibilidad frente al presunto representado. En el caso que nos ocupa, tenemos que de un lado en el entender del tribunal, la mandataria sí estaba debidamente facultada para celebrar el negocio cuya validez se impugna en la demanda y del otro el propio mandante no solo pide el pago de la obligación garantizada por el bien fideicomitado, sino que además, cede los derechos y obligaciones derivados del mismo.

De igual modo, la extralimitación en el ejercicio del poder implica en los términos del artículo 841 del Código de

Comercio comprometen solamente al representante y en ese caso no opera la vinculación del representado, entretanto que los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con este y esta última es la situación en que se encontraba la señora Dávila Daza al otorgar la escritura 7011 contentiva de la fiducia mercantil.

Nulidad por error en la naturaleza o especie del contrato

1. La voluntad real de Arturo Jiménez era la de celebrar una compraventa y no un contrato de fiducia mercantil.

Siguiendo al profesor Luis Claro Solar (explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, T. X, Santiago de Chile, 1937, N° 963), “desde que el contrato se forma por la declaración de voluntad del representante que es el que concurre a su formación y perfeccionamiento, es también el representante el que hay que tomar en consideración para decidir sobre los vicios del consentimiento”. Sin embargo es de admitir que existen razones suficientes y a esa conclusión nos lleva la lógica jurídica, que también hay que tener en cuenta la expresión de voluntad del mandante para determinar la validez del mandato mismo y como consecuencia, poder establecer la solidez de los actos que realice el mandatario en ejercicio de la representación a él conferida. En esto último el tribunal comparte lo expuesto por los profesores Guillermo y Eduardo Ospina cuando sobre la representación la conciben en virtud de la “Teoría del órgano de expresión jurídica”.

No obstante, conviene distinguir entre las relaciones que vinculan al mandante con el mandatario y a aquel con terceros con quienes ha celebrado negocios jurídicos el mandatario en ejercicio de sus facultades, así como aquellas que han surgido respecto de terceros que no participaron en el negocio a través del cual se constituyó el patrimonio autónomo pero que en su desarrollo o ejecución resultaron como poseedores de certificados de garantía fiduciaria.

Si no estuvo viciado el consentimiento del mandante al otorgar el poder, como puede deducirse de la circunstancia de no haberse cuestionado la validez del acto de conferir el mandato, si el mandatario actuó dentro de los límites de su mandato el cual necesariamente comprendía en forma expresa la facultad de enajenar los bienes de propiedad del poderdante y si a su vez, en su declaración de voluntad al celebrar el contrato de fiducia mercantil no se demostró que ella hubiera incurrido en error respecto de la naturaleza y clase de contrato, tiene que concluir el tribunal que el negocio jurídico contenido es válido y deben respetarse los efectos jurídicos que ha producido frente a terceros, incluidos los tenedores o poseedores de los certificados de garantía fiduciaria.

Dada la claridad del poder general, el supuesto error hubiera podido predicarse de Libia Dávila Daza y no de Arturo Jiménez.

En los antecedentes aparece que Libia primero celebró un contrato de promesa de compraventa y luego el de fiducia, con lo cual obtenía que el promitente comprador accediera al crédito con garantía sobre el lote, para pagarle el precio a Arturo Jiménez y a su turno darle garantías por el saldo de dicho precio.

No parece que Libia hubiera confundido la naturaleza del contrato; es más, en su declaración no se observa que esta hubiera cometido el error expresado por el demandante.

Al comentar el evento de la contraposición del acto realizado al interés del representado, se debe tener en cuenta que el artículo 838 del Código de Comercio señala la acción rescisoria del negocio jurídico.

Error en la causa

El artículo 1524 del Código Civil define la causa como el motivo que induce al acto o contrato. Causa ilícita: la prohibida por la ley, o contraria a la buenas costumbres y al orden público.

Los artículos 1511 y 1512 del Código Civil, señalan las dos circunstancias que de acuerdo con nuestra legislación pueden determinar un vicio en el consentimiento que puede afectar la validez de un negocio jurídico por corresponder a los móviles determinantes que llevaron a la realización del acto o contrato.

En efecto, la primera de las disposiciones antes citadas establece que cuando “la sustancia o calidad esencial del

objeto sobre el que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree”, se configura un vicio que afecta la validez del acto o contrato. La norma ilustra a través del ejemplo consistente en que alguna de las partes supone que el objeto es una barra de plata, y realmente nos encontramos ante una masa de algún otro metal semejante. En el caso que nos ocupa no aparece que en el negocio jurídico de fiducia mercantil impugnado haya recaído sobre un bien distinto al que todos los contratantes buscaban negociar.

Del mismo modo, tampoco se encuentra que se haya confundido por los contratantes la calidad del bien negociado que debió ser el principal motivo de una cualquiera de ellas para contratar, con lo cual se concluye que no se configura el vicio descrito en el inciso 2º del artículo 1511 *ejusdem*.

De su lado, el artículo 1512 dispone que el error en cuanto a la persona con quien se tiene la intención de contratar vicia el consentimiento cuando la consideración de esa persona haya sido la causa principal del contrato. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que los errores sobre la persona afectan la validez del acto o contrato cuando dichos errores puedan predicarse tanto de la identidad como de las cualidades de la misma. El tribunal no infiere que en este caso se haya tratado de aquellos contratos *intuitu personae* ya que el contrato de fiducia impugnado versaba sobre un bien determinado en el que para nada incidía en forma determinante para celebrarlo la identidad o cualidades de la persona que figuraba como propietario antes de perfeccionar la correspondiente negociación.

La Corte Suprema de Justicia ratifica el concepto de causa, como los móviles determinantes del acto o negocio jurídico que han sido conocidos por las partes. Como se puede apreciar no hubo error alguno.

Los eventuales errores que se hubiera podido incurrir en la relación jurídica entre Arturo Jiménez y su apoderada, no tienen por qué trascender a la fiduciaria ni a terceros.

Dolo

El artículo 1515 del Código Civil indica que el dolo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y al respecto el artículo 63 *ibídem* lo define como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

No aparece probado el dolo en virtud del cual se hubiere inducido a Libia Dávila Daza a celebrar el contrato de fiducia mercantil, ni tampoco se probó durante este proceso, que la aludida mandataria hubiere tenido la intención de inferir injuria a su poderdante ni que se hubiera empeñado en causar daño a sus bienes. Cosa bien diferente y no corresponde a la órbita de este tribunal, sin dejar de llamar su atención, la diferencia de valores del bien admitidas algunas por su propio mandante y establecidas por los diversos peritazgos efectuados al bien objeto de negociación. En su declaración ella se manifiesta perfectamente consciente del acto o contrato que estaba celebrando. Era tal el conocimiento que tenía del negocio jurídico celebrado, que ella también realizó las diligencias relacionadas con su perfeccionamiento, sin que se hubiera probado el ánimo de dañar ni la persona ni los bienes de Arturo Jiménez Garrido.

El Valor del bien inicialmente fue estimado por \$ 250.000.000 al momento de la fiducia valía \$ 1.000.000.000 y \$ 1.200.000.000 a valores actuales, como se comprueba en el peritazgo practicado en este proceso. Al respecto se resalta además, que los créditos garantizados con el patrimonio autónomo constituido sobre el lote objeto de negociación, suman \$ 850 millones y en consecuencia todos pueden ser satisfechos en su capital e intereses, resaltando que el certificado de garantía a favor de la parte convocante ampara un crédito por \$ 325.000.000.

Objeto y causa ilícita. El demandante afirma que el negocio jurídico cuestionado buscaba elevar en más de siete veces el valor real del bien, (de \$ 250.000.000 a \$ 1.900.000.000), con el reprochable propósito de incrementar la capacidad de endeudamiento de una persona jurídica, defraudar la confianza de los establecimientos de crédito y que comerciantes otorguen créditos con base en dicho avalúo.

El peritazgo decretado y practicado por solicitud del mandante desvirtúa el cargo imputado, toda vez que como ya se advirtió, el valor del bien al momento de la negociación, así como el actual, cubren suficientemente el valor de las obligaciones garantizadas.

De igual modo, no se encuentra probada la ilicitud alegada respecto del objeto o de la causa del contrato objeto de juzgamiento.

Con base en los anteriores análisis y consideraciones el tribunal desecha las pretensiones relacionadas con la nulidad del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 7011 del 30 de noviembre de 1995.

Procede entonces analizar la petición subsidiaria de simulación impetrada en la demanda y corroborada en los alegatos de conclusión, presentados por la parte demandante o convocante:

De la simulación

Al decir de los profesores Ospina en la obra citada en esta providencia el mencionado concepto comprende “la discordancia entre la voluntad real (elemento interno) y su declaración (elemento externo)”, y “consiste en el concierto entre dos o más personas para fingir una convención ante el público, con el entendido de que esta no habrá de producir, en todo o en parte, los efectos aparentados ;o en disfrazar, también mediante una declaración pública, una convención realmente celebrada, con el ropaje de otro negocio diferente, o a camuflar a una de las partes verdaderas con la interposición de un tercero”.

Se afirma por los autores antes mencionados que las características de la simulación son:

- a) La divergencia entre la voluntad y su declaración pública;
- b) El concierto simulatorio entre los partícipes, y
- c) El propósito cumplido por estos de engañar a terceros.

Para que se de la primera característica se requiere que los agentes simuladores crean una ficción deliberadamente desprovista de toda eficacia entre ellos, o cuando el acto real se recubre con un ropaje que no le corresponde.

La verdad es que el contrato de fiducia mercantil según se ha analizado, coincide con la voluntad de quienes celebraron dicho contrato, así hubieran consentido en variar con posterioridad a su celebración lo relacionado con la responsabilidad de quien se denominó fideicomitente aportante.

Dentro del acervo probatorio, no se detecto que existiera ningún pacto oculto o que se hubiera dado la concertación para realizar actos aparentes, así como tampoco se encontró divergencias entre la voluntad y su declaración pública.

Del incumplimiento del contrato

El tribunal encuentra que la fiduciaria no solo cumplió con sus obligaciones contractuales sino también con las legales relacionadas con la validez del contrato celebrado. Se entiende que la mandataria general del demandante junto con los representantes de la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. fueron quienes propusieron el negocio de fiducia mercantil a Fidubancoop, así como que esta ultima entidad no solo facilitó la realización del negocio sino que además cuando se presentaron dificultades relacionadas con el pago de las obligaciones garantizadas y se expresaron inquietudes sobre la responsabilidad asumida por el fideicomitente aportante, busco la solución a las dificultades entre los fideicomitentes.

Es más evidentemente la fiduciaria propicio(sic) la práctica de los avalúos necesarios para tener certeza de que el valor del bien fideicomitado respaldara suficientemente las obligaciones soportadas en certificados de garantía y es así como la suficiencia de dicha garantía se refleja en el resultado del peritazgo practicado dentro de este proceso.

Los perjuicios que se pudieron ocasionar a Arturo Jiménez no son de responsabilidad de la fiduciaria, sino que provienen de relaciones jurídicas distintas a las derivadas del contrato de fiducia como son las relativas al contrato de mandato, la inconformidad con su ejercicio o los incumplimientos de las obligaciones garantizadas; todos estos son aspectos que tienen que ver con el contrato de fiducia únicamente en la realización o dación en pago del bien fideicomitado, reglamentadas en las cláusulas 19 y 20 del contrato impugnado.

Alegato de conclusión presentado por el apoderado de Luis Fernando Pradilla Rodríguez, doctor Luis Fernando Salazar

Insiste el memorialista en que el tribunal al disponer la citación de los terceros titulares de los certificados de garantía a este proceso arbitral, determino una citación que es a todas luces violatoria de la ley.

Soporta su argumento en que el artículo 1234 del Código de Comercio consagra como deber indelegable del fiduciario, el llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra los actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente.

Como se puede apreciar, durante el transcurso del trámite arbitral, la fiduciaria ha asumido la defensa de los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de que los terceros referidos por este apoderado se hayan adherido al pacto arbitral y contribuido a lograr que el proceso pueda concluir dentro de los parámetros legales aplicables al conflicto que se busca dirimir.

Para el tribunal no hay incompatibilidad entre la defensa asumida por la fiduciaria y el acatamiento de lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, al entender que el debate planteado por el demandante podría generar efectos de cosa juzgada a los titulares de certificados en garantía y por lo tanto entendió su deber vincularlos como terceros.

Resulta previsible que en evento en que puedan prosperar las pretensiones de un demandante, mal puede quien tiene la responsabilidad de juzgar, hacer caso omiso de la existencia de terceros que podrían verse afectados con la decisión del tribunal sin facilitar su intervención en el proceso.

Lo anterior no implica desconocer lo dispuesto en el artículo 1234; la circunstancia de que la ley no permita la delegación de la personería atribuida al fiduciario, en ningún momento puede impedir que los terceros asuman directamente si así lo consideran la defensa de sus intereses en la controversia que puede afectar su garantía.

En cuanto a los argumentos que versan sobre el fondo del asunto debatido, el tribunal los encuentra ajustados a su apreciación en la controversia que en este caso nos ocupa, como se podrá corroborar en el contenido de esta providencia.

Alegato de conclusión del apoderado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, doctor Jaimer Hernando Peña Álvarez

El juzgado encuentra también compatibles con sus planteamientos los expuestos por el memorialista y por ello ha acogido varios de ellos en el presente proveído.

Así las cosas, encuentra el tribunal que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, y así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias entre Arturo Jiménez Garrido, de una parte, y la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda. y la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia S.A. Fidubancoop, de la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Negar íntegramente las pretensiones de la demanda.
2. Declarar parcialmente probadas las excepciones propuestas por la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop.
3. Declarar parcialmente probadas las excepciones de mérito enunciadas por la Sociedad Comercializadora Financiera de Colombia Ltda.
4. Condenar en costas a la parte demandante, en favor de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia,

Fidubancoop y de los señores Álvaro Barrera Rueda, Luis Fernando Pradilla y la Caja Agraria, sucursal Galerías, cuya liquidación se hará a continuación.

5. Disponer la protocolización del expediente en la notaría que elija el señor presidente del tribunal. Si las sumas destinadas a esta protocolización no fueren suficientes, la parte demandante queda obligada a pagar el excedente a la orden del presidente del tribunal.

6. Expedir copias autenticas de este laudo a cada parte y una adicional para el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

7. Una vez vencidos los términos legales, entréguese a los árbitros y a la secretaria el saldo de sus honorarios.

8. En el supuesto que las sumas causadas por los gastos del tribunal sean inferiores a las fijadas, se reembolsará a las partes lo que les corresponda.

Liquidación de las costas:

Como agencias en derecho para el apoderado de la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, se fija la cantidad de \$ 15.000.000 quince millones de pesos.

Para el apoderado del señor Álvaro Barrera Rueda, doctor Juan Pablo Riveros Lara, la cantidad de \$ 5.000.000 cinco millones de pesos.

Para el apoderado de Luis Fernando Pradilla, doctor Luis Fernando Salazar, la cantidad de \$ 5.000.000 cinco millones de pesos.

Para el apoderado de la Caja Agraria, sucursal Galerías, doctor Jaime Peña, la cantidad de \$ 5.000.000 cinco millones de pesos.

Como honorarios del curador *ad litem* de la Sociedad Comercializadora de Colombia Ltda., doctor Ricardo Vanegas Beltrán, se señala la suma de \$ 150.000.

A cargo del demandante Arturo Jiménez Garrido y a favor de la demandada Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, se determinan las siguientes sumas, previa su liquidación así:

Consignado por la Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop	\$ 4.000.000
Agencias en derecho	\$ 15.000.000
Reembolso del pago del impuesto de timbre del contrato de cesión entre Arturo Jiménez y la Sociedad Comercializadora de Colombia	\$ 421.000
Total en favor de Fidubancoop	\$ 19.421.000

Las sumas a cargo del demandante y en favor de quien corresponden conforme esta providencia, deberán ser pagadas por el señor Arturo Jiménez Garrido dentro de los treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

Según informe de secretaría, luego de descontados todos los gastos incurridos por el tribunal, la partida que queda para la protocolización del expediente es de \$ 1.117.750.

Notifíquese y cúmplase.
