

Laudo Arbitral

Compañía de Servicios Funerarios Ltda.

v.

UCN, Sociedad

Fiduciaria S.A. & Daewoo Corporation

Abril 10 de 2001

Bogotá, D.C. diez (10) de abril de dos mil uno (2001)

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998, y agotado el trámite legal, se procede por el Tribunal de Arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido de una parte por la sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda. v. UCN Sociedad Fiduciaria S.A., & Daewoo Corporation por razón del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la sociedad UCN. Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la Notaría Pública Cuarenta y Dos (42), previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares.

## CAPÍTULO I

### A. Antecedentes

#### 1. El Tribunal de Arbitramento

El día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por conducto de apoderado especial solicitó la convocatoria de este tribunal al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante la presentación de la demanda respectiva con fundamento, en la cláusula vigésimo tercera (23<sup>a</sup>) del contrato suscrito por las partes que corresponde a la cláusula compromisoria. El director del centro admitió la demanda.

La junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, designó como árbitros para conformar el Tribunal de Arbitramento a los doctores Lisandro Peña Nossa, Fernando Montoya Mateus y Carlos Alberto Navia Raffo, quienes aceptaron en su oportunidad legal.

Por no existir ánimo conciliatorio sobre las pretensiones de la demanda durante la audiencia citada a tal efecto por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se instaló el tribunal el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil (2000) a las dos y treinta de la tarde (2:30 p.m.) en sesión realizada en sus oficinas, con asistencia de los árbitros designados, de los apoderados de la partes y de un representante del centro de arbitraje. En tal audiencia se nombró como presidente al doctor Lisandro Peña Nossa y como secretaria a la doctora Laura Michelsen Niño quien tomó posesión de su cargo el día dos (2) de febrero de dos mil uno (2001). Durante la audiencia de instalación, se fijaron las sumas para honorarios de árbitros y secretario, gastos y protocolización. Se fijó la sede del tribunal en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Mediante providencia de fecha dos (2) de febrero de dos mil uno (2001), se fijó como sede de la secretaría del tribunal las oficinas de la doctora Laura Michelsen Niño.

Durante el término previsto en el primer inciso del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 para el pago de las sumas decretadas, la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., consignó la suma que por honorarios y funcionamiento del tribunal le correspondía. Dentro del término previsto en el inciso 1º del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 para el pago de las sumas decretadas, las partes convocadas no consignaron la suma que por

honorarios y funcionamiento del tribunal les correspondía. Dentro del término previsto en el inciso 2º del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, la parte convocante consignó la suma que por honorarios y funcionamiento del tribunal le correspondía a las partes convocadas, impidiendo de esta manera la disolución del tribunal.

## 2. El proceso arbitral

### 2.1. Competencia

La primera audiencia de trámite se inició el día ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en el acta 2, y se finalizó el día nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), en la cual el tribunal asumió competencia para conocer las diferencias surgidas entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., v. UCN, Sociedad Fiduciaria S.A. & Daewoo Corporation, con ocasión del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la notaría pública cuarenta y dos (42).

### 2.2. Partes procesales

Compañía de Servicios Funerarios Ltda., es una sociedad comercial con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, departamento de Cundinamarca, constituida mediante escritura pública ocho mil noventa y dos (8.092) de fecha veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos ochenta y seis (1986), otorgada en la Notaría Pública Novena (9ª) del círculo de Bogotá. Comparece al proceso a través de su representante legal el señor Armando Franco Lindarte, en su calidad de gerente, quien confirió poder para la actuación judicial al doctor Daniel Posse Velásquez. Obra en el expediente el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y original del documento de poder debidamente otorgado con presentación personal ante notario público.

UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., es una sociedad comercial con domicilio en Bogotá, D.C., constituida mediante escritura pública seiscientos cincuenta y ocho (658) de fecha veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), otorgada en la Notaría Pública Veintisiete (27) del círculo de Bogotá, D.C. Comparece al proceso a través de su presidente el señor Hollman Enrique Ortiz González, quien confirió poder para la actuación judicial al doctor Pablo Édgar Galeano Calderón. Obra en el expediente el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, certificado de existencia expedido por la (\*) Superintendencia Bancaria, y original del documento de poder debidamente otorgado con presentación personal ante notario público.

Daewoo Corporation, es una sucursal de la sociedad extranjera Daewoo Corporation domiciliada en Sevi (Corea). La sucursal Daewoo Corporation se estableció mediante escritura pública setecientos ochenta y uno (781) del diecinueve (19) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) en la notaría pública treinta y uno (31) de Bogotá, D.C. Comparece al proceso a través de su curador *ad litem*, el doctor Rodrigo Arteaga de Brigard, quien fue designado por la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia de fecha tres (3) de marzo de dos mil (2000), una vez que se realizó el emplazamiento al representante legal de la sociedad Daewoo Corporation, sin que el mismo compareciera. Obra en el expediente el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. En relación con esta sociedad, vale la pena señalar que la representante legal de la misma ha intervenido activamente durante la etapa de conciliación y en el desarrollo del proceso, en el interrogatorio de parte, así como en la diligencia de inspección judicial y en el suministro de información y documentación al tribunal. No obstante, Daewoo Corporation compareció al proceso conforme se indicó arriba, a través de curador *ad litem*.

### 2.2. Las pruebas del proceso

Fueron decretadas y practicadas en el proceso las siguientes:

2.2.1. Documentales. Se tuvieron como pruebas en el valor que la ley les asigna, los documentos acompañados por la sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., con la demanda relacionados en el numeral 1º del capítulo

VII de pruebas, los documentos acompañados por la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en la contestación de la demanda relacionados en el numeral 5.1 medios de prueba y 4.1 de la demanda de reconvenición, así como los documentos acompañados por la Sociedad Daewoo Corporation en la contestación de la demanda relacionados en el acápite 5, numeral 1° de la solicitud de pruebas. Así mismo, se tuvieron en cuenta en el valor que la ley les asigna los documentos aportados al proceso durante la diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., cuaderno de pruebas 2 (fls. 1 al 399) y 3 (fls. 1 al 421), los documentos aportados al proceso durante la diligencia de inspección judicial en las instalaciones de la sociedad Daewoo Corporation cuaderno de pruebas 4 (fls. 1 al 29), así como los documentos que durante el desarrollo de la inspección judicial previa exhibición de documentos el tribunal le solicitó a la representante legal de la sociedad Daewoo Corporation, los cuales fueron recibidos por secretaría el día ocho (8) de marzo de dos mil uno (2001) y que obran en los cuadernos de pruebas 5, anexo 1, (fls. 1-201), anexo 2, (fls. 1-76), anexo 3, (fls. 1-154) y anexo 4, (fls. 1-202 y 1-25) de la contraportada izquierda, y los documentos aportados al proceso durante la diligencia de inspección judicial realizada en las instalaciones de la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., los cuales obran en el cuaderno de pruebas 6 (fls. 1 al 30).

2.2.2. Oficios. Mediante oficio 1 de fecha trece (13) de febrero de dos mil uno (2001) se le solicitó al Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, remitir con destino al tribunal una certificación sobre el índice de precios al consumidor (IPC) vigente para el año dos mil (2000), la cual fue recibida en la secretaría el día seis (6) de marzo de dos mil uno (2001).

Igualmente, mediante oficio 2 de fecha trece (13) de febrero de dos mil uno (2001), se le solicitó a la notaría pública cuarenta y dos (42) expidiera copia de la escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), la cual fue recibida en la secretaría el día quince (15) de febrero de dos mil uno (2001). De otro lado, mediante oficio 4 de fecha trece (13) de febrero de dos mil uno (2001), se le solicitó al registrador de instrumentos públicos de Bogotá, D.C. zona sur, inscribir la medida cautelar de inscripción del proceso en el folio de matrícula 50S-831205, realizándose dicha inscripción el día diecinueve (19) de febrero de dos mil uno bajo radicación 2001-10505.

2.2.3. Testimonios. El tribunal decretó a solicitud de la convocante tres (3) testimonios de los cuales únicamente se practicó el de Ernesto Vanegas Gaitán (acta 8). El apoderado de la sociedad convocante desistió de los testimonios de Sandra Patricia Duarte y Martha Cecilia Gómez Russo (acta 8). A solicitud del curador *ad litem* de Daewoo Corporation se practicaron los testimonios de Hernando Carvajal Prieto y Felipe Durana Prieto (acta 4).

2.2.4. Interrogatorio de parte. El tribunal decretó a solicitud de la convocante interrogatorios de parte a los representantes legales de las sociedades UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., y Daewoo Corporation, los cuales se practicaron el día diecinueve (19) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en el acta 4. A solicitud del apoderado de la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., el cual se practicó según consta en el acta 8.

2.2.5. Inspección judicial con exhibición de documentos. La sociedad convocante solicitó que se llevara a cabo inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de las sociedades UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., y en las instalaciones de la Sociedad Daewoo Corporation. La inspección en la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., se realizó el día veintiuno (21) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en acta 5. La inspección en la sociedad Daewoo Corporation se llevó a cabo el día veintidós (22) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en acta 6. El curador *ad litem* de la sociedad Daewoo Corporation solicitó que se llevara a cabo inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la cual se llevó a cabo el día veintitrés (23) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en acta 7. Durante las tres inspecciones judiciales se recibieron documentos que se encuentran en los cuadernos de pruebas 2 (fls. 1-399), cuaderno de pruebas 3, (fls. 1-421), cuaderno de pruebas 4, (fls. 1-29) y cuaderno de pruebas 6, (fls. 1-30). La Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., solicitó se llevara a cabo una inspección judicial en asocio de peritos a los libros del fideicomiso denominado “Fiducia Compañía de Servicios Fiduciarios Ltda., Fiduempresa S.A.”, prueba que fue negada por el tribunal mediante auto de fecha nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), por recaer sobre documentos que obran en manos del demandante de conformidad con lo previsto por el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil que impone a las partes la obligación de aportar los

documentos que obren en su poder, en concordancia con el numeral 6° del artículo 77 que establece que los documentos en poder de las partes deben ser anexados a la demanda. Contra dicho auto se interpuso recurso de reposición por el apoderado de la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., siendo confirmado el mismo por el tribunal. El curador *ad litem* de la sociedad Daewoo Corporation solicitó se llevara a cabo una inspección judicial en las instalaciones de la Sociedad Distribuciones El Apogeo Ltda., prueba que fue negada por el tribunal mediante auto de fecha nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), toda vez que la Sociedad Distribuciones El Apogeo Ltda., no es parte dentro del proceso y así mismo no se ejercitó la acción exhibitoria de conformidad con lo establecido en el artículo 283 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Contra dicho auto se interpuso recurso de reposición por el curador de Daewoo Corporation, siendo confirmado el mismo por el tribunal.

2.2.6. Dictamen pericial. Mediante acta 3 de fecha nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001), se decreto la práctica del dictamen pericial sobre el inmueble objeto del contrato de fiducia, solicitado por la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda. Sin embargo, mediante comunicación dirigida por el apoderado de la sociedad solicitante se desistió de la práctica de dicha prueba, desistimiento que fue aceptado en el acta 4 de fecha diecinueve (19) de febrero de dos mil uno (2001).

### 2.3. Los alegatos de conclusión

Los señores apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión, reiteraron sus posiciones iniciales refiriéndose al resultado de las pruebas practicadas dentro del proceso y a diversas argumentaciones jurídicas. El tribunal, a lo largo de esta providencia, hará referencia a todas ellas como parte de sus consideraciones.

### 2.4. Término del proceso arbitral

El tribunal se encuentra dentro del término legal de seis (6) meses para proferir el fallo. La primera audiencia de trámite se inicio el día ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001), según consta en el acta 2, y se finalizó el día nueve (9) de febrero de dos mil uno (2001).

## 3. Pretensiones y excepciones

3.1. Pretensiones formuladas en la demanda. A continuación se transcriben las pretensiones formuladas en la demanda:

“Pretensiones principales

1. Que se declare que la totalidad del contrato de fiducia mercantil denominado Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A., que consta en la escritura pública 7694 del 17 de agosto de 1995 de la Notaría Pública Veintinueve (29) del Círculo de Santafé de Bogotá, es inoponible frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por haber sido suscrito el contrato por una persona que al momento de suscribir el contrato no tenía representación legal de dicha compañía”.
2. Que como consecuencia de la primera pretensión, se declare que la transferencia a título de fiducia mercantil del inmueble objeto del contrato mencionado en la pretensión anterior, e identificado con la cédula catastral BS-430 S-661 y con los 66A 28/32/36 de la Avenida 1° de Mayo, alinderado como aparece en la escritura pública de constitución de la fiducia, y al cual le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria 50S-0831205, es inoponible a Compañía de Servicios Funerarios Ltda.
3. Que como consecuencia, se ordene al registrador de instrumentos públicos cancelar la inscripción de la escritura pública 7694 del 17 de agosto de 1995 de la Notaría 29 de Bogotá, inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria 50S-831205 correspondiente al inmueble mencionado en los dos numerales anteriores, inscripción que figura en dicho folio como anotación 3 y bajo la radicación 95-69453.
4. Que como consecuencia, se declare la inoponibilidad frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos por la Sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., en desarrollo del contrato de fiducia ya mencionado.

5. Que como consecuencia, se ordene a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de enajenar los bienes fideicomitidos y en general de hacer efectiva la garantía fiduciaria.

6. Que como consecuencia, se declaren inoponibles todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo del contrato de fiducia, y en especial cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda.

7. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Primer grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la nulidad relativa de la totalidad del contrato de fiducia mercantil denominado Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A., que consta en la escritura pública 7694 del 17 de agosto de 1995 de la Notaría Pública 298299 (sic) del Círculo de Santafé de Bogotá, frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por haber sido suscrito el contrato por una persona que no ejercía la representación legal de la compañía.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del contrato, se ordene la restitución de las cosas a su estado anterior, ordenando para ello lo siguiente:

2.1. Que se anule la transferencia a título de fiducia mercantil del inmueble objeto del contrato de fiducia tantas veces mencionado, e identificado con la cédula catastral BS-430 S-661 y con 66A 28/32/36 de la Avenida 1° de Mayo, alinderado como aparece en la escritura pública de constitución de la fiducia, y al cual le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria 50S-0831205.

2.2. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a anotar que no tiene validez la inscripción del contrato de fiducia que figura como anotación 3 del folio de matrícula inmobiliaria 50S-831205 y con la radicación 95-69453.

2.3. Que se anulen los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos por la Sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., en desarrollo del contrato de fiducia ya mencionado.

2.4. Que se anulen todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo del contrato de fiducia, y en especial de cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda.

2.5. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a anotar que no tienen validez las inscripciones de actos de transferencia del dominio anulados según la pretensión 2.4 anterior.

3. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Segundo grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primer grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la inoponibilidad frente a Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de los siguientes apartes del contrato de fiducia mencionado, ya que el representante legal suplente de dicha sociedad excedió sus facultades

estatutarias para representarla al aceptar dichos apartes; los apartes que pido declarar inoponibles son los siguientes:

1.1. Toda la consideración tercera del contrato.

1.2. Las palabras de la cláusula sexta y su párrafo que resalto en negrilla y subrayo a continuación.

Cláusula sexta. Objeto. El fiduciante transfiere el bien (o bienes) descrito en la cláusula primera del presente contrato con el objeto de garantizar al beneficiario inicial y/o otros beneficiarios el pago de los créditos que el beneficiario inicial y/o otros beneficiarios, hayan entregado o entreguen al fiduciante en calidad de mutuo comercial con intereses, según el título de que trata la consideración tercera del presente instrumento y demás títulos de deuda a que haya lugar junto con sus intereses corrientes o moratorios, costos financieros, honorarios de abogado o cualquier otra prestación que se derive de dichos títulos, para lo cual el fiduciante autoriza expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para que en caso de incumplimiento y en especial si el fiduciante y/o el deudor no devuelve el capital mutuado ...

PAR.—No obstante el objeto anteriormente enunciado, los bienes fideicomitados podrán servir como fuente de pago de las obligaciones garantizados por el fideicomiso, en el evento en que el fiduciante o el deudor no paguen o se presenten algunas de las circunstancias que más adelante se enumeran.

1.3. En la cláusula undécima, todas las referencias al deudor.

2. Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se declare la inoponibilidad frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos a favor de Daewoo Corporation por la Sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., en desarrollo de dichos apartes del contrato de fiducia.

3. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se ordene a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de enajenar los bienes fideicomitados y en general de hacer efectiva la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados.

4. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se declaren inoponibles todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de la Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo de la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados, y en especial cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda.

5. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a cancelar las inscripciones de actos de transferencia del dominio declarados inoponibles según la pretensión 4 anterior.

6. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Tercer grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primer y segundo grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la nulidad relativa de la consideración tercera y de las palabras contenidas en las cláusulas sexta y undécima del contrato de fiducia indicadas en la pretensión primera del segundo grupo de pretensiones subsidiarias, ya que el representante legal suplente de dicha sociedad excedió sus facultades estatutarias para representarla al aceptar dichos apartes.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos apartes del contrato, se ordene la restitución de las cosas a su estado anterior, ordenando para ello lo siguiente:

2.1. Que se anulen los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos por la sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., en desarrollo de los apartes anulados del contrato de fiducia ya mencionado.

2.2. Que se ordene a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de enajenar los bienes fideicomitidos y en general de hacer efectiva la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados.

2.3. Que se ordene la anulación de todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo de la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados, y en especial de cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda.

2.4. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a anotar que no tiene validez las inscripciones de actos de transferencia del dominio anulados según la pretensión 2.3 anterior.

3. Que se condene a los demandados al pago del las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Cuarto grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primero, segundo y tercer grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la inoponibilidad frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos a favor de Daewoo Corporation por la Sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., ya que el representante legal de aquella sociedad excedió sus facultades estatutarias para representarla al solicitar la expedición de dichos certificados.

2. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se ordene a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de enajenar los bienes fideicomitidos y en general de hacer efectiva la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados.

3. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se declaren inoponibles todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de la Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo de la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de Fiducia anteriormente mencionados, y en especial cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda que se llegue a celebrar por dicha fiducia en desarrollo de dichos certificados.

4. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a cancelar las inscripciones de actos de transferencia del dominio declarados inoponibles según la pretensión 3 anterior.

5. Que se condene a los demandados al pago del las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Quinto grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primero, segundo, tercero y cuarto grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la nulidad relativa de los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos a favor de Daewoo Corporation por la Sociedad Fiduciaria Empresarial, Fiduempresa S.A., ya que el

representante legal de la Compañía de Servicios Funerarios Ltda., excedió sus facultades estatutarias para representarla al solicitar la expedición de dichos certificados.

2. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se ordene a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de enajenar los bienes fideicomitidos y en general de hacer efectiva la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados.

3. Que como consecuencia de la primera declaración anterior, se anulen todos los actos jurídicos que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de la Fiduciaria Empresarial S.A., o su sucesora UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., en desarrollo de la garantía fiduciaria contenida en los dos certificados de fiducia anteriormente mencionados, y en especial cualquier acto de transferencia del dominio del inmueble entregado en fiducia e identificado en el hecho 2.7 de la presente demanda.

4. Que en consecuencia se oficie a la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá para que proceda a anotar que no tienen validez las inscripciones de actos de transferencia del dominio anulados según la pretensión 3 anterior.

5. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Sexto grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primero, segundo, tercero, cuarto y quinto grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare la resolución del contrato de fiducia celebrado entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., como consecuencia de cualquiera de los siguientes incumplimientos del mismo por parte de la fiduciaria:

a) la expedición de certificados de fiducia a favor de Daewoo Corporation solicitados por el representante legal Compañía de Servicios Funerarios Ltda., excediendo los límites de sus facultades estatutarias en relación con el objeto social y la cuantía del acto;

b) la expedición de los referidos certificados 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 para garantizar obligaciones distintas a aquellas derivadas de un contrato de mutuo en violación del objeto del contrato de fiducia, y

c) la iniciación de la ejecución de la garantía para el pago de unas obligaciones distintas a las garantizadas en los certificados de fiducia 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos a favor de Daewoo Corporation.

2. Que como consecuencia de la resolución del contrato, se ordene la restitución a la Compañía de Servicios Funerarios Ltda. de la posesión y dominio pleno del inmueble identificado en el hecho 2.7 de esta demanda; en consecuencia ordénese oficiar a la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, para que inscriba la transferencia del dominio derivada de la sentencia que declare la resolución del contrato de fiducia.

3. Que en consecuencia, se declaren resueltos todos y cada uno de los actos de enajenación del inmueble citado que se hubieren celebrado antes de la sentencia por parte de UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.

4. Que se condene solidariamente a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A. y a Daewoo Corporation a pagar a Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la indemnización plena de los perjuicios que se prueben dentro del proceso, que se hayan causado o que se llegaren a causar durante el proceso, como consecuencia de la ejecución de la garantía fiduciaria con base en los certificados de fiducia emitidos a favor de Daewoo Corporation ya mencionados; incluyendo la indexación de los perjuicios para indemnizar la pérdida de poder adquisitivo del dinero.

5. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.



## “Séptimo grupo de pretensiones subsidiarias

En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales ni todas las del primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto grupo de pretensiones subsidiarias atrás señaladas, solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

1. Que se declare extinguida la garantía fiduciaria contenida en los certificados de fiducia en garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 expedidos a favor de Daewoo Corporation, por haberse ampliado el plazo de la obligación principal garantizada sin que mediara el consentimiento previo y expreso de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., fideicomitente del inmueble gravado para garantizar dicha obligación, ni de la Sociedad Fiduciaria UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.
2. Que en consecuencia, se declaren resueltos todos y cada uno de los actos de enajenación del inmueble citado en el hecho 2.7 de esta demanda, ejecutados por UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., para hacer efectiva la garantía a solicitud de Daewoo Corporation.
3. Que se condene solidariamente a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., y a o Daewoo Corporation a pagar a Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la indemnización plena de los perjuicios que se prueben dentro del proceso, que se hayan causado o que se llegaren a causar durante el proceso, como consecuencia de la ejecución de la garantía fiduciaria con base en los certificados de fiducia ya mencionados; incluyendo la indexación de dichos perjuicios para indemnizar la pérdida de poder adquisitivo del dinero.
4. Que se condene a los demandados al pago del las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

3.2. Pretensiones formuladas en la demanda de reconvención por UCN, Sociedad Fiduciaria S.A. A continuación se transcriben las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención:

Primera. Declarar la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, celebrado por la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., entidad de derecho mercantil, creada por escritura pública 8.092 del 26 de noviembre de 1986, otorgada en la Notaría Novena (9) del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C., inscrita el 15 de diciembre de 1986 bajo el 202.400 del libro IX en la Cámara de Comercio de Bogotá, con domicilio principal en Santafé de Bogotá, D.C., y representada por el suplente del gerente Carlos Durana Prieto, siendo mayor de edad, vecino y domiciliado en esta ciudad, en calidad de fiduciante y la Sociedad Fiduciaria Empresarial, S.A., Fiduempresa S.A., de las condiciones civiles anotadas, como fiduciaria, según consta en la escritura pública número siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), otorgada en la Notaría Veintinueve (29) del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C., por medio de la cual se constituyó el patrimonio autónomo denominado “fiducia Compañía de Servicios Funerarios S.A.”, por medio del cual se transfirió a favor de mi patrocinada el siguiente bien:

“... el derecho de dominio y la posesión material que tiene y ejerce sobre el bien inmueble que a continuación se describe: Un lote terreno y la edificación en él levantada. El lote terreno es el que conforma la manzana número cuarenta y tres (43) de la urbanización conocida con el nombre de Barrio Carvajal segundo sector en la jurisdicción de la zona de Bosa, Bogotá, Distrito Capital en una superficie de dos mil cuarenta y nueve metros cuadrados cincuenta y nueve decímetros cuadrados (2.049.59 m<sup>2</sup>), aproximadamente cuyos linderos generales, luego de haberse segregado setenta y un metros cuadrados con ochenta decímetros cuadrados (71.8 m<sup>2</sup>) de la afectación vial y cuatrocientos veintitrés metros cuadrados sesenta y tres decímetros cuadrados (423.63 m<sup>2</sup>), entregados al Distrito Capital de Bogotá, con destino a un parque, son los siguientes: Norte, en cincuenta y cuatro metros diez y ocho centímetros (54.198 m), con la transversal sesenta y cuatro A (tv. 64A). Suroriente, en cuarenta y siete metros sesenta y cuatro centímetros (47.64 m) con la calle veintinueve sur (cl. 29 sur). Sur, en cuarenta y tres metros ochenta y cinco milímetros (43.085 m) en línea quebrada y con zona de uso público cedida al Distrito Capital, para un parque, y por el Occidente, en sesenta y un metros doce centímetros (61.12 m), con la avenida de la Primera de Mayo. Dicho predio está identificado con la cédula catastral BS 430 S 661. La edificación está distinguida en la nomenclatura urbana de Bogotá, con los números sesenta y seis A veintiocho / treinta y dos / treinta y seis (66 a 28/32/36) de la Avenida Primero de Mayo, tiene un área libre de un mil seiscientos metros con cuarenta y cinco

centímetros (1.600,45 m<sup>2</sup>) destinada a zona de parqueo, jardines y plazoleta y un área construida hasta ahora de novecientos metros cuadrados (900 m<sup>2</sup>), aproximadamente y cuenta con planos aprobados para desarrollar una edificación en semisótano y tres (3) pisos con la siguiente distribución: Semisótano, zona para parqueaderos público y privados, zona de exhibición y ventas, depósito, morgue, baños y vestieres de empleados, cuarto de bombas, tableros de aseo y un tanque de reserva de agua. Primer piso, tiene un área para desarrollar ocho (8) salas de velación con sus respectivos baños y servicios para el público, y dos (2) locales aptos para cafetería y floristería. Segundo piso, tiene un área destinada para tres (3) salas de velación, baños, estar de público y zona de oficinas. Tercer piso, cuenta con un área destinada a oficinas. A este inmueble corresponde el folio de matrícula inmobiliaria 050-0831205 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Santafé de Bogotá”.

“Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, el honorable tribunal se dignará ordenar:

2.1. Decretar la restitución de la tenencia del inmueble relacionado en la pretensión primera, que la sociedad denominada Compañía de Servicios Funerarios Ltda., tiene bajo su custodia a título de comodato precario y gratuito, a favor del patrimonio autónomo denominado “Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A.”, representado por la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.

2.2. Para la diligencia de restitución, en el caso de que no se cumpla lo ordenado dentro de los tres días siguientes a la providencia que ponga fin al proceso, se servirá comisionar al señor juez civil municipal de Santafé de Bogotá, reparto, a quien se remitirá el despacho comisorio con los insertos del caso.

2.3. Declarar que con el incumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., ha causado perjuicios al patrimonio autónomo denominado “fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A.”, representado por la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.

2.4. Condenar a la sociedad denominada Compañía de Servicios Funerarios Ltda., a pagar a favor del patrimonio autónomo denominado “Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A.”, por concepto del daño emergente la suma de quinientos cincuenta millones de pesos (\$ 550.000.000) moneda corriente, o la cantidad superior que resulte demostrada en el proceso.

2.5. Condenar a la sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., a pagar a favor del patrimonio autónomo denominado Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A.”, el valor de los intereses moratorios liquidados sobre la suma relacionada en el punto anterior, de acuerdo a la tasa más alta fijada por la (\*) Superintendencia Bancaria y permitida legalmente, desde el día 16 de diciembre de 1999 hasta cuando el pago se verifique en su totalidad, por concepto del lucro cesante causado por el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil de garantía, a que nos hemos referido.

2.6. Ordenar que el pago de las sumas indicadas en las pretensiones 4.4 y 4.5, se haga reajustándolas o indexándolas, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumidor (IPC), según certificación que expida el DANE, operada entre el mes de diciembre de 1999 y la fecha en que se produzca el pago.

“Tercera. Condenar a la sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., a pagar a favor del patrimonio autónomo denominado “Fiducia Compañía de Servicios Funerarios, Fiduempresa S.A.” las costas y gastos del proceso”.

3.3. Excepciones formuladas por Compañía de Servicios Funerarios Ltda., a la demanda de reconvención:

“Excepciones de mérito

Con fundamento en lo expuesto hasta ahora en el presente documento, propongo como excepciones de mérito o de fondo, además de la genérica prevista en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, las siguientes, para que sean consideradas en el orden en que se han presentado como pretensiones de la demanda principal:

1. Inoponibilidad frente a Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de:

i) El contrato de fiducia consta en la escritura pública 7694 del 17 de agosto de 1995 de la Notaría 29 de Santafé de Bogotá, por haber sido suscrito el contrato, por las razones indicadas en la demanda principal;

ii) La consideración tercera y apartes de la cláusula sexta del contrato de fiducia que se refieren a la garantía de obligaciones a terceros, como se indica en la demanda principal;

iii) Los certificados de garantía expedidos por Fiduempresa S.A., a favor de Daewoo Corporation, también por las razones anotadas en la demanda principal.

2. Nulidad de los mismos documentos, y por las mismas razones indicadas en la demanda principal y reiteradas en este documento.

3. Incumplimiento del contrato de fiducia por parte de UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., por los motivos que se exponen en la demanda principal.

4. Extinción de la garantía fiduciaria, igualmente como se señala en la demanda principal.

5. Inexistencia de la obligación de restituir la tenencia del inmueble entregado en fiducia.

6. Ausencia de mora en la obligación de restituir la tenencia.

7. Inexistencia de incumplimiento del contrato de fiducia por parte de la demandada en reconvención”.

3.3. Excepciones formuladas en la contestación de la demanda por UCN, Sociedad Fiduciaria S.A. A continuación se transcriben las excepciones formuladas en la contestación de la demanda por UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.:

1. “Falta de interés en la pretensión”.

2. “Prescripción de la acción”.

3. “Falta de legitimación en causa por activa y por pasiva”.

3.4. Excepciones formuladas en la contestación de la demanda por Daewoo Corporation: A continuación se transcriben las excepciones formuladas en la contestación de la demanda por Daewoo Corporation:

1. Capacidad suficiente del suplente del gerente para representar a la sociedad.

2. Facultades suficientes por el alcance del objeto social, para suscribir el contrato de fiducia y solicitar la expedición de los certificados de garantía.

3. La buena fe en la celebración y ejecución de los contratos.

4. La propia culpa del demandante.

5. Ausencia de culpa y buena fe del beneficiario.

6. Falta de interés en la pretensión.

7. Prescripción de la acción.

8. Genérica”.

Consideraciones del tribunal

I. La denominada inoponibilidad negocial

La pretensión principal de la demanda está encaminada a que se declare la inoponibilidad de la totalidad del contrato de fiducia mercantil denominado Fiducia Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A., por se inoponible frente a la sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por haber sido suscrito por una persona

que al momento de suscribirlo no tenía la representación legal de dicha compañía.

La denominada inoponibilidad negocial —que es diferente a la inoponibilidad registral consagrada en el artículo 901 del Código de Comercio— es la sanción que corresponde cuando se presentan vicios por carencia de facultades de representación o por exceder los límites de los poderes o facultades de representación, según lo previenen los artículos 833 y 841 del Código de Comercio. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

“Resulta, pues, atendible sostener que los actos de los representantes que desborden los límites antedichos son sancionados por el ordenamiento con una particular forma de ineficacia que se conoce como la inoponibilidad del negocio frente al representado, figura distinta a cualquier otro tipo de sanción de los actos irregulares, especialmente las dimanantes de la incapacidad de la persona”.

“En efecto, mientras la capacidad es la aptitud intrínseca del individuo para disponer de sus intereses particulares, de cuya falta se deriva la nulidad del negocio, sea absoluta o relativa, como reacción del derecho a los diversos grados de incapacidad, la oponibilidad del acto atañe a la amplitud o extensión de los efectos, que son consustanciales a su estructura, en frente de otros sujetos, la generación de estos efectos, presupone la existencia y la validez del acto dispositivo”.

“Con mayor aproximación, mientras la invalidez es un juicio negativo de valor del contrato “... al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y calidad o estado de las partes ...” (art. 1740, *ejusdem*), que acarrea como consecuencia su extinción frente a las partes y terceros, de manera tal que, una vez declarada judicialmente se reputa como si nunca hubiese existido, la oponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. En este caso, el negocio es, en sí mismo, válido, pero es la expansión de sus efectos propios la que se ve disminuida ante quienes de otro modo, serían sus destinatarios naturales. O lo que es igual, la inoponibilidad hace siempre relación a alguien que, por determinadas circunstancias, suscitadas en su propia génesis, no es afectado por el negocio. Pero como este, entre quienes le dieron origen, no tiene ningún reproche, sigue siendo válido y por ende eficaz. La declaratoria de nulidad, en cambio, sea relativa o absoluta, genera la extinción del negocio y de sus efectos, no solo frente a las partes, sino también frente a terceros” (CSJ, S. Civil, exp. 4025, Sent. nov. 30/94”.

En la demanda se alega, en primer lugar, que quién suscribió el contrato de fiducia a nombre de la Compañía de Servicios Funerarios Ltda., no tenía la representación legal de dicha compañía y por lo tanto, el negocio fiduciario es inoponible.

Para el tribunal es claro que quien suscribió el contrato de fiducia que consta en la escritura pública número siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29) del círculo de Bogotá, D.C., sí tenía la calidad de representante legal del fiduciante. Es así como en el certificado de existencia y representación protocolizado con la misma escritura se lee: “Suplente del gerente: Carlos Durana Prieto”.

De conformidad con el artículo 164 del Código de Comercio —principio reiterado por el artículo 442 *ibídem*—, quien aparezca registrado como representante legal principal o suplente de una sociedad, se tiene por tal. Al respecto la doctrina nacional considera:

Para hablar de facultades, es importante determinar quién o quiénes conforme a la ley, tienen la calidad de representantes legales. El artículo 164 del Código de Comercio, dispone que: “Las personas inscritas en el registro mercantil, como representantes legales, conservarán tal carácter, para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción ...”. Dicho principio es recogido en iguales términos por el artículo 442 *ibídem*.

De lo anterior se desprende claramente que únicamente tendrán la calidad de representantes legales, quienes así figuren en el registro mercantil”.

“Es conveniente advertir que para probar la representación de la sociedad, la doctrina entiende que existe libertad total probatoria, no circunscribiéndose la prueba al certificado mercantil o a la inspección judicial en la respectiva cámara de comercio. Sostiene que no otra cosa puede inferirse del vocablo “basta” utilizado por el inciso

segundo del artículo 117 del Código de Comercio (puede probarse, v. gr. con copia de la escritura de constitución, reforma, acta de nombramiento, testigos, inspección judicial a la empresa)”.

“Sin embargo, es lo cierto, que aun en este evento la prueba depende de lo que esté inscrito en la cámara de comercio. La prueba reina por excelencia —la escritura pública de constitución o de reforma que contenga el nombramiento del representante legal, sus facultades y funciones— tampoco sirve para acreditar la representación”.

“Lo anterior es apenas la consecuencia lógica de lo consagrado en el artículo 164 del Código de Comercio, norma que dispone que quienes figuren inscritos en el registro mercantil, como representantes legales, conservarán tal calidad “para todos los efectos legales”. Es, decir la calidad de representante legal solamente la tendrá quien así figure en el libro correspondiente de inscripciones que para tal fin, lleva la Cámara de Comercio. Ahora bien, si la calidad de representante legal depende de la inscripción misma, esta solamente puede probarse en las dos formas alternativas consagradas en el artículo 30 del Código de Comercio a saber: la certificación o la inspección judicial” (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen Societario. Ed. 1ª. Ediciones librería El Profesional, 1996, págs. 32, 33).

Visto que la calidad de representante legal la tiene quien así aparezca en el registro mercantil, el tribunal pasa a esclarecer cuándo el suplente o subgerente puede obrar válidamente a nombre de la sociedad y para tal efecto se transcribe:

“Cuando en las sociedades existe la representación legal, plural en cabeza de un órgano principal y otros suplentes o subgerentes destinados a reemplazar al primero en sus faltas absolutas o temporales, en la práctica comercial se presentan muchos conflictos pues por ignorancia se parte del supuesto errado de que los órganos de suplencia solamente pueden representar a la sociedad, una vez se haya acreditado la falta absoluta o temporal del principal. En dicho equívoco ha incurrido la Superintendencia de Sociedades ...

En verdad, el representante legal suplente, siempre tiene vocación para actuar precisamente porque para todos los efectos legales se le tiene como tal. Si estatutariamente no se impone el deber de acreditar previamente la falta temporal o absoluta del principal, entonces, podrá actuar en cualquier momento por ser representante legal inscrito. Al respecto, acogemos la doctrina de la Cámara de Comercio de Bogotá, entidad que ha expresado:

En la sociedad de responsabilidad limitada la representación legal y la administración de los bienes sociales se encuentra en cabeza de todos los socios salvo que estatutariamente se delegue en un tercero, tal y como quedó consignado en el artículo veintidós de los estatutos de la sociedad. Conforme con estos, la representación legal se encuentra en el gerente y en sus faltas absolutas, temporales o accidentales podrá ser ejercida por el suplente, entendiendo por “falta” la “ausencia” del lugar donde se debe ejercer la representación legal.

Por cuanto en el estatuto contractual no se estipuló requisito alguno que exija acreditar la “ausencia” del titular para desempeñar la suplencia, la persona designada para el cargo tiene “vocación” para ejercer la representación legal de la compañía, de tal suerte que la única condición de la que depende el ejercicio efectivo de las funciones por parte del suplente, es precisamente la ausencia o falta del principal, la que se presume con el ejercicio del cargo.

En efecto, si tenemos que la autorización para que el suplente del gerente pueda actuar en su remplazo, constituye una limitación o restricción al ejercicio del cargo, la misma debe constar expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil.

Por tanto al no existir limitación en el sentido de que es menester demostrar la falta o ausencia del representante legal principal, debe entenderse que el suplente podrá hacer las veces de titular sin necesidad de acreditar formalidad alguna (C. Co., art. 196).

Lo anterior tiene fundamento en el hecho de que “si nada se previó en los estatutos sociales, los terceros no pueden exigirle al suplente una prueba especial sobre la ausencia o falta del titular, ya que el hecho de haber sido designado por los asociados para desempeñar dicho cargo es prueba que se confía en él tanto como en el titular y lo único que tendría que entrar a establecer es que el acto que el suplente está ejecutando como representante legal,

obligue a la sociedad” (Ofi. 030833, jun. 11/86. Cámara de Comercio de Bogotá)”. (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen societario. Ed. 1ª. Ediciones librería El Profesional, 1996, pág. 34).

En este mismo sentido puede consultarse la doctrina de la Cámara de Comercio de Bogotá contenida en los oficios 02140 del dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991), 8469 de cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993) y la reciente doctrina de la Superintendencia de Sociedades, coincidente con los conceptos acogidos por el tribunal, según concepto 3384955 de nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

En conclusión, si el contrato de fiducia mercantil fue suscrito por el señor Carlos Durana Prieto en su calidad de suplente del gerente de la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., mal puede concluirse, que el contrato fue firmado por quien carecía de funciones de representación. Adicionalmente, el máximo órgano social de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., en el acta 003 autorizó la suscripción del contrato fiduciario, reconoció a Carlos Durana Prieto como representante legal. En razón de lo anterior, habrá de negarse la primera (1ª) pretensión principal de la demanda y por lo tanto, el tribunal procederá a negar las demás pretensiones principales por ser estas consecuenciales de la primera (1ª).

## II. De la solicitud de nulidad relativa

En el primer (1er) grupo de las pretensiones subsidiarias se solicitó la declaratoria de la nulidad relativa del contrato de fiducia por haber sido suscrito por una persona que no ejercía la representación legal de la compañía.

Los vicios en la representación no originan propiamente la nulidad relativa del acto o contrato así suscrito sino su inoponibilidad negocial frente al supuesto representado, siendo por el contrario, válido, eficaz y obligatorio para el supuesto representante y el tercero, tal como lo tiene consagrado el artículo 841 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de este, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa”.

Precisamente, la Corte Suprema de Justicia, con el fin de corregir la equivocada idea de que las falencias en la representación legal producían nulidad relativa, reiteró que la sanción que se origina es la denominada inoponibilidad negocial y no la nulidad del contrato (CSJ., S. Civil, Sent. nov. 30/94).

En consideración a lo anterior, y dado que la inoponibilidad no prospera conforme quedó explicado en el punto anterior, menos aún puede prosperar la solicitud de nulidad relativa de la totalidad del contrato de fiducia, solicitada en el primer (1er) grupo de pretensiones subsidiarias y sus consecuenciales.

## III. La inoponibilidad de apartes del contrato de fiducia

En el segundo (2) grupo de pretensiones subsidiarias, el demandante solicita al

tribunal declarar la inoponibilidad de la totalidad de la consideración tercera del contrato, así como las partes pertinentes de la cláusula sexta (6ª) y undécima (11ª) del contrato de fiducia, que se refieren al deudor.

Sustenta sus pretensiones el libelista en el hecho que el representante legal excedió las facultades estatutarias.

Aunque las pretensiones no son lo suficientemente claras ni se indica por qué razón se produjo el ejercicio excesivo en la representación, del material probatorio y en especial del acta 3 de la junta de socios de la sociedad convocante, el tribunal entiende que la extralimitación en el ejercicio de las facultades de representación consistió en que al representante legal se le autorizó para suscribir un contrato de fiducia mercantil de garantía obviamente para garantizar sus propias obligaciones, pero no se le autorizó para suscribir un contrato de fiducia en garantía para garantizar obligaciones de terceros.

En primer término, se solicita al tribunal declarar la inoponibilidad de: “Toda la consideración tercera del contrato”. La consideración impugnada es del siguiente tenor:

“Consideración tercera. que el fiduciante podrá ofrecer en garantía para respaldar obligaciones presentes o futuras adquiridas por este o por un tercero denominado deudor, el bien que se constituye como patrimonio autónomo mediante este instrumento público”.

“Que nombre como deudor inicial a la Sociedad Distribuciones El Apogeo Ltda. ...”.

Para el tribunal es patente que la finalidad esencial de todo contrato de fiducia en garantía es precisamente constituir un patrimonio autónomo para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del mismo fiduciante o fideicomitente. Si bien en el presente caso se pretende garantizar obligaciones de un tercero, para que ello sea procedente debe existir autorización expresa conferida a quien suscribe el contrato, la cual no reposa en el material probatorio. En consecuencia, los apartes del contrato que han sido solicitados se declaren inoponibles frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por no existir la autorización respectiva, el tribunal habrá de declararlas como inoponibles.

En lo que respecta al numeral segundo del segundo (2º) grupo de pretensiones subsidiarias que solicita se declaren inoponibles los certificados de garantía 091/97/4100105/03 por un valor de quinientos sesenta mil noventa y un dólares con veinte centavos (US\$ 560.091.20) y 091/97/4100105/05 por un valor de trescientos treinta y dos mil ciento treinta dólares con sesenta y cuatro centavos (US\$ 332.130.64), el tribunal precisa que la numeración del segundo de los certificados es el 116/105/210695/05 y que no ha habido discusión entre las partes sobre la identificación de tal documento. Además, el tribunal encuentra que el representante legal de Compañía de Servicios Funerarios Ltda. tenía como limitante para la celebración de cualquier tipo de contrato o acto la suma de dos millones de pesos m/cte. (\$ 2.000.000), excediendo en consecuencia los límites estatutarios de la sociedad al solicitar la expedición de los mismos sin previa autorización de la junta de socios. En consideración de lo anterior, el tribunal habrá de declarar los certificados como inoponibles, ya que tal limitación está escrita en el registro mercantil.

El tribunal negará las demás pretensiones del segundo (2º) grupo de subsidiarias, por no ser consecuentes con la primera (1ª) y segunda (2ª) pretensión de inoponibilidad.

De otra parte y dado que los certificados de garantía a los que se ha hecho referencia en este numeral son considerados como inoponibles, el tribunal ya no se pronunciará respecto del numeral primero (1º) del cuarto (4º) grupo de pretensiones por ser un tema ya visto y menos aún sobre las pretensiones consecuenciales de este grupo.

#### IV. De la nulidad parcial de apartes del contrato de fiducia

En el tercer (3er) grupo de pretensiones subsidiarias la parte convocante solicita la nulidad relativa de la consideración tercera (3ª) y de las palabras contenidas en las cláusulas sexta (6ª) y undécima (11ª) del contrato de fiducia argumentando que el representante legal suplente de dicha sociedad excedió sus facultades estatutarias para representarla al aceptar dichos apartes. Igualmente, solicita en el quinto (5º) grupo de pretensiones subsidiarias la nulidad de los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 (116/105/210695/05).

El demandante en forma específica en los hechos 2.11 y 4.6 aduce en favor de sus pretensiones el hecho de no comprender el objeto social de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la posibilidad de garantizar obligaciones de terceros. El objeto social fue plenamente demostrado con la copia de los estatutos y además es parte de los certificados de existencia y representación legal que expide la Cámara de Comercio y que obran en el proceso.

Al carecer la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., de capacidad legal para garantizar obligaciones de terceros por no estar incluidos en el objeto social, es aplicable al caso lo dicho por Jorge Hernán Gil Echeverry (Nuevo régimen societario. Ed. 1ª, Ediciones librería El Profesional, 1996, pág. 27):

“En principio, ninguna sociedad tiene capacidad para garantizar obligaciones de terceros, salvo las compañías de intermediación financiera sometidas al control y vigilancia de la (\*) Superintendencia Bancaria. En este orden de ideas, cuando quiera que la sociedad sirva de garante a obligaciones de terceros incluyéndose dentro de este concepto los socios, representantes legales o miembros de juntas directivas, dicha relación jurídica de afianzamiento, garantía, aval o solidaridad debe entenderse como nula absolutamente, frente a la sociedad, así se haya obtenido previa autorización de la junta o asamblea de socios ...”.

A continuación de lo anterior, el autor cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que avala su acerto.

El mismo autor en la mencionada obra en la página 39 cuarto (4º) párrafo, dice:

“En cuanto a la limitación por objeto social, es mucho más difícil de establecer y en últimas nos remonta a preguntarnos si la sociedad tiene la capacidad para celebrar el respectivo contrato. Si la sociedad, en calidad de representada no puede celebrar el negocio jurídico por no entenderse incluido dentro de su objeto social, tampoco lo podrá hacer el representante, pues el gerente no puede abrogarse facultades que no tiene la sociedad. En estos casos es importante aclarar que el negocio así celebrado no solamente puede ser declarado absolutamente nulo, como se estudió con anterioridad, sino que ante todo es inoponible negocialmente a la sociedad ...”.

A juicio del tribunal y conforme a lo que aparece de manifiesto en el proceso, el contrato de fiducia denominado Compañía de Servicios Funerarios Ltda., Fiduempresa S.A., contenido en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) adolece parcialmente de nulidad absoluta, y así habrá de declararlo.

La figura de la nulidad absoluta parcial del contrato aparece consagrada en el artículo 902 del Código de Comercio, permitiendo la subsistencia del clausulado o parte contractual no afectada de nulidad, ello con fundamento en el principio de “conservación del negocio jurídico”. Bajo esta óptica, el tribunal encuentra que efectivamente cuando en la consideración tercera (3ª), cláusula sexta (6ª), parágrafo; cláusula décima (10ª) punto 4, así como lo referente a la cláusula undécima (11ª) en todos aquellos eventos en que se hace referencia al deudor o a la Sociedad Distribuciones El Apogeo Ltda. (calificada como deudor principal), existe nulidad absoluta por ausencia de capacidad de la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda. para garantizar obligaciones de terceros, según su objeto social.

El tribunal aclara que la nulidad de las precitadas cláusulas es parcial, en razón de que el contrato sí es válido y vinculante en cuanto se trate de garantizar obligaciones del mismo fiduciante.

En verdad, como lo afirma la doctrina mayoritaria, cuando se celebra un contrato que es ajeno al objeto social de una compañía, dicho contrato está afectado de nulidad absoluta, por carencia total de facultades por parte de la sociedad contratante. Al respecto se ha manifestado:

“Toda sociedad tiene una capacidad de goce o ejercicio delimitada y enmarcada por su objeto social de tal suerte que, cualquier acto, negocio o relación jurídica celebrada por fuera de dicho límite estará viciada de nulidad absoluta, no convalidable por simple ratificación. Se produce la nulidad absoluta y no relativa, en razón a que frente a los actos extraños al objeto social la sociedad carece absolutamente de capacidad para su celebración, incapacidad que no cesa por el simple transcurso del tiempo ni con la anuencia de la mayoría o totalidad de los socios de la sociedad”.

“Como puede observarse, en ninguna de las normas relacionadas se hace referencia alguna a la sanción que tendría un acto que ha sido realizado por fuera del objeto social. Sobre este punto existen posiciones diferentes, dentro de nuestros principales doctrinantes. Por ejemplo el doctor Gabino Pinzón, aceptando la existencia de *ultra vires*, ha atenuado sus efectos, ya que sostiene que la falta de capacidad social para celebrar un acto, vicia el negocio de nulidad relativa, y en sus efectos se asimila a la incapacidad relativa, prevista en los artículos 1745 y 1780 del Código Civil por ello solo puede ser alegada en interés de la persona jurídica, quien también puede sanearla, ratificando el acto”.

“En nuestro concepto el acto adolecerá de nulidad absoluta, teniendo en cuenta que en tal evento, la sociedad carece de capacidad, ya que la ley de manera imperativa señala que el contenido de este atributo está dado por el objeto social, de manera que al ejecutar actos que se salgan de esta esfera, se está violando el orden legal. Así lo establece el artículo 899 del Código de Comercio, al señalar que será absolutamente nulo el negocio jurídico, cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa. Doctrina Nacional, Gabino Pinzón, J. Ignacio Narváez y Enrique Gaviria Gutiérrez”.

“Según lo visto anteriormente, no es consustancial a la sociedad servir de garante de obligaciones de terceros, siendo una situación excepcional” (POLANÍA, Adriana y BERNAL G., Rafael. Revista Publicada Legis, 1990).



Así las cosas, nos preguntamos qué pasa cuando una sociedad otorga garantía hipotecaria o prendaria sobre algunos de sus bienes para garantizar obligaciones de sus gerentes o socios mayoristas. Dicha hipoteca estará viciada de nulidad absoluta por falta de capacidad para desarrollar dicho negocio jurídico. Así lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina nacional:

“Tomando como punto de partida las anteriores reglas, consideramos que en tal evento, la compañía no tiene capacidad para constituir tales gravámenes, salvo que hubiera una clara y definida relación entre estos y el objeto social, que no dejara duda de que se da una relación medio fin entre el gravamen y el cumplimiento de las actividades previstas estatutariamente. Sin embargo, consideramos que esta posibilidad se presenta en pocas ocasiones, y la norma general sería la incapacidad de la sociedad para efectuar tal operación. Hay que tener en cuenta que al darse tal garantía no se consigue ninguna facilidad para el desarrollo del objeto principal y por el contrato, lo pondría en peligro; por que ante el incumplimiento del tercero garantizado tendría que responder la compañía con sus bienes, desviándose de su función principal que es la de servir al normal desarrollo del objeto social, incluso, podría convertir en imposible el cumplimiento del mismo, si el bien es indispensable para el efecto” (POLANÍA, Adriana y BERNAL G. Rafael. Revista Publicada Legis, 1990).

En parecidos términos se pronunció la Superintendencia de Sociedades:

“... Que si en la cláusula del objeto social de una compañía no se pacta expresamente la posibilidad de gravar sus bienes, con el propósito de garantizar obligaciones de terceros, lógicamente tal sociedad debe abstenerse de efectuar operaciones de esa naturaleza, por la circunstancia anotada, salvo que inequívocamente constituyan actos que se relacionan de manera directa con las actividades propias del objeto social ...”. (Ofi. 017/19021, nov. 27/79)”. (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen societario. Ed. 1ª. Ediciones Librería, El Profesional, 1996, págs. 26 a 30).

En igual sentido se pronunció el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil en sentencia del trece (13) de diciembre de mil novecientos treinta y tres (1933) y la Sala Civil de la Corte en sentencia de catorce (14) de agosto de mil novecientos cuarenta y tres (1943). Más recientemente, en los siguientes términos:

“Al sentar esta conclusión, el tribunal pasó por alto los siguientes postulados:

1. Que el contenido del objeto de una sociedad no solamente rige para las relaciones entre esta y su gerente, sino también para las que se originan con los terceros que con ella negocian.
2. Que por lo tanto todo tercero, antes de contratar con la sociedad, debe entenderse del contenido preciso del objeto social, para poder determinar si la sociedad está o no autorizada para celebrar el contrato de que se trata.
3. Que si, de acuerdo con el objeto social de la compañía ganadera El Edén Ltda., esta no podía en el momento de constituir la hipoteca a favor del Banco Ganadero, garantizar obligaciones a cargo de terceros el Banco incurrió en manifiesto descuido o negligencia al celebrar este contrato.
4. Que tal culpa notoria cometida por el banco, excluye la buena fe que el tribunal atribuye a este.
5. Finalmente, que las facultades o poderes de un gerente jamás pueden llegar al extremo de permitirle ejecutar actos que a la sociedad le están expresamente prohibidos por los estatutos” (CSJ., S. Civil, Sent. jul. 27/78, M.P. Ricardo Uribe Holguín)”.

Conforme a lo expuesto, por existir una nulidad absoluta del contrato aunque parcial, la cual aparece debidamente acreditada, el tribunal la declarará, no sin antes advertir que la precitada nulidad ocurre por “manifiesto descuido o negligencia” de la fiduciaria (utilizando palabras de la Corte), razón por la cual el tribunal lo ha considerado como parte contratante incumplida en cuanto a su deber de proceder con la prudencia y diligencia de un verdadero profesional. Recuerda el tribunal que la demandada alegó en su favor el hecho generador de la nulidad absoluta aunque solicitó se declarara como relativa arguyendo inclusive otros vicios que la demandada le imputó al contrato. Por ende el tribunal procede de oficio a corregir la calificación de la nulidad dada por el convocante en sus pretensiones. Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Nulidad absoluta. Procedencia de su declaración de oficio. “Tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o limitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes:

1. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato.
2. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y
3. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la intervención de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse sino con la audiencia de todos los que la celebraron (Sents. jul. 9/1892, VII, 265; jun. 30/1893, VIII, 340; jun. 12/23, XXX 59; ago./35, LXII, 372; ago. 26/38, XLVII, 66; oct. 18/38, XLVII, 238; oct. 10/44, LVIII, 45; abr. 5/45, G.J. 2032, 363; abr. 5/46, LX 363; mayo 20/52, LXXII, 125; oct. 22/52, LXXII, 125; mayo 3/53, LXXV, 53; dic. 13/54, LXXXVIII, 519; ago. 18/58, LXXXVIII, 632; mayo 29/59, XC, 590; feb. 13/61, XCIV, 525, sep. 14/61, XCVII, XCVII, 59)”.

“... 5. Por consiguiente, la autorización que el legislador le concede al juez para declarar de oficio la nulidad absoluta no es ilimitada, puesto que es indispensable que el vicio se encuentre patente, claro, de bulto, que salte a la vista en el acto o contrato. Porque si para establecer la existencia de la nulidad el juzgador tiene que recurrir o desplazarse a examinar otros antecedentes o elementos de convicción, la nulidad en tal evento no “aparece de manifiesto en el acto o contrato” y, por ende, no entra en juego la facultad oficiosa del sentenciador por carecer de situación del primer presupuesto que la ley señala expresamente (L.50/36, art. 2º).

Por otra parte, la doctrina informa que en tratándose de contener el artículo 2º de la ley, en el punto de declaración oficiosa de la nulidad absoluta, una regla excepcional, la interpretación que de dicha regulación se haga debe ser restrictiva, puesto que esa es la filosofía que sobre el particular inspira el precepto”. (CSJ, S. Civil, Sent. feb. 27/82).

Para finalizar y como consecuencia natural, la declaratoria de nulidad absoluta implica que los certificados de garantía expedidos a favor de Daewoo Corporation no podrán hacerse efectivos contra el patrimonio autónomo objeto de este debate y así habrá de determinarse.

#### A. La capacidad del tribunal

Algún sector de la doctrina discute sobre la capacidad o competencia del tribunal arbitral para pronunciarse sobre los vicios referentes a la nulidad absoluta, alegando que por ser esta de orden público escapa al ámbito de lo transigible y por lo tanto, es ajena al juicio arbitral. Al respecto, el tribunal hace suyas las siguientes afirmaciones de la doctrina:

“En mi opinión, el tribunal arbitral no solamente tiene competencia sino que, encontrada una causal de nulidad absoluta que afecte el contrato, debe declararla oficiosamente. En efecto, la ley dispone que los árbitros tendrán los mismos poderes, deberes y facultades que los jueces civiles del circuito (art. 114 de la L. 23/91 no derogado por la L. 446, aunque no se haya reproducido en el D.1818)”.

“Resulta que el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 le impone al juez el deber de declarar oficiosamente la nulidad absoluta que aparezca de manifiesto en el contrato. Por otra parte, el artículo 20 del Decreto 2651 (erigido en legislación permanente según la L. 446/98, art. 162) les (sic) ordena a los árbitros dar aplicación al inciso 3º del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, en el laudo mismo. Es decir, los obliga a pronunciarse expresamente sobre los efectos de la nulidad absoluta y de la simulación. No se requiere mayor esfuerzo para concluir que si se deben expresar los efectos de la nulidad, es porque debe haber un pronunciamiento expreso sobre la misma”.

“El doctor Julio Benetti con razón afirma que el artículo 20 del Decreto 2651 sobraba, en consideración a que el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil de todas formas era de obligatorio cumplimiento, en los tribunales arbitrales”. (GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo régimen de arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá,

departamento de publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, Ed. 1ª, 1999, pág. 249)".

Es más, la jurisprudencia ha confirmado la obligación de los tribunales arbitrales de proceder oficiosamente respecto de las nulidades absolutas:

“Del fallo *ultra y extra petita*. Se acusa el laudo por haberse declarado la nulidad de una cláusula propia del contrato de seguro que consta en la respectiva póliza, estableciéndose de esta manera un proceder por fuera de los parámetros de la demanda y, por sobre todo, de lo que se comprendiera como materia del arbitramento”.

“Así las cosas, resulta ineludible para este tribunal pronunciarse sobre la validez de la cláusula transcrita (hojas 12 y 13). En ese orden, luego del pertinente y jurídico análisis, el fallador encontró que tal cláusula contractual es contraria a normas legales específicas imperativas, concluyendo sobre su nulidad absoluta, en virtud de lo normado en el artículo 899 del Código de Comercio, procediendo a su reconocimiento, de oficio, con apoyo en la receptiva del artículo 2º. Correspondiente a la Ley 50 de 1936” (Tribunal Superior de Bogotá. S. Civil. Sent. jun. 9/96).

## V. La resolución del contrato

Dentro del sexto (6º) grupo de pretensiones subsidiarias la sociedad convocante solicita se declare la resolución del contrato de fiducia en garantía por el supuesto incumplimiento del mismo por parte de la demandada al expedir los certificados de garantía en favor de Daewoo Corporation, así como en el hecho de haberse iniciado la ejecución de la garantía.

Al respecto, el tribunal señala que en efecto existe incumplimiento del contrato de fiducia en garantía por parte de la fiduciaria al expedir los mencionados certificados para garantizar obligaciones diferentes a las derivadas de un contrato de mutuo, pues el contrato en su cláusula sexta (6ª) señala claramente que el objeto del contrato solo puede garantizar el pago de los créditos que el beneficiario inicial y/o otros beneficiarios hayan entregado al fiduciante en calidad de mutuo comercial.

Adicionalmente, la fiduciaria también incumplió el contrato al:

- i) No exigir del beneficiario la presentación de los documentos en donde conste la obligación garantizada (cláusula undécima (11ª)).
- ii) No realizar el avalúo del inmueble al inicio del procedimiento de ejecución de la garantía (cláusula novena (9ª) numeral segundo (2º));
- iii) Al expedir certificados garantizando obligaciones derivadas de contratos diferentes del de mutuo, no cumplió su obligación legal y contractual (C.Co., cláusula 9ª, num. 10 y num. 4º, art. 1234) de defender el patrimonio autónomo incluso de actos del propio constituyente.
- iv) Haber expedido en favor de una entidad no bancaria los certificados de garantía, cuando en las solicitudes de expedición de los certificados de garantía correspondiente se indicó que era para garantizar cartas de crédito, documentos estos que solo puede expedir un banco (C.Co., art. 1234, cláusula 9ª).
- v) No exigir del beneficiario Daewoo Corporation la aceptación expresa del contrato fiduciario conforme lo estipula la cláusula novena (9ª) numeral 5º.

El tribunal considera necesario expresar que no es acertada la posición general asumida por las fiduciarias en cuanto a que las obligaciones de medio son miradas con laxitud cuando en realidad es todo lo contrario y por ello amerita declararse aquí la resolución del contrato. Sobre este tema de la importancia de las obligaciones de medio, nos permitimos citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 31 de mayo de 1938, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mújica, al referirse sobre el tema de la responsabilidad contractual, manifestando lo siguiente:

“... En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar de hacer o de no hacer y la posterior a esta, en obligaciones positivas o negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y, a la carga de la prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue

en obligaciones de resultados y en obligaciones de medios (Sent. nov. 30/35, G.J. doble 1905 y 1906) el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse”.

“El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que este debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho con otras palabras. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claro, preciso y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que este se alcance”.

“La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por parte del deudor para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado”.

“En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual colocado en la misma situación objetiva de aquel. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad”.

“En la aplicación de este método el juez goza de una gran libertad, y su severidad para con el deudor de una obligación de medios debe inspirarse en la utilidad social, sin traspasar los límites generales señalados por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, de que en materia de actos ilícitos, como en materia de violación de un contrato, toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor”.

“El artículo 1757 del Código Civil, exige en principio a la persona que alega el derecho de la prueba de que se hallan reunidas todas las condiciones a las cuales subordina el ordenamiento jurídico la existencia de una obligación”.

“Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquel probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución consumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la obligación de resarcir el daño, pero no, como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro: La responsabilidad civil solo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa. La prestación primitiva queda sustituida por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas. Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suela aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales, se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de esta, porque en esta forma se demuestra al mismo tiempo la existencia de la obligación de indemnizar, cuyo cumplimiento se persigue. Las dos obligaciones son diferentes: La una nace del contrato, la otra de su violación. Esto mismo también se piensa al decir que sus causas son distintas: la de la una, la convención misma; de la otra, la culpa”.

“La distinta naturaleza por su contenido y origen de los dos géneros dichos de obligaciones, informa el principio jurisprudencial que niega la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios cuando se ejercita como principal y no como accesoria del incumplimiento o de la resolución del contrato, en todos los casos en que la

ejecución de la obligación convencional no se haya hecho jurídicamente imposible. Principio cuya única excepción se halla en la regla del ordinal 3º del artículo 1610 del Código Civil”.

“Sentado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo el incumplimiento del contrato un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es resultado, es suficiente la prueba del contrato, no por lo ya explicado, debido a que ella para ese caso sea completa, sino porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable. Como se ha visto, las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios son diferentes en cuanto a su contenido ...” (G.J., t. XLVI, 1936, págs. 571, 572 y 573).

De conformidad con lo anterior y con el acervo probatorio que obra en el proceso, el tribunal habrá de declarar la resolución del contrato de fiducia en garantía en todas las partes no declaradas nulas, conforme se expresará en la parte resolutive de esta providencia.

En cuanto a las pretensiones restantes el tribunal se pronunciará en la parte resolutive de este laudo.

En lo referente a los perjuicios solicitados en el numeral cuarto (4) de este grupo de pretensiones subsidiarias, considera el tribunal que la sociedad convocante no demostró su existencia, por lo cual esta pretensión no puede prosperar.

#### VI. Extinción de la garantía fiduciaria

En el séptimo (7º) grupo de pretensiones subsidiarias la parte convocante deprecia la extinción de la garantía respecto de los certificados de garantía expedidos a favor de Daewoo Corporation, alegando la prórroga de la obligación garantizada, sin previa autorización del fiduciante y de la fiduciaria.

Una vez garantizada una obligación, la garantía, como relación jurídica accesoria, sigue la suerte de la principal (obligación garantizada). Ahora bien, conforme al principio consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, así como lo pactado es ley para las partes y solamente estas de común acuerdo pueden dejarlo sin efecto, también es cierto que de común acuerdo pueden modificar las condiciones inicialmente pactadas conforme al conocido aforismo jurídico: en derecho las cosas se deshacen como se hacen. Entonces, si el contrato garantizado fue suscrito solamente entre Distribuciones El Apogeo Ltda., y Daewoo Corporation, es apenas lógico que cualquier modificación solamente requiera la anuencia de dichos contratantes.

Ahora bien, el contrato de fiducia expresamente previó la permanencia de la garantía. No obstante, existieron prórrogas o acuerdos respecto del pago de las obligaciones garantizadas, como es lo usual en las denominadas fiducias en garantía.

En razón de lo anterior, en la cláusula décima (10) numeral séptimo (7º), se lee:

“... tales como vigencia, plazo, interés, condiciones, refinanciaciones.

Igualmente, en la parte final de la cláusula undécima (11) numeral primero (1º) se expresa:

“... y que sobre la obligación u obligaciones no ha operado ninguna causal de extinción, que no se ha **REFINANCIADO NI PRORROGADO** “ (las mayúsculas son del tribunal).

De suerte, que, estando prevista la prórroga o refinanciación (que siempre implica prórroga) el otorgamiento de la misma no puede considerarse como incumplimiento, máxime cuando en el contrato no aparece cláusula alguna que exija la conformidad previa del fiduciante y la fiduciaria, para su eficacia. El tribunal aplica el principio general: Toda prórroga de una obligación requiere la sola aceptación del deudor y del acreedor.

Por lo anterior, no puede prosperar la extinción de la garantía fiduciaria contenida en los certificados de fiducia en garantía, y en consecuencia tampoco prosperan las demás pretensiones consecuenciales de ese grupo. En lo

referente a los perjuicios solicitados en el numeral tercero (3º) de este grupo de pretensiones subsidiarias, y conforme se señaló anteriormente, considera el tribunal que la convocante no demostró la existencia de perjuicios sufridos, por lo cual esta pretensión no puede prosperar.

## VII. Terminación del contrato

La sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante demanda de reconvención, solicita la terminación del contrato de fiducia sin indicar la causa para tal pretensión. Infiere el tribunal que fundamenta su pretensión en el supuesto incumplimiento del fiduciante, consistente en la no devolución del inmueble fideicomitido, conforme al contrato de comodato precario alegado por dicha parte.

Al respecto y como más adelante se verá, en realidad para el tribunal, el pretendido incumplimiento no podría dar paso a la pretensión solicitada. En efecto si del análisis de la culpa se tratare, bastante mal comprometida resulta la fiduciaria sobre la cual recae una diligencia profesional, más exigente y puntual que la predicada respecto de los fideicomitentes, así sea usual que los fiduciarios pretendan escudarse en la supuesta obligación de medios que de manera general, les asigna el numeral cuarto (4º) del artículo 1234 del Código de Comercio y la cláusula novena (9º) numeral (10) del contrato de fiducia. El Tribunal de Arbitramento, no considera necesario extenderse en este punto y por consiguiente se remite a la autorizada opinión del doctor Tamayo Jaramillo (TAMAYO JARAMILLO, Javier. La responsabilidad civil del fiduciario. Revista Juris Consulta 2. Cámara de Comercio de Bogotá, mar./99).

En verdad, los fiduciarios, respecto del contrato de fiducia, deben considerarse como expertos profesionales y en tal virtud debe ser medida su culpa. Encontrando el tribunal que en la firma del contrato de fiducia la fiduciaria no obró con la prudencia profesional que se requería y que por el contrario, fue en extremo imprudente y negligente, no le asiste el derecho a reclamar la terminación (o resolución) del contrato por un supuesto incumplimiento del fideicomitente, como que también tiene la condición de contratante incumplido y por lo tanto, no es aplicable lo previsto en el artículo 870 del Código de Comercio, ni cualquier otra causal contractual de resolución por incumplimiento, por disponerlo así el artículo 1609 del Código Civil.

Es así como dicha norma expresamente dispone que quien solicite la resolución o terminación de un contrato por incumplimiento de la contraparte, previamente debe acreditar su condición de contratante cumplido. Como en el caso de autos, la fiduciaria también se tendrá como contratante incumplido no tendría capacidad jurídica para solicitar la resolución del contrato por incumplimiento.

En consideración a lo anterior, no prosperará la pretensión por medio de la cual se solicita declarar la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía.

En relación con las demás pretensiones de la demanda de reconvención señaladas como segunda (2ª) que dicen ser consecuencia de la primera (1ª), observa el tribunal: La primera de ellas es contradictoria con la solicitud de terminación del contrato por cuanto implica pretender que después de terminado el contrato siga produciendo efectos.

Solicita además, que con base en un supuesto incumplimiento se declare que se han producido perjuicios, pero ni en la demanda ni en ningún otro documento del proceso, indica cuáles son dichos perjuicios, ni en que consisten.

Pide adicionalmente una condena por valor de quinientos cincuenta millones de pesos mcte, (\$ 550.000.000) a favor del patrimonio autónomo por concepto de “daño emergente” pero en ninguna parte indica cuál es el supuesto daño emergente, en qué consiste, qué lo integra.

Las demás pretensiones relativas a la indexación e intereses moratorios indexados por ser consecuenciales, no pueden prosperar.

## VIII. Las excepciones de mérito

Las excepciones de fondo propuestas respecto de la demanda principal y de reconvención tampoco están llamadas a prosperar por lo ya expresado, y las siguientes consideraciones:

#### A. “Falta de interés en la pretensión”

Basta encontrar que la demanda fue presentada por el fiduciante como parte contractual para alejar cualquier duda en cuanto a la capacidad e interés para ser demandante. Considera el tribunal tan evidente el interés del demandante que más bien las razones expuestas por el demandado y la susodicha excepción, en términos generales, podría considerarse como temeraria.

#### B. “Prescripción de la acción de nulidad” .

Respecto de la prescripción de la acción de nulidad relativa, al no prosperar esta pretensión, se hace inoperante la excepción.

#### C. “Falta de legitimación”

La supuesta falta de legitimación en la causa por activa y pasiva no solamente se cae de su peso, pues la calidad de contratante le permite a este deprecar lo que a bien tenga mediante una acción contractual como la dirimida por este tribunal, sin ningún otro requerido que la acreditación de la calidad de contratantes tanto del demandante como del demandado. El Tribunal de Arbitramento ve con extrañeza que en los procesos, con el afán de defenderse, las partes y sus apoderados, acudan a figuras como la planteada que atentan abiertamente contra la lealtad procesal. Siendo evidentemente temeraria la excepción, esta no prospera.

En lo que hace a las demás excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, encuentra el tribunal que no es necesario pronunciarse sobre cada una de ellas, en atención a que el análisis de los hechos que las sustentan ya se ha hecho a lo largo del laudo. En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por la convocada, prosperarán en la forma en que sean declaradas en la parte resolutive del presente laudo.

#### IX. Perjuicios

Teniendo en consideración que dentro del proceso no se encuentra acreditada la existencia de los perjuicios solicitados por las partes, el tribunal se abstiene de ordenar su reparación.

#### X. Costas

En cuanto a las costas del proceso considera el tribunal que en mérito de lo hasta acá expuesto y en consideración a que durante el desarrollo del proceso la responsabilidad de la sociedad fiduciaria resulta bastante comprometida a diferencia de Daewoo Corporation, y sumado el hecho de la demanda de reconvenición interpuesta por la fiduciaria, el tribunal condenará en costas por un mayor valor a la sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., según se indicará en la parte resolutive de la presente providencia.

#### XI. Parte resolutive

En mérito de todas las consideraciones precedentes, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

1. Declarar parcialmente la nulidad absoluta del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la notaría pública cuarenta y dos (42), en sus consideraciones tercera (3<sup>a</sup>), cláusula sexta (6<sup>a</sup>), cláusula décima (10<sup>a</sup>) y undécima (11<sup>a</sup>) en cuanto implica que Compañía de Servicios Funerarios Ltda., garantiza obligaciones de terceros, ya que dicho acto no está contemplado dentro de su objeto social.

2. Se declaran inoponibles frente a la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda. la consideración tercera (3<sup>a</sup>), y las cláusulas sexta (6<sup>a</sup>), décima (10<sup>a</sup>) y undécima (11<sup>a</sup>) del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de

Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la Notaría Pública Cuarenta y dos (42), lo mismo que los certificados de garantía 091/97/4100105/03 y 091/97/4100105/05 116/105/210695/05, por cuanto dichas estipulaciones y actos fueron ejecutados por el representante legal excediendo los límites a los que estaba sometido por razón de la cuantía constando dichos límites en los estatutos y estando inscritos en el registro mercantil.

3. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordena a UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., abstenerse de ejecutar la garantía.

4. Declarar la resolución del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la notaría pública cuarenta y dos (42) en todas las partes no declaradas nulas de acuerdo con el numeral primero (1º) anterior por el incumplimiento de obligaciones contractuales y legales por parte de la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A.

5. Como consecuencia de las decisiones anteriores ordenar la cancelación del registro del contrato de fiducia realizado al folio de matrícula inmobiliaria 50S-831205, anotación tercera (3ª). Igualmente, se ordena la cancelación de la demanda realizada como medida cautelar, anotación cuarta (4ª). Líbrese oficio a la oficina de instrumentos públicos de Bogotá, zona sur comunicando las anteriores decisiones.

6. Denegar las demás pretensiones de la demanda principal.

7. Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvenición.

8. Condenar en costas del proceso a la parte demandada así: En ochenta por ciento (80%) de las costas a cargo de UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., y el veinte (20%) de las costas a cargo de Daewoo Corporation. Como agencias en derecho a favor de la parte convocante se fija la suma de catorce millones de pesos mcte. (\$ 14.000.000).

9. Protocolizar el expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

Constancia. Este documento es fiel copia del original.

**Laudo Arbitral Compañía de Servicios Funerarios Ltda. v. UCN, Sociedad Fiduciaria S.A. & Daewoo Corporation**

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el Decreto 2279 de 1989, el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998, y agotado el trámite legal, una vez expedido el laudo que pone fin al proceso, y en virtud al escrito de aclaración, corrección y complementación que el curador *ad litem*, presentó en tiempo, procede el Tribunal de Arbitramento a proferir la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección y complementación que pone fin al proceso arbitral seguido de una parte por la Sociedad Compañía de Servicios Funerarios Ltda., v. UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., & Daewoo Corporation por razón del contrato de fiducia suscrito entre Compañía de Servicios Funerarios Ltda., y Fiduciaria Empresarial S.A., según consta en la escritura pública siete mil seiscientos noventa y cuatro (7.694) del diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995) de la Notaría Pública Veintinueve (29), sociedad que fue absorbida por la Sociedad UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., mediante escritura pública tres mil ciento setenta y nueve (3.179) del treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) de la Notaría Pública Cuarenta y Dos (42), previas las siguientes consideraciones.



El *curador ad litem* de la convocada Daewoo Corporation, solicita del tribunal: “aclarar, corregir y complementar el laudo proferido el pasado 10 de abril de 2001” y señala 8 puntos para aclaración, dos puntos para adición del laudo y solicita la corrección de errores mecanográficos.

El artículo 160 del Decreto 1818 de 1998 expresa que el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado en los casos y condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

El Código de Procedimiento Civil en el capítulo III del título XIV, libro segundo, artículos 309 a 311 regula la materia en los siguientes términos:

“ART. 309.—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 139. Aclaración. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o que influyan en ella.

“La aclaración de auto procederá de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a petición de parte presentada dentro del mismo término”.

“El auto que resuelva sobre la aclaración no tiene recursos”.

“ART. 310.—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 140. Corrección de errores aritméticos y otros. Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, es corregible por el juez que la dictó, en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto susceptible de los mismos recursos que procedían contra ella, salvo los de casación y revisión”.

“Si la corrección se hiciere luego de terminado el proceso, el auto se notificará en la forma indicada en los numerales 1º y 2º del artículo 320”.

“Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

“ART. 311.—Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 141. Adición. Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

“El superior deberá complementar la sentencia del *a quo* cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria”.

“Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término”.

Frente a las anteriores disposiciones legales el tribunal procede a resolver las peticiones formuladas en los siguientes términos:

Como punto 1º plantea el *curador ad litem* la supuesta inconsistencia entre el párrafo segundo de la página 52 del laudo y la parte resolutive en cuanto se expresa que habrán de prosperar las excepciones de la parte convocada en tanto en la parte resolutive se dice otra cosa.

Le asiste razón al memorialista en que hay una equivocación al expresar parte convocada cuando ha debido expresarse parte convocante.

Lo que también debe expresar el tribunal es que la denominada inconsistencia no da base para aclaraciones conforme lo establecido en el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil antes transcrito, por cuanto la denominada inconsistencia no está en la parte resolutive y el contenido general del laudo es lo suficientemente claro en el sentido de que prosperó parcialmente la demanda instaurada por la convocante y por lo tanto las

excepciones que prosperaron, como punto general, son las propuestas por la parte convocante frente a la demanda de reconvención, y que las excepciones propuestas por la parte convocada no prosperaron.

Como punto 2º plantea el memorialista supuestas inconsistencias del “ordinal IV (págs. 34 a 43 del laudo) en cuanto se modificó por vía de corrección oficiosa, actuando por fuera de los poderes del tribunal, la pretensión de nulidad relativa parcial de la convocante”.

Es decir, que el memorialista realmente está interponiendo un recurso de reposición, pues pretende que se modifique la parte resolutive del laudo por supuesta falta de competencia del tribunal para adoptar la decisión cuestionada.

Como punto 3º el memorialista solicita se aclare el punto primero de la parte resolutive del laudo por cuanto según su afirmación no se aclaró si la decisión recaía “sobre la totalidad de las mencionadas consideración y cláusulas o solo algunos apartes de ellas”.

Para formular tal petición, el memorialista omitió leer o tener en cuenta la expresión contenida en el punto primero de la parte resolutive del laudo, que declara la nulidad de la consideración y cláusulas indicadas: “en cuanto implica que Compañía de Servicios Funerarios Ltda., garantiza obligaciones de terceros, ya que dicho acto no está contemplado dentro de su objeto social”.

Es muy claro el laudo al afirmar que escapaba al objeto social de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la posibilidad de garantizar obligaciones de terceros, o sea, que carecía de capacidad para ello, y, precisamente por falta de capacidad, el tribunal declaró la nulidad resultante de dicha falta de capacidad, por estar plenamente demostrada, por haber sido alegados en su favor los hechos que la generaban y por ser parte del proceso todos los interesados en el contrato fiduciario. La nulidad se refiere al hecho al extender la garantía fiduciaria a obligaciones de terceros.

La parte resolutive es clara, la motiva igualmente, y por lo tanto no hay nada que aclarar.

Como punto 4º el memorialista hace la misma observación anterior, pero sobre el punto segundo de la parte resolutive que declara la inoponibilidad no solo de la consideración sino de las cláusulas contractuales y de los certificados de garantía.

La inoponibilidad se declaró, tal y como lo expresa la parte motiva, por cuanto al comprender obligaciones de terceros, fueron actos ejecutados por el representante legal de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., excediendo los límites (\$ 2.000.000) a que estaba sometido, límites inscritos en el registro mercantil, y dichos actos fueron ejecutados sin la autorización previa de la junta de socios. La autorización que expidió la junta de socios fue para celebrar el contrato de fiducia no solo expresando equivocadamente que era en favor de la propia fiduciaria, sino que no incluyó posibles obligaciones de terceros.

Suponiendo que, dichos actos estuvieran comprendidos dentro del objeto social, ellos hubieran necesitado de autorización previa de la junta de socios por cuanto su cuantía era superior a dos millones de pesos (\$ 2.000.000) y la autorización lacónica y mal redactada expedida por la junta de socios, no incluye obligaciones de terceros.

Como punto 5º el memorialista plantea una supuesta inconsistencia en el punto cuarto de la parte resolutive en cuanto se declaran resueltos los apartes no declarados nulos “a pesar de que en la resolución segunda del fallo la decisión adoptada fue la de declararlos inoponibles”.

Al parecer no entendió el memorialista el contenido del laudo: en primer lugar el tribunal decidió que la garantía de obligaciones de terceros, al no estar incluida en el objeto social estaba viciada de nulidad, y así fue declarado. Es nulo el garantizar obligaciones de terceros por falta de capacidad.

Como la demanda tenía multitud de pretensiones y el tribunal decidió resolver sobre todas ellas, no obstante haber declarado la nulidad del contrato fiduciario en cuanto implica garantizar obligaciones de terceros, declaró que la extensión a terceros, y la solicitud de expedición de los certificados de garantía, por ser actos de valor superior a dos millones de pesos (\$ 2.000.000), eran inoponibles a Compañía de Servicios Funerarios Ltda., por cuanto

fueron actos ejecutados por el Gerente excediendo los límites a que estaba sometido, límites inscritos en el registro mercantil.

Adicionalmente, y atendiendo una de las pretensiones de la demanda, y con efectos que solo pueden ser tenidos como válidos con posterioridad al laudo, declaró la resolución de la totalidad del contrato, en la parte no declarada nula, por incumplimiento de obligaciones legales y contractuales por parte de la Fiduciaria.

Como puntos 6° y 7° solicita el memorialista se aclare el criterio que tuvo el tribunal para señalar la proporción en que cada una de las personas que integraban la parte demandada debe cancelar las costas. En la página 52 del laudo encuentra el memorialista la respuesta. El señalamiento de las agencias en derecho se hizo siguiendo la costumbre establecida en los tribunales de arbitramento tramitados ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y no es punto que conforme a la ley deba ser aclarado ni de oficio ni a solicitud de parte, no obstante se expresa de donde se tomó el criterio.

En el punto 8° el memorialista plantea una supuesta inconsistencia entre las resoluciones primera y segunda, y no pide aclaración sino que declara que es improcedente lo decidido por el tribunal.

Ante lo anterior, el tribunal simplemente recuerda que el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil le ordena al juez resolver todas las pretensiones de la demanda. En el caso de autos el tribunal quiso pronunciarse sobre todos los puntos principales sin escudarse en una eventual falta de necesidad de declarar inoponible algo que además está viciado de nulidad, ya que la nulidad tiene un fundamento, la falta de capacidad, y la inoponibilidad otro bien diferente, el haberse ejecutado los actos excediendo límites inscritos en el registro mercantil.

La consecuencia de ambas resoluciones podría afirmarse que es similar, pero doctrinariamente y jurídicamente son cosas sustancialmente distintas y sobre ambas quiso pronunciarse el tribunal amparado en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil.

Por último el memorialista solicita adición o complementación del laudo sobre dos puntos concretos: pide pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas “al contestar la demanda” y solicita se le señalen honorarios por su actuación como auxiliar de la justicia.

Ante la primera solicitud de complementación, parece que el memorialista no hubiera leído el laudo. Veamos:

Propuso 8 excepciones de mérito que denominó:

Capacidad suficiente del suplente del gerente para representar a la sociedad. Esta excepción prosperó ampliamente, y por ello el tribunal desestimó las pretensiones denominadas principales de la demanda. Es decir, se resolvió sobre ella.

Facultades suficientes por el alcance del objeto social, para suscribir el contrato de fiducia y solicitar la expedición de los certificados de garantía.

Estas dos excepciones, planteadas como una sola, fueron desestimadas.

El tribunal consideró que escapaba al objeto social de Compañía de Servicios Funerarios Ltda., la posibilidad de garantizar obligaciones de terceros, en virtud de lo cual declaró la nulidad parcial del contrato. Adicionalmente, el tribunal consideró que la solicitud de certificados de garantía por un valor superior a dos millones de pesos (\$ 2.000.000) era un acto que escapaba a las facultades del gerente y que para ello necesitaba de autorización previa de la junta de socios, y que al estar inscrita en el registro mercantil, dicha limitación hace inoponible a dicha compañía los certificados expedidos. Es decir, hubo pronunciamiento total y completo sobre el medio exceptivo aducido.

La buena fe en la celebración y ejecución de los contratos. Sobre este tema específico citó el tribunal, página 39 del laudo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de la que fue ponente el doctor Ricardo Uribe Holguín, de veintisiete (27) de julio de mil novecientos setenta y ocho (1978), según la cual, quien contrata con una sociedad sin tener en cuenta su capacidad legal determinada por su objeto social incurre en manifiesto descuido o

negligencia, y adicionalmente, quien contrata y acepta un acto ejecutado excediendo los límites inscritos en el registro mercantil es sancionado con la inoponibilidad del acto o contrato. Frente a la falta de capacidad determinada por el objeto de una sociedad, quien así contrata incurre en grave descuido y negligencia según palabras de la Corte, y quien contrata aceptando un acto ejecutado por encima de las limitaciones de un gerente, no puede alegar supuesta buena fe exenta de culpa. Es decir, el tribunal si decidió, desechándola, la excepción.

La propia culpa del demandante. Esta excepción es la misma anterior, pero propuesta en sentido contrario. Ya se expresó que ante la falta de capacidad, quien así contrata incurre en grave negligencia o descuido y, la falta de capacidad que genera nulidad, no puede ser pasada por alto alegando que quien la padece actúa culposamente o de mala fe. Es decir, el laudo analiza y decide sobre los hechos alegados como fundamento de la excepción planteada.

Ausencia de culpa y buena fe del beneficiario. Nuevamente expresa el tribunal que estando el objeto social y las limitaciones del gerente inscritos en el registro mercantil, quien no las tiene en cuenta, incurre en manifiesto descuido o negligencia según lo expresa la Corte. No hay ninguna justificación de tipo legal que exonere a Daewoo Corporation para que revise y analice con quien contrata y quede por lo tanto excluida del manifiesto descuido o negligencia que indica la Corte. Esta excepción es una forma adicional de proponer lo mismo, y, es claro que el laudo contiene decisiones claras y precisas al respecto.

Falta de interés en la pretensión. Sobre este punto el tribunal se remite a la página 51 del laudo en donde en forma expresa se considera y desecha esta excepción.

Prescripción de la acción. El memorialista simplemente coadyuvó la formulada por la otra convocada, sobre la cual el laudo tiene expresa consideración para desecharla.

La genérica. Al resolver el tribunal favorablemente sobre parte de las pretensiones de la demanda, resolvió sobre ella sin lugar a dudas.

Habida cuenta de la necesaria correspondencia entre pretensiones y excepciones propuestas, siempre que en el laudo se halla expresado la prosperidad de una pretensión deberá concluirse en el rechazo de la excepción correspondiente e inversamente la no aceptación de la pretensión implicará necesariamente que la excepción respectiva prosperó.

Como último punto, solicita el memorialista se adicione el laudo en el sentido de señalarle honorarios para lo cual cita una serie de disposiciones legales, entre ellas el artículo 166 del Código de Procedimiento Civil según la cual la remuneración de los auxiliares de la justicia los debe pagar “la parte contraria si fuere condenada en costas”, es decir, la parte convocante en este caso.

El memorialista actuó como curador de una de las convocadas, la cual fue condenada en costas, es decir, que su pretensión escapa a la regulación invocada en su favor, y según ella no tendría derecho a honorarios. El anterior razonamiento estaría reformado por el contenido del artículo 393, numeral 3° aducido por el peticionario, por cuanto esta norma se refiere a la liquidación de las costas a que es condenada la parte vencida o sea, a la parte procurada por él.

La única norma que acude en favor de su pretensión es el contenido del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil, ya que se trata de un auxiliar de la justicia que culminó su cometido, en consecuencia, habrá de señalarse la suma que por concepto de honorarios correspondiente teniendo en cuenta la corta duración del trámite arbitral.

Por último, considera el tribunal no solo inocuos los errores mecanográficos indicados en el escrito que se resuelve, sino que su corrección no está autorizada en las normas legales que regulan la materia.

Con base en todo lo antes expuesto, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**RESUELVE:**

1. Negar las aclaraciones y correcciones solicitadas al laudo proferido el diez (10) de abril de dos mil uno (2001)

con base en la parte motiva de la presente providencia ya que las excepciones propuestas por la parte convocada fueron tenidas en cuenta y desechadas en la forma allí indicada.

2. Adicionar el punto octavo de la parte resolutive del laudo proferido el diez (10) de abril de dos mil uno (2001), el cual quedará así:

“Octavo. Condenar en las costas del proceso a la parte demandada así: En ochenta por ciento (80%) de las costas a cargo de UCN, Sociedad Fiduciaria S.A., y el veinte por ciento (20%) de las costas a cargo de Daewoo Corporation. Como agencias en derecho a favor de la parte convocante se fija la suma de catorce millones de pesos m/cte. (\$ 14.000.000). Como honorarios a favor del *curadorad litem* a cargo de la parte demandada en la proporción indicada, se fija la suma de un millón de pesos mcte (\$ 1.000.000)”.

Notifíquese y cúmplase.

---