

Laudo Arbitral

Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales

v.

Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A.

Diciembre 22 de 1998

Bogotá, diciembre veintidós (22) mil novecientos noventa y ocho (1998).

I. Aspectos generales

A. Antecedentes

1. En la cláusula vigésima cuarta del contrato, de fiducia mercantil en garantía, celebrado entre los señores Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, como fideicomitentes y la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., como fiduciaria, contenido en la escritura pública mil novecientos veintiocho (1928) del veinte (20) de julio de mil novecientos noventa y cuatro de la Notaría Treinta y Dos (32) del Círculo de Santafé de Bogotá, se estipuló:

“Cláusula compromisoria: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución o liquidación se resolver  por un Tribunal de Arbitramento que fallará en derecho, designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C., que se sujetará a lo dispuesto en las normas legales vigentes, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. El tribunal estará integrado por tres (3)  rbitros. 2. La organización interna del tribunal se sujetará a la reglamentación prevista para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la cámara de comercio y las disposiciones legales pertinentes. 3. El tribunal sesionará en Santafé de Bogotá, D.C.”.

2. El veintiocho (28) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), los señores Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, actuando en nombre propio, por intermedio de apoderado judicial, presentaron ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula citada en el numeral 1  anterior, a fin de dirimir las controversias surgidas con la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., con relación a la ejecución del fideicomiso. (cdno. ppal., fls. 1 a 13 y 15 a 16) en su solicitud de convocatoria, los demandantes solicitaron citar a las sociedades (sic) Caja Popular Cooperativa, Caja Financiera Cooperativa, Credisocial y la Asociación de Diarios Colombianos, Andiaros. La demanda fue adicionada mediante escrito presentado el día treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997), escrito con el cual se acompa n  un documento que habiendo sido anunciado en el acápite de pruebas de la demanda, no fue aportado con ella. (cdno. ppal., fl. 14).

3. La demanda fue admitida por el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en la cual además se le reconoció personería al apoderado de los demandantes y se corrió, traslado a la fiduciaria por el término sealado en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil (CPC) (cdno. ppal., fl. 17). Este auto fue notificado personalmente al representante legal de la fiduciaria el día trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) (cdno. ppal., fl. 17 vto.).

4. La fiduciaria dio contestación a la demanda, mediante escrito presentado a través de su apoderado judicial, radicado el día veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997). En su contestación la convocada se opuso a todas sus pretensiones y propuso excepciones de fondo. (cdno. ppal., fls. 18 a 28).

5. Simultáneamente con la contestación de la demanda la fiduciaria propuso, en escrito separado, las excepciones previas previstas en los numerales 6  y 7  del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. (cdno. Excep. Prev., fls. 1 a 4).

6. El centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del primero

(1º) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), le reconoció personería jurídica al apoderado de la fiduciaria y corrió traslado de las excepciones previas a los demandantes (cdno. ppal., fl. 29), que dieron respuesta a ellas mediante memorial presentado el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), oponiéndose a ellas (cdno. Excep. Prev., fls. 5 a 7).

7. Habiéndose surtido todo el trámite previo a la instalación del Tribunal de Arbitramento, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, dictó el auto del nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), mediante el cual fijó como fecha para celebrar audiencia de conciliación el veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997) (cdno. ppal., fl. 30), fecha que fue aplazada en varias ocasiones, a solicitud de las partes (cdno. ppal., fls. 42 a 44, 55, 56, 69, 70), hasta que, finalmente, el 12 de marzo de mil novecientos noventa y ocho (1998), se realizó la audiencia correspondiente. En esta ocasión se declaró fracasada la conciliación, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo (cdno. ppal., fl. 81).

8. El diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), la parte convocante adicionó su petición de pruebas, solicitando la práctica de otros testimonios (cdno. ppal., fl. 31). Igualmente, el apoderado de la parte convocada sustituyó el poder en cabeza de la doctora María Teresa Chaves Vela, (cdno. ppal., fl. 68) a quien se le reconoció personería jurídica mediante auto del dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998) (cdno. ppal., fl. 70).

9. Habiéndose surtido la actuación descrita, la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá designó como árbitros los señores Rafael Gómez Rodríguez, Antonio Copello Faccini y Luis Helo Kattah, quienes manifestaron oportunamente su aceptación (cdno. ppal., fls. 82 a 88).

10. En providencia del primero (1º) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998), se convocó a la audiencia de instalación del presente Tribunal de Arbitramento (cdno. ppal., fl. 89) la cual se llevó a cabo el día trece (13) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 1) (cdno. ppal., fls. 106 a 108). En dicha audiencia se designó como presidente al doctor Rafael Gómez Rodríguez, y como secretario al doctor Rodrigo Arteaga de Brigard; se declaró instalado el tribunal; se fijaron los emolumentos de ley y se ordenó informar a la Procuraduría General de la Nación sobre la constitución del tribunal. Las partes consignaron oportunamente las sumas que les correspondía por concepto de honorarios y gastos; el secretario se posesionó ante el presidente del tribunal según consta en la respectiva acta de Posesión del secretario (cdno. ppal., fl. 109) y se informó a la Procuraduría General de la Nación de la constitución del tribunal, mediante comunicación radicada el veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998) (cdno. ppal., fl. 112).

11. Integrado el tribunal en la forma antes relatada, en providencia del dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 2) se fijó como fecha, para realizar la primera audiencia de trámite, el ocho (8) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998) para llevar a cabo la primera audiencia de trámite (cdno. ppal., fls. 110 a 111). Esta providencia se notificó personalmente a los apoderados de las partes el día veintidós (22) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998) (cdno. ppal., fl. 111 vto.).

12. En el curso de la primera audiencia de trámite (acta 3) el tribunal se declaró competente para conocer del asunto, negando la solicitud de citación a la Asociación de Diarios Colombianos, la Caja Popular Cooperativa y la Caja Financiera Cooperativa Credisocial, por considerar que las pretensiones formuladas por el demandante en nada las afectan en seguida el tribunal avocó el tema de las excepciones previas propuestas por la convocada, las cuales fueron íntegramente negadas, por carecer de sustento jurídico y, en consecuencia, condenó a la parte vencida al pago de las costas del incidente de excepciones previas que estimó en la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), por concepto de, agencias en derecho. Acto seguido el tribunal decretó la práctica de las pruebas que estimó conducentes. Mediante auto del treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) el tribunal, de oficio, decretó una prueba adicional consistente en un peritazgo contable. Por último, atendiendo la solicitud formulada por las partes, el tribunal decretó la suspensión del proceso por el término de un (1) mes, contado a partir del día nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998). (cdno. ppal., fls. 113 a 129).

B. Desarrollo del proceso

1. Por secretaría se libraron oficios al Juzgado Treinta y Uno (31) Civil del Circuito de Bogotá, la Notaría

Veintiuno (21) del Círculo de Bogotá, la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, la oficina de catastro municipal de Cali, la Corporación del Valle del Cauca y la (*) Superintendencia Bancaria, entidades que enviaron sus respuestas las cuales fueron oportunamente puestas en conocimiento de las partes.

2. En el curso de la audiencia celebrada el catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 4) se dio posesión a los peritos evaluadores, señores Mario Navia Orjuela y Eduardo Sterling Cabrera, a quienes se les informó el objeto del dictamen solicitado. En seguida se recibió la declaración de parte del demandante, señor Rafael Amar Jiménez Cano. La parte convocada renunció a la prueba de interrogatorio de parte del señor Carlos Hernán Jiménez Morales.
3. En la audiencia del dieciséis (16) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 5) se debía recibir el testimonio de los señores Herney Carbonell y César Sinisterra, no obstante lo cual, el apoderado de la parte demandante desistió de tales pruebas y, habiendo manifestado su conformidad la parte demandada, la solicitud fue acogida por el tribunal.
4. En la audiencia surtida el veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 6) se practicaron las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las oficinas de la Fiduciaria Cafetera S.A., y la Asociación de Diarios Colombianos, Andiaros. En el curso de la audiencia se tomó copia, y se adjuntaron al expediente, de los documentos que se estimaron necesarios. En las oficinas de Andiaros, a solicitud de la parte demandante, se recibió el testimonio de la doctora Claudia Inés Dangond Quintero, que fue la persona encargada de atender la diligencia.
5. El día veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) se realizó una audiencia (acta 7) en la que se practicaron las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las oficinas de la Caja Popular Cooperativa y en la Caja Financiera Cooperativa Credisocial. En el curso de ella se tomó copia y se adjuntaron al expediente, de los documentos que se estimaron necesarios.
6. El día veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 8) el tribunal se trasladó a Cali donde habiéndose constituido en audiencia, se procedió a inspeccionar el inmueble objeto de la fiducia en garantía que dio origen a toda esta actuación.
7. En la audiencia celebrada el veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 9) se recibió el testimonio de la doctora Luisa Fernanda Pinillos Medina y se aceptó el desistimiento de las pruebas testimoniales de las doctoras Lilian Gil y María del Pilar Galvis, por parte de los convocantes y del doctor Isaías Velasco Clave por parte de la convocada.
8. El día treinta (30) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 10) se recibió la declaración de parte del representante legal de la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., doctor Rafael Eduardo Correal Talero.
9. El día tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 11) se dio posesión al perito contable doctor José Fernando Paredes Paredes, a quien se le informó del objeto del experticio a él encomendado.
10. En auto del dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) se decretó la ampliación del término fijado al perito contable, de acuerdo con la solicitud presentada por él mismo.
11. Recibidos los dictámenes periciales de los evaluadores y del contador, el tribunal, en audiencia celebrada el nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), les corrió a las partes el traslado de aquellos. (acta 12).
12. Durante el término de traslado, la parte convocante solicitó la complementación del dictamen pericial rendido por los señores Eduardo Sterling Cabrera y Mario Navia Orjuela, mientras que la parte convocada solicitó ampliaciones y aclaraciones de la experticia realizada por el señor José Fernando Paredes Paredes. Las ampliaciones y complementaciones solicitadas por las partes, así como las que de manera oficiosa consideró necesarias el tribunal, fueron ordenadas en el curso de la audiencia celebrada el quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). (acta 13).

13. De los escritos de complementación y aclaración presentados por los peritos se dio traslado a las partes en la audiencia que, para tal efecto, se realizó el día veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 14). El día dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998), estando dentro del término de traslado, la parte convocante presentó escrito de objeción de los dictámenes periciales, omitiendo solicitar la práctica de pruebas relativas a tal objeción. Corrido el traslado a la parte convocada, esta a través de su apoderada se pronunció sobre tales objeciones, estimando que los dictámenes periciales no adolecen del error grave que les achaca su contraparte.

14. En el curso de la audiencia reseñada en el punto anterior, el tribunal ordenó la práctica de una audiencia de conciliación, la cual se llevó acabo el día dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998) (acta 15) en esta oportunidad las partes no llegaron aun acuerdo sobre sus pretensiones.

15. Mediante el auto proferido el día seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), se dio noticia a las partes sobre las últimas respuestas dadas a los oficios relacionados en el punto 1º de este acápite, y en consecuencia, se declaró concluida la etapa probatoria, citando a las partes para la audiencia de alegaciones de conclusión para el día diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y ocho (1998), fecha en la cual las partes, efectivamente, expusieron sus alegatos finales, oralmente y por escrito, los cuales se agregaron al expediente y en consecuencia el tribunal citó para la audiencia de fallo y, a tal efecto fijó como fecha el día veintidós (22) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

C. Pretensiones de la demanda y excepciones de mérito

Los demandantes en su solicitud de convocatoria, expusieron las siguientes pretensiones:

1. “Que se declare que Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, incumplió el contrato de fiducia mercantil en garantía 4-0013 suscrito con los demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, protocolizado mediante escritura pública 1928 de junio 20 de 1994 de la Notaría 32 del Círculo de Santafé de Bogotá D. C., al no sujetarse ni dar aplicación al procedimiento establecido en las cláusulas décima: segunda y siguientes del mencionado instrumento y que es responsable de ese incumplimiento”.
2. “Que con el incumplimiento en que incurrió Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, se causaron perjuicios a los demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, los cuales deben ser indemnizados”.
3. “Que se condene a la demandada, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, al pago de los perjuicios que su incumplimiento irresponsable ocasionó a mis mandantes, que deberán justipreciarse mediante prueba pericial que solicitaré en el respectivo acápite”.
4. “Que se condene a la demandada, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, en costas, agencias en derecho y los gastos de establecimiento y administración de este tribunal”.

Por su parte, la demandada, se opone a todas las pretensiones de los demandantes, y para sustentar su defensa propone las excepciones de mérito que a continuación se sintetizan:

1. “Principio de equidad. Contrato no cumplido: (C.C., art. 1609)”

La demandada funda esta excepción en el supuesto incumplimiento del fideicomitente demandante de las obligaciones que, a su cargo, habían surgido por la constitución del fideicomiso, tales como la de contratar las pólizas de seguro “que cubran todos los riesgos ...”, ... pagar todos los impuestos, tasas y/o contribuciones ...”; pagar “los gastos y costos que se ocasionen con la defensa, conservación, (sic) y utilización del mismo” y, “pagar a la fiduciaria la comisión ...”. Por estas razones alega que “... mal (sic) puede exigir una parte el incumplimiento del contrato cuando este nunca ha cumplido (sic) con lo pactado”.

2. “Cumplimiento del contrato de fiducia mercantil de garantía por parte de mi representada”

Con relación a esta excepción, la fiduciaria alega que el aviso dado por Andiaros (acreedor garantizado que primero informó a la fiduciaria sobre el incumplimiento de las obligaciones por parte de los fideicomitentes, hoy

demandantes), solo quedó perfeccionado el 19 de diciembre de 1995, fecha en que remitió el pagaré donde constaban las obligaciones amparadas con su certificado de garantía, y por lo tanto “es esta fecha la que se debe tener en cuenta para la ejecución de la garantía”.

No obstante ello, la fiduciaria advierte cómo, a partir del 25 de abril de 1995, cuando se recibió la primera comunicación de Andiaros, aquella” inició todos los trámites correspondientes para realizar la ejecución de la garantía”.

3. “Refinanciación del deudor concedida por Credisocial”

La excepción planteada busca desvirtuar, como fecha de iniciación de la ejecución re la garantía, la derivada de la comunicación dirigida por Credisocial, (que era otro de los acreedores amparados con la fiducia en garantía) el día 21 de julio de 1995. En opinión de la demandada, la refinanciación que esa entidad le otorgó a los fideicomitentes, de la cual tuvo noticia el 26 de septiembre de 1995 por comunicación que le envió el mismo demandante, llevaba consigo la suspensión del proceso de ejecución que se derivaba de la primera carta de Credisocial la fiduciaria solo tuvo conocimiento de la intensión de Credisocial para que se siguiera adelante con la ejecución del fideicomiso, cuando posteriormente así se lo informo el fideicomitente. No obstante ello, la Fiduciaria manifiesta que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente y a favor de Credisocial solo podía tener efectos a partir del 29 de abril de 1996, fecha en que esta entidad le notificó el incumplimiento de las obligaciones que con ella habla contra ido el fideicomitente, derivadas del proceso de refinanciación de los créditos que le había concedido Credisocial al fideicomitente, pero para esta fecha ya se encontraba en marcha el proceso de ejecución de la garantía.

4. “Imposibilidad no imputable a Fiducafé para formalizar la dación en pago:”

Dos aspectos expone la fiduciaria para justificar la demora en la suscripción de la escritura por medio de la cual se diera cumplimiento a la dación en pago del bien fideicomitado a los beneficiarios del fideicomiso. En primer lugar la fiduciaria presenta las razones que la llevaron a practicar diversos avalúos al inmueble dado en fideicomiso, que en general se pueden exponer como una inconsistencia entre los valores dados por todos ellos, que no reflejaban la realidad comercial del predio y, por lo tanto no permitieron que los acreedores aceptaran los términos del proyecto de contrato de dación en pago que elaboró la fiduciaria. Solo en diciembre de 1996, cuando la firma Valuaciones Inmobiliarias Ltda., presentó su avalúo, los acreedores quedaron conformes con ella y a partir de entonces se radicó la minuta correspondiente en la notaría en que habría de otorgarse el contrato.

A partir de ese momento. la fiduciaria señala que la causa que hizo imposible otorgar la escritura por medio de la cual se diera cumplimiento definitivo al contrato de fiducia en garantía, se radica en la mora del fideicomitente en pagar los impuestos prediales, que señala la fiduciaria se encontraban en mora, y presentar los paz y salvos correspondientes.

5. “Cobro de lo no debido:”

Finalmente, se transcribe la sustentación que la fiduciaria da a esta excepción: “Como se demostrará que no hubo incumplimiento por Fiducafé, por tanto mal podría generarse perjuicio en su contra mi representado no le debe al fideicomitente suma alguna por tal concepto”. (sic)

D. Hechos aducidos en la demanda

Como respaldo de sus pretensiones, los demandantes relatan los hechos que continuación se transcriben:

“1. Los demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, celebraron con la demandada Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, contrato de fiducia mercantil en garantía el cual tenía por objeto “asegurar el cumplimiento de las obligaciones que llegare a contraer el fideicomitente —los demandantes— en su nombre exclusivo o con otras personas naturales o jurídicas separada, conjunta o solidariamente en favor de los beneficiarios garantizándola en los términos y condiciones previstos en los respectivos documentos que recojan las obligaciones principales cualquiera sea la causa por la que el fideicomitente quede obligado, sea que estén incorporadas en títulos valores en otros documentos de carácter comercial o civil, otorgados, girados, avalados,

endosados, aceptados firmados por el fideicomitente, asumidas ya sea individual, conjunta o solidariamente para con cada uno de los beneficiarios, hasta el monto consignado en los certificados de garantía que expida la fiduciaria en desarrollo del presente contrato y durante la vigencia de la fiducia”, según se encuentra consagrado en la cláusula primera de la escritura pública 1928 de junio 20 de 1994 que contiene el mencionado contrato de fiducia mercantil en garantía”.

“2. El fideicomitente —los demandantes— ,mediante este contrato de fiducia mercantil en garantía, transfirieron al patrimonio especial o autónomo el “derecho de dominio” y la posesión que tiene y ejerce sobre un predio rural denominado Altamira ubicado en el corregimiento de Los Andes, vereda de Cabuyal (sic) municipio (sic) de Cali, departamento del Valle del Cauca, con cabida superficiaria de seis plazas que convertidas en hectáreas da un total de tres (3) hectáreas y ocho mil metros cuadrados (8.000. m²), cuyos linderos particulares son: Partiendo del oriente hacia el norte en toda la extensión con la carretera Cali-Pichindé partiendo de esta (sic) carretera por el costado sur, con nacimiento de agua denominado Los Quingos y por esta arriba lindando al medio en parte hasta la cabecera con predio de Usimaco (sic) Sinisterra, hasta llegar a la carretera de Cali-Pichindé ya mencionada anteriormente. En cuanto a construcciones tiene una casa de habitación antigua con matrícula (sic) inmobiliaria N-370-0090908 y cédula catastral Y00517700-77 del municipio de Santiago de Cali”, conforme se establece en la cláusula segunda del referido instrumento público”.

“3. Dentro de las obligaciones a cargo de la fiduciaria, según se consigna en la cláusula sexta de la escritura pública 1928 de junio 20 de 1994, se encontraban: “... 5. Buscar, en caso de venta, siempre el mejor precio y que las obligaciones de los acreedores se satisfagan a la mayor brevedad posible ... 11. Tener como beneficiario del presente fideicomiso a los acreedores debidamente registrados por el fideicomitente. 12. Expedir los certificados de garantía en favor de las instituciones crediticias y personas naturales o jurídicas que indique el fideicomitente ...” .”

4. De acuerdo con lo consignado en la cláusula decimoprimera de la escritura pública 1928 de junio 20 de 1994, de la notaría 32 de esta ciudad, “el registro y la expedición de los certificados de garantía, se efectuará previa comunicación escrita suscrita por el fideicomitente y entregada efectivamente a la fiduciaria, en la cual se señale de manera clara el nombre del acreedor, documento de identificación, NIT, monto de la obligación por capital, tasas de interés, fechas de vencimiento, domicilio del acreedor, etc., junto con comunicación suscrita por el representante legal del acreedor en la que manifieste que conoce y acepta los términos del presente contrato y señale las condiciones de las obligaciones garantizadas”.

“En la cláusula decimosegunda del mismo instrumento público se consignó: “Exigibilidad de la garantía: Cuando alguno de los beneficiarios de este contrato notifique a la fiduciaria por escrito, la mora superior a sesenta (60) días en cualquiera de las obligaciones garantizadas mediante el presente fideicomiso, sea por capital o intereses y accesorios, el fideicomitente autoriza expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para vender los inmuebles objeto de la presente fiducia bajo las siguientes condiciones: 1. La Fiduciaria realizara (sic) un avalúo dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación, cuyo valor será el precio inicial de oferta. El avalúo lo realizará quien hizo el inicial, si existiera, en cuyo caso será una actualización del avalúo existente, o una firma inmobiliaria adscrita a la lonja de propiedad raíz. 2. Si transcurridos tres (3) meses no se hubiere podido efectuar la venta en cuantía suficiente para atender la obligación en mora, el precio se reducirá al noventa por ciento (90%) del valor del último avalúo. 3. En caso de no lograrse el propósito; (sic) dentro de los dos meses siguientes, el precio se disminuirá en un diez por ciento (10%) y así sucesivamente mes a mes, hasta un límite del setenta por ciento (70%) del valor del avalúo. 4. En caso de que el producto de la venta del inmueble o inmuebles derivados de la venta total o parcial, resultara insuficiente para atender la totalidad de las obligaciones, este se distribuirá entre los acreedores garantizados proporcionalmente respecto del monto total de las obligaciones garantizadas. 5. Si cumplido el anterior procedimiento quedaren saldos insolutos, la fiduciaria transferirá dentro de los treinta (30) días siguientes, el bien o bienes estrictamente necesarios en dación en pago en favor de los beneficiarios en común y proindiviso, de acuerdo a criterios aceptados por todos los acreedores. Para efectos de determinar el valor de la dación en pago, se tomará como base el setenta por ciento (70%) del último avalúo comercial de que habla el numeral primero (1º) de esta cláusula. Parágrafo: Una vez recibido el producto del precio de la venta, la fiduciaria entregará a los beneficiarios dentro de los cinco (5) días siguientes a dicho pago, la suma que corresponda a la obligación cuya cancelación se exige incluidos los intereses corrientes y de mora. estas (sic) entregas podrán

efectuarse en forma parcial, dependiendo de la forma de pago estipulada con los compradores para la cancelación del precio del inmueble o inmuebles”.

“5. Dentro de los derechos de los beneficiarios, consignados en la cláusula decimotercera de la escritura pública 1928 de junio 20 de 1994 ella (sic) Notaría 32 de esta ciudad, se consignó: “3. Solicitar, dar escrito a la fiduciaria la venta total o parcial de los bienes del fideicomiso, para el pago de sus acreencias, previa notificación sobre el incumplimiento de ellas conforme al procedimiento establecido en el presente contrato”.

“6. Desde 199, (sic) la demandada Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, recibió notificación acerca de la cesación de pagos e incumplimiento de las obligaciones asumidas por el fideicomitente los demandantes y respaldadas con los certificados de garantía expedidos por la fiduciaria en desarrollo del contrato re fiducia mercantil en garantía contenido en la escritura pública 1928 de junio 20 de 1994 de la Notaría 32 del Círculo (sic) de Santafé de Bogotá, D.C.”.

“7. Habiendo recibido notificación sobre el mencionado incumplimiento desde la anotada fecha, la fiduciaria demandada no adelant  el procedimiento establecido en la cláusula décima segunda del contrato y, hasta la fecha, ni ha vendido el bien que constituye el patrimonio autónomo ni tampoco ha entregado en dación en pago a los acreedores”.

“8. Debido a la negligencia de la fiduciaria demandada, el inmueble que constituye el patrimonio autónomo se ha devaluado trayendo con esto perjuicio al fideicomitente, los demandantes y a los beneficiarios quienes ven disminuida la garantía de satisfacción de sus acreencias”.

“9. Paralelamente, también debido a la negligencia de la fiduciaria demandada —quien contaba con un claro y rápido procedimiento para la satisfacción de los créditos respaldados con los certificados de garantía expedidos por la fiduciaria y autorizados por el fideicomitente—, el monto de estos últimos ha aumentado en forma desmesurada por acción de los intereses de mora, haciéndose insuficiente la garantía para la completa satisfacción de todas las acreencias. Lo anterior incluso si se tomara como valor del inmueble objeto del fideicomiso, aquel que arrojan el avalúo inicial y el practicado en 1995”.

“10. Tanto la ley como la convención, consagran que la obligación de la fiduciaria es de medio y no de resultado y que la responsabilidad de aquella se extiende hasta la culpa leve; por ende, dependiendo de su exclusiva voluntad, una vez recibido el aviso re incumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente para con los beneficiarios, el aplicar el procedimiento previsto en la cláusula décima segunda del contrato de fiducia mercantil en garantía y de esta manera salvaguardar los intereses de unos y otros, el incumplimiento de dicha obligación genera la terminación del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios”.

“11. El contrato de fiducia fue igualmente incumplido por la demandada quien en la expedición de certificados de garantía, como es obvio, estaba obligada contractualmente a ceñirse a las instrucciones del fideicomitente y no lo hizo; en efecto, luego de recibir precisas instrucciones para expedir certificados a favor re la Caja Popular Cooperativa las desatendió totalmente al expedir a su favor certificado que además desconoc  el estudio financiero elaborado para atender las obligaciones adquiridas por el fideicomitente”.

“12. El 1  de abril de 1996 a través del grupo Sertes Ltda., Inmobiliaria —utilizada y recomendada por la demandada— se avalu  el inmueble constituido en patrimonio autónomo, en la suma de \$ 566.627.000”.

“13. Los perjuicios sufridos por los demandantes se traducen en la devaluación del inmueble que constituye el patrimonio autónomo creado para garantía de las obligaciones asumidas por el fideicomitente y en el aumento del valor de los créditos a causa de los intereses moratorios contabilizados a partir de la fecha en que, según los términos del contrato, debió venderse el inmueble objeto de la garantía y/o entregarse a los acreedores beneficiarios de los certificados de garantía en dación en pago hasta la fecha de la sentencia que ponga fin a esta controversia”.

“14. Los perjuicios también se extienden al valor de los gastos que ha tenido que sufragar el fideicomitente para poder atender las acciones judiciales iniciadas en su contra por los beneficiarios de los certificados de garantía, así como los de instalación y trámite de este Tribunal de Arbitramento”.

“15. He recibido poder suficiente para adelantar la presente acción”.

E. Respuesta a los hechos en la contestación de la demanda

La fiduciaria, al contestar la demanda, se pronunció sobre los hechos aducidos por los demandantes. Aceptó sin salvedades los marcados con los números 1, 2 y 12; el marcado con el número 6 fue aceptado parcialmente; se negó la veracidad de los marcados con los números 7, 9 y 11; sobre los marcados con los números 3, 4, 5, 10 y 14 dijo que no constituían hechos; manifestó no constarle el número 15; sobre el indicado como 8 solicitó que se probara y sobre el número 13 manifestó que este tampoco constituye un hecho y que, en todo caso, los perjuicios allí demandados deben probarse.

F. Pruebas practicadas

En el curso de esta actuación se decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

1. Interrogatorios de parte

- a) Rafael Omar Jiménez Cano (demandante). La prueba fue solicitada por la parte demandada. Se decretó en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. Fue oído en el curso de la audiencia realizada el día 16 de julio de 1998;
- b) Rafael Eduardo Correal Talero (representante legal de la demandada). La prueba fue solicitada por la parte demandante. Se decretó en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. Fue oído en el curso de la audiencia realizada el día 30 de julio de 1998, y
- c) Carlos Hernán Jiménez Morales (demandante). La prueba fue solicitada por la parte demandada. Se decretó en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. La parte interesada desistió de ella en el curso de la audiencia realizada el día 16 de julio de 1998, fecha para la cual debía realizarse.

2. Testimonios

- a) Luisa Fernanda Pinillos Medina. La prueba fue solicitada por la parte demandante y, aunque la petición no cumplía los requisitos legales, el tribunal la decretó de oficio en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. Fue oída en el curso de la audiencia realizada el día 27 de julio de 1998. Su testimonio versó sobre algunos aspectos del contrato de fiducia;
- b) María Claudia Dangond Quintero. La prueba fue solicitada por la parte demandante. Se decretó y practicó en el curso de la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos practicada en las oficinas de la Asociación de Diarios Colombianos, Andiaros. Su testimonio versó sobre una propuesta de dación en pago que le presentó a Andiaros el demandante señor Rafael Omar Jiménez Cano y sobre la notificación que Andiaros le hizo a Fiducafé relacionada con el incumplimiento de las obligaciones que habían sido respaldadas con la fiducia en garantía;
- c) Herney Carbonell Marín y César Sinisterra. La prueba fue solicitada por la parte demandada. Se decretó en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. La parte interesada desistió de ellas en el curso de la audiencia realizada el día 16 de julio de 1998, fecha en la cual debía practicarse;
- d) Lilian Isabel Gil Ramírez y María del Pilar Galvis Segura. Las pruebas fueron solicitadas por la parte demandante y, aunque la petición no cumplía los requisitos legales, el tribunal las decretó de oficio en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. La parte interesada desistió de ellas en el curso de la audiencia realizada el día 27 de julio de 1998, fecha en la cual debían realizarse, y
- e) Isaías Velasco Olave. La prueba fue solicitada por la parte demandada y, aunque la petición no cumplía los requisitos legales, el tribunal la decretó de oficio en el auto de pruebas que se dictó en el curso de la primera audiencia. La parte interesada desistió de ella en el curso de la audiencia realizada el día, 27 de julio de 1998, fecha en la cual debía sido realizarse.

3. Inspecciones judiciales con exhibición de documentos

A instancia de los demandantes en la primera audiencia de trámite se decretó la práctica de inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las oficinas de Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, Asociación de Diarios Colombianos, Andiarios, Caja Popular Cooperativa y Caja Financiera Cooperativa, Credisocial. Las dos primeras se realizaron el día 22 de julio de 1998 y las otras fueron practicadas al día siguiente. En el curso de ellas se tomaron las fotocopias, que se agregaron al expediente, de los documentos que se consideraron relevantes para esta actuación y que oportunamente se relacionaron, en el acta de la audiencia. En la diligencia que se practicó en Andiarios, se practicó también el testimonio de que se dio cuenta en el numeral anterior.

4. Inspección judicial

Por considerarlo conducente, el tribunal en la primera audiencia de trámite, decretó, de oficio, la práctica de una inspección judicial en el predio Altamira, objeto del contrato de fiducia en garantía. Para este fin, el día 24 de julio de 1998, el tribunal se trasladó a Cali, donde visitó el inmueble, el cual fue debidamente individualizado y, en general, se constataron las condiciones del mismo.

5. Peritazgos

a) Peritazgo inmobiliario. Por solicitud de la parte demandante, el tribunal en el auto inicial de pruebas, dictado en el curso de la audiencia del 8 de junio de 1998, decretó la práctica de un dictamen pericial para determinar “el porcentaje o valor de devaluación que ha sufrido el predio sobre el cual se constituyó el patrimonio autónomo del contrato de fiducia mercantil ...”. Para este efecto nombró como peritos a los doctores Eduardo Sterling Cabrera y Mario Navia Orjuela, quienes tomaron posesión de su cargo en el curso de la audiencia realizada el 14 de julio de 1998. Los peritos presentaron su informe y de él se corrió traslado a las partes en la audiencia del 9 de septiembre de 1998. La parte demandante solicitó su complementación, la cual, junto con otros aspectos que el tribunal consideró relevantes, fue decretada en la audiencia del 15 de septiembre de 1998; una vez recibida la respuesta de los peritos sobre los puntos cuya complementación y aclaración se había solicitado, se les corrió nuevamente traslado a las partes y en tal ocasión los demandantes objetaron el dictamen por error grave. Al ponerse en conocimiento de la demandada, esta contestó desestimando la objeción propuesta. Dado que las partes no solicitaron pruebas para probar sus objeciones y el tribunal también las consideró innecesarias, procede resolver tal objeción en este laudo.

El informe pericial, junto con sus adiciones determinó que el valor del predio fideicomitado es de \$ 241.470.000, que tal valor ha permanecido constante desde 1995 hasta la fecha, y

b) Peritazgo contable. Aunque, de acuerdo con lo manifestado por el tribunal, en la primera audiencia de trámite, el apoderado de la parte convocante modificó la solicitud de pruebas, en cuanto excluyó de la prueba pericial lo relativo a la tasación de los intereses moratorios de los créditos garantizados con la fiducia, para que estos fueran calculados directamente por el tribunal, en el curso de la audiencia celebrada el 30 de julio de 1998, el tribunal encontró conducente decretar, de oficio, una prueba pericial, con el fin de precisar el valor de las obligaciones amparadas con la fiducia en garantía y, para este fin, nombró como peritos a los doctores José Fernando Paredes Paredes y Ángel Miró Castillo. Este último fue excluido, de acuerdo con lo expresado por los apoderados de las partes que, basados en lo dispuesto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, solicitaron que la prueba fuese practicada por un solo perito. El perito se posesionó en la audiencia del 3 de agosto de 1998 y, luego de solicitar una prórroga del término que se le fijó inicialmente, petición que fue aceptada por el tribunal mediante el auto del 2 de septiembre siguiente, presentó su experticio, del cual se corrió traslado a las partes en la audiencia del 9 de septiembre de 1998. La parte demandada solicitó la complementación y aclaración del peritazgo, petición que fue acogida por el tribunal en la audiencia del día 15 de septiembre de 1998. Cumplida la labor por el perito, de ella se corrió traslado a las partes, en la audiencia celebrada el 29 de septiembre de 1998. En esa ocasión la parte demandante objetó el dictamen pero, como en el peritazgo anterior, tampoco pidió la práctica de pruebas para demostrar sus consideraciones. Tampoco las solicitó su contraparte en su escrito de respuesta y, el tribunal las consideró innecesarias. Ahora le corresponde pronunciarse sobre la objeción, lo cual hará en este mismo laudo.

6. Oficios

a) A instancia de la parte demandante, el tribunal en la primera audiencia de trámite ordenó oficiar al Juzgado 31 Civil del Circuito con el fin de certificar “la existencia y trámite del proceso ejecutivo de Caja Financiera Cooperativa Credisocial contra Rafael Omar Jiménez Cano y otros, radicación 12248” y para que remitiera “copia auténtica de la actuación”. Recibidas del juzgado estas fueron agregadas al expediente y puestas en conocimiento de las partes en el auto proferido en el curso de la audiencia celebrada el día 29 de septiembre de 1998;

b) La convocada, por su parte, solicitó librar oficio al señor notario 29 del Círculo de Santafé de Bogotá “para que certifique si en esa notaría, bajo el 491, se radicó la minuta de dación en pago, de Fiduciaria Cafetera S.A., a Asociación de Diarios Colombianos, Andianos, y/o Caja Popular Cooperativa y/o Caja Financiera Cooperativa, Credisocial. Habiendo sido decretada esta prueba por el tribunal, se libró la comunicación correspondiente, que fue diligenciada por la parte solicitante de la prueba. Se recibió respuesta del oficio, comunicando que la minuta de dación en pago fue radicada el 30 de octubre de 1997, bajo el 4591, que aparece a folios 266 y 267 del libro radicador; tal minuta se convirtió en la escritura pública 3155 del 25 de marzo de 1998 y, adjuntó fotocopia auténtica del folio correspondiente del libro radicador y la copia de tal escritura. la respuesta del oficio fue incorporada al expediente y de ella se, puso en conocimiento de las partes, por medio del auto del 6 de noviembre de 1998, y

c) Oficiosamente, el tribunal, en el auto de pruebas, ordenó librar los siguientes oficios:

— A la oficina de registro de instrumentos públicos de Cali, “para que remita, con destino a este expediente, una copia del certificado de tradición y libertad del inmueble Altamira, distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-0090908. Recibido el certificado solicitado, este fue puesto en conocimiento de las partes, mediante auto proferido en la audiencia del 9 de septiembre de 1998, y se agregó al expediente.

— A la oficina de catastro municipal de Cali para que remitiera, “... el estado de cuenta del inmueble Altamira, distinguido con la cédula catastral Y-00177”. La respuesta se adjuntó al expediente y se puso en conocimiento de las partes mediante el auto del 9 de septiembre de 1998.

— A la Corporación del Valle del Cauca, CVC, para que certificara “las limitaciones urbanísticas y ambientales que pesan sobre el inmueble Altamira ...”. Después de haberse complementado la información necesaria para que esa entidad pudiera dar la respuesta adecuada a la solicitud, esta remitió su respuesta, la cual se dio a conocer a las partes mediante el auto del 6 de noviembre de 1998.

— A la (*) Superintendencia Bancaria, para que remitiera la certificación sobre intereses bancarios corrientes y moratorios vigente. De este oficio se obtuvo la respuesta correspondiente, la cual fue puesta en conocimiento de las partes mediante el auto del 9 de septiembre de 1998.

7. Pruebas documentales

En el auto de decreto de pruebas, proferido en el curso de la primera audiencia de trámite, el tribunal ordenó tener por tales los documentos allegados por las partes junto con la demanda y su contestación. Además, se agregaron al expediente aquellos que se recaudaron en las diligencias de inspección judicial con exhibición de documentos y aquellos que se recibieron como respuesta a los oficios que libró.

II. Consideraciones del tribunal

A. Competencia del juez arbitral

1. El trámite reseñado en el capítulo I de antecedentes indica que no existe inconveniente alguno para que el tribunal pueda pronunciarse sobre la controversia, resaltando, además, que se encuentra en término para ello, pues, aunque la primera audiencia de trámite se surtió el 8 de junio de 1998, el proceso estuvo suspendido durante los días transcurridos entre junio 9 y julio 8 de 1998, ambos inclusive, por lo cual el término para proferir el laudo vence el día 8 de enero de 1999.

2. El tribunal, a su turno, fue debidamente integrado e instalado y los emolumentos fijados en el acta de Instalación fueron oportunamente cancelados por las partes.

3. Adicionalmente, habiéndose decidido las excepciones previas en forma desfavorable, y habiendo decidido el tribunal en forma positiva su competencia, mediante providencia que se halla ejecutoriada, decisión que ahora, después de haberse surtido toda la instrucción del proceso, es reiterada por el tribunal y en tal sentido confirma que la controversia planteada es susceptible de transacción, las partes son plenamente capaces, están habilitadas para transigir y actuaron en el proceso por conducto de apoderados debidamente facultados para ello.

B. Aviso de incumplimiento

La cláusula décima segunda del contrato de fiducia se refiere a la exigibilidad de la garantía y establece lo siguiente:

“Exigibilidad de la garantía: Cuando alguno de los beneficiarios de este contrato notifique a la fiduciaria por escrito, la mora superior a sesenta (60) días en cualquiera de las obligaciones garantizadas mediante el presente fideicomiso, sea por capital o intereses y accesorios, el fideicomitente autoriza expresa e irrevocablemente a la Fiduciaria para vender los inmuebles objeto de la presente fiducia bajo las siguientes condiciones: 1. La fiduciaria realizará un avalúo dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación, cuyo valor será el precio inicial de oferta. El avalúo lo realizará quien hizo el inicial, si existiera, en cuyo caso será una actualización del avalúo existente, o una firma inmobiliaria adscrita a la Lonja de propiedad raíz. 2. Si transcurridos tres (3) meses no se hubiere podido efectuar la venta en cuantía suficiente para atender la obligación en mora, el precio se reducirá al noventa por ciento (90%) del valor del último avalúo. 3. En caso de no lograrse el propósito; (sic) dentro de los dos (2) meses siguientes, el precio se disminuirá en un diez por ciento (10%) y así sucesivamente mes a mes, hasta un límite del setenta por ciento (70%) del valor del avalúo. 4. En caso de que el producto de la venta del inmueble o inmuebles derivados de la venta total o parcial, resultare insuficiente para atender la totalidad de las obligaciones, este, se distribuirá entre los acreedores garantizados, proporcionalmente respecto del monto total de las obligaciones garantizadas. Si cumplido el anterior procedimiento quedaren saldos insolutos, la fiduciaria transferirá, dentro de los treinta (30) días siguientes, el bien o bienes estrictamente necesarios en dación en pago en favor de los beneficiarios en común y proindiviso o de acuerdo a criterios aceptados por todos los acreedores. Para efectos de determinar el valor de la dación en pago, se tomará como base el setenta por ciento (70%) del último avalúo comercial de que habla el numeral primero (1º) de esta cláusula. Parágrafo: Una vez recibido el producto del precio de la venta, la Fiduciaria entregará a los beneficiarios dentro de los cinco (5) días siguientes a dicho pago, la suma que corresponda a la obligación cuya cancelación se exige, incluidos los intereses corrientes y de mora. Estas entregas podrán efectuarse en forma parcial, dependiendo de la forma de pago estipulada con los compradores para la cancelación del precio del inmueble o inmuebles”.

Con fundamento en la cláusula transcrita el apoderado de la parte demandante considera que el primer aviso de incumplimiento dado por uno de los acreedores beneficiarios específicamente el aviso de Andiaros dado a Fiducafé el día 25 de abril de 1995 tiene mérito suficiente para haber iniciado el procedimiento de venta estipulado en la citada cláusula contractual, y es a partir de la fecha de dicho aviso que deben contabilizarse los plazos previstos en la misma cláusula, para la venta del inmueble fideicomitado o, en su defecto, para la dación en pago.

Sobre este aspecto, tendiente a demostrar el incumplimiento por parte de la sociedad fiduciaria demandada, el apoderado de los demandantes sostiene, en su alegato de conclusión, lo siguiente:

“La demanda se dirige, específicamente, a demostrar que la fiduciaria incumplió el contrato y que con ello causó graves, serios y cuantiosos perjuicios a los demandantes, los cuales se cuantificarán en el curso del proceso”.

“Veamos, entonces, en qué consistían esos incumplimientos y como quedaron demostrados en el curso del litigio”.

“Dice la demanda que el contrato establecía un preciso procedimiento para ejecutar la garantía, en caso de incumplimiento por parte de los actores en la atención y pago de las obligaciones amparadas con certificados de garantía. Y no es una simple apreciación subjetiva del suscrito guiada por su compromiso de defender los intereses de la parte actora, sino que, efectivamente, la convención así lo contempla en la cláusula segunda”.

“Se lee allí que, cuando la fiduciaria reciba aviso escrito de cualquiera de los beneficiarios de certificados de garantía, donde se exprese que el deudor ha incurrido en mora superior a 60 días por capital o intereses, la

fiduciaria deberá proceder como se indica en la mencionada cláusula décima segunda”.

“Lo primero que tenemos que observar son las formalidades que impone el contrato a ese “aviso”. Sin embargo, luego de analizar cuidadosamente el texto, llegamos a la forzosa conclusión que la única formalidad es que sea por escrito. Nada dice en cuanto a que deba ir acompañada de determinados documentos para su validez o eficacia”.

“Incuestionablemente resulta lo anterior, si se tiene en cuenta que la consecuencia del aviso es la activación del proceso de ejecución de la garantía, es decir, la puesta en venta del bien o, agotada (sic) las modalidades previstas para la misma en el contrato, la dación en pago del inmueble a los acreedores por cuenta de su crédito. Documentos tales como el título valor en donde consta la obligación, la liquidación del crédito, etc., solo podrán ser exigidos al momento de pretenderse hacer la imputación del pago, ora por la venta, ora por la dación, ya que incluso hasta dicha fecha continuarán causándose intereses”.

“Nótese, inclusive, que puede presentarse el caso que el bien o conjunto de bienes constitutivos del patrimonio autónomo puedan resultar insuficientes para cubrir el monto final del valor de los créditos garantizados, teniendo los acreedores la posibilidad de perseguir a los deudores por los saldos insolutos, requiriendo para ello de la presentación del respectivo título valor. Lo anterior para significar y relieves que para que el aviso tuviera validez a la luz del contrato, solo requería presentarse por escrito sin que fuera necesario el acompañamiento de documento adicional alguno, como lo pretendió esgrimir la fiduciaria demandada para, así, trasladar el supuesto momento del aviso a una época diferente de aquella en que verdaderamente se realizó y presentó”.

“Recibido entonces el “aviso”, la fiduciaria debía ceñirse a un preciso procedimiento que constituía la instrucción expresa del fideicomitente para obtener o propender por la venta del inmueble que conformaba el patrimonio autónomo y que constituía el respaldo de las obligaciones garantizadas o, en caso de no cristalizarse la venta, efectuar la dación en pago a los acreedores- beneficiarios de los certificados de garantía”.

Por su parte la apoderada de la demandada considera, en su alegato de conclusión, que el mencionado aviso no tuvo la fuerza vinculante suficiente para iniciar el procedimiento previsto en la cláusula décima segunda del contrato, para efectos de lo cual hace el siguiente razonamiento:

“Andiarios envió a Fiducafé S.A. el oficio 950503 recibido el 26 de abril de 1995 en el que solicitó honrar la garantía por el pago de intereses. Este oficio no informa el tiempo de la mora, la cual según la cláusula señalada no podía ser inferior a sesenta (60) días; tampoco remite copia del respectivo documento que recoge la obligación principal ni certificación sobre liquidación de lo que hasta la fecha le adeudaba el fideicomitente deudor (fl. 151)”.

“No solo por ser práctica de prudencia corriente en las fiduciarias sino también dadas las precarias condiciones de la comunicación re incumplimiento, Fiducafé pone al corriente de dicho oficio a su fideicomitente el siguiente 2 de mayo de 1999 (fl. 14). Como respuesta, recibe la instrucción de abstenerse de ejecutar la garantía con base en dicha comunicación, hasta tanto se aclaren fundamentadas dudas de su deuda con esa entidad por cuanto, en su sentir, no estaban claras y expresamente dadas las condiciones para dar cumplimiento a la cláusula 12 del contrato. Dice así:”

“Procedo a dar respuesta a su comunicación (j-06) del día de ayer. Para poder dar certificación sobre el cumplimiento de nuestras obligaciones con la Asociación de Diarios Colombianos, Andiarios, resulta indispensable que tanto ustedes como nosotros conozcamos lo siguiente:”

“1. La naturaleza de los títulos crediticios que configuran la mora que Andiarios aduce en que estamos incurso con ella”.

“2. La cuantía que en su sentir está en mora”.

“3. Un facsímil auténtico de los títulos que incorporan estas obligaciones”.

“Por lo demás me anticipo a ponerlo en conocimiento de que nuestras obligaciones con los restantes beneficiarios del certificado de garantía se encuentran al día ...”. (fl. 156)”.

“La liquidación del crédito y el documento, o copia que lo contiene, son soportes indispensables para comenzar un proceso de ejecución de la garantía, máxime, cuando el propio deudor confiesa tener dudas sobre su deuda, como sucedió en el presente caso”.

“Si bien es cierto que la garantía fiduciaria es abstracta y autónoma, afecta a un patrimonio autónomo o especial destinado a una finalidad, cuya exigibilidad, validez y existencia no están sujetas a declaratoria de ejecución por parte del órgano jurisdiccional del Estado de la obligación originaria que ella garantiza, no es menos cierto que la relación jurídica que por virtud de la expedición del certificado de garantía se genera entre el patrimonio autónomo corro garante y el acreedor como garantizado, nace precisamente de la existencia de esa obligación. De suerte que, la efectividad de la garantía fiduciaria está supeditada al comportamiento que haya tenido la satisfacción o insatisfacción de la relación contractual de mutuo entre el acreedor y el deudor fideicomitente”.

“El certificado garantiza esa obligación y no otra; por tanto, si esa obligación deja de existir en todo o en parte por satisfacción total o parcial cuando el certificado deba hacerse efectivo, irremediamente la garantía fiduciaria deberá seguir su misma suerte”.

“En este orden de ideas y precisamente acatando los postulados de la diligencia, lealtad, probidad y transparencia que impone la ética del fiduciario en el cumplimiento del contrato, Fiducafé procedió a cerciorarse sobre la realidad de lo adeudado antes de proceder a pagar. En el caso concreto, no solo por lo dicho, sino por cuanto podría tratarse de un eventual abuso del derecho por parte de Andiaros, lo que implícitamente denunciaba el señor Jiménez en la misiva transcrita y que ratificó en diligencia re interrogatorio llevada a cabo en audiencia del 14 de julio de 1998 cuando al ser preguntado sobre el particular, clara y explícitamente pone de presente que, para esa fecha (abr. 2/99), dudaba de la buena fe de Andiaros, pues sospechaba que podrían cobrarle la deuda dos veces ya que no sabía qué documentos o títulos valores cubría el certificado (pregunta 3)”.

“Si a la inquietud del fideicomitente le sumamos la renuencia de Andiaros en remitir a mi representada la liquidación de la obligación y los documentos en los que ella constaba, a pesar de que en varias oportunidades fue requerida para lo propio (mayo, 12 y 31, sep. 29 y oct. 23/99; fls. 18, 160, 166 y 169 es su orden), la prudencia le imponía a Fiducafé abstenerse de iniciar el procedimiento establecido desde el 25 de abril de 1995”.

“La ley colombiana, cómo (sic) si lo hacen otras legislaciones, la mexicana, por ejemplo, no contempla un procedimiento puntual y específico re realización de la garantía. Así las cosas, las entidades autorizadas para ejercer la actividad fiduciaria, para ello, deben estarse a lo que digan los respectivos contratos, pero, enmarcado dentro de disposiciones legales corro el artículo 871 del Código Comercio que obliga no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos”.

“El deber indelegable que le impone a las sociedades fiduciarias el numeral 4º del artículo 1234 del Código de Comercio de proteger y defender los bienes fideicomitidos, entre otros, contra actos del beneficiario; la prohibición legal de hacerse justicia por su propia mano lo que equivaldría al abandono de los bienes del deudor en beneficio del acreedor beneficiario; la inexistencia en el contrato de fiducia del pacto comisorio donde se estipule que en caso de incumplimiento del fideicomitente deudor, los bienes fideicomitidos o el producto de su venta se entreguen sin verificación ninguna en manos de los acreedores, de suyo y así no lo diga el contrato, obliga a las fiduciarias, en su actuar prudente, previo a ejecutar la garantía, realizar gestiones encaminadas a proteger el patrimonio autónomo ya que la finalidad del contrato se cumpla con la transparencia debida”.

“Es por eso que se exige que el requerimiento escrito del beneficiario acreedor informando el incumplimiento se acompañe el título valor o documento de carácter civil o comercial, “otorgados, girados, avalados, endosados, aceptados o firmados por el fideicomitente, según reza, (sic) la cláusula 1º del contrato. No cualquier incumplimiento implica irremediamente la realización de la garantía fiduciaria”.

“La notificación de dicho requerimiento al fideicomitente deudor se justifica para que pueda oponerse a la realización de la garantía, que no es otra que el patrimonio autónomo constituido con bienes de su propiedad y finalmente su ejecución proviene de una autorización expresa que emana de la voluntad suya. Pero como también las fiduciarias deben cumplir la finalidad del contrato y responder también ante los acreedores, le da un plazo prudencial para que haga esa manifestación”.

“En este orden de ideas, mal hubiera podido Fiducafé iniciar el procedimiento señalado en la cláusula 12ª desde el 2 de abril de 1995, como lo reclama el demandante”.

Para resolver este asunto, que es de especial importancia, el tribunal hace las siguientes consideraciones:

a) Debe precisarse que en desarrollo del contrato de fiducia celebrado, Fiducafé emitió los siguientes certificados de garantía, a favor de los acreedores que tenían sus créditos insatisfechos al momento de iniciarse la ejecución:

Certificado N°	Beneficiario	Capital garantizado
002	Andiarios	\$ 75.000.000
003	Credisocial	\$ 116.000.000
004	Credisocial	\$ 16.500.000
005	Credisocial	\$ 144.000.000
006	Credisocial	\$ 151.000.000
007	Caja Popular Cooperativa	\$ 103.000.000

b) El análisis se circunscribe, por el momento, al certificado de garantía 002 emitido a favor de Andiarios cuyas características son:

Obligación	Pagaré 82408
Beneficiario	Asociación de Diarios Colombianos, Andiarios, NIT 860.007.690-4 calle 61 N° 5-20 Santafé de Bogotá
Valor del crédito	Setenta y cinco millones de pesos M/L (\$ 75.000.000)
Plazo	Treinta (30) de noviembre de 1995
Intereses	Tres por ciento (3%)
Período de intereses	Mensual
Forma de pago de los intereses	Mensual vencido
Amortización de capital	Una (1) cuota al vencimiento del plazo
Lugar de pago	Santafé de Bogotá, D.C.
Garantizado	Servicios Técnicos de Mercadeo Jiménez Jaramillo Ltda. “S.T.M.J. Ltda.” NIT 800.049.475-9”;

c) Con base en el citado certificado de garantía Fiducafé recibió el día 26 de abril de 1995 la comunicación de Andiarios, fechada el día anterior, en la que le comunica a Fiducafé el incumplimiento por parte de la sociedad Servicios Técnicos de Mercadeo Jiménez Jaramillo Ltda., S.T.M.J. Ltda., de la obligación garantizada “... en lo relativo al pago de los intereses durante el plazo, que hasta la fecha no han sido cancelados y que según el mismo certificado de Garantía se pactaron a razón del tres por ciento (3%) mensual, pagaderos mes vencido”;

d) Mediante comunicación J-067 del 2 de mayo de 1995 Fiducafé informa a Rafael Omar Jiménez Cano acerca del aviso dado por Andiarios, remitiéndole copia del mismo y dándole plazo hasta el 8 de mayo de 1995 para la entrega de una certificación sobre el cumplimiento de las obligaciones con Andiarios, pues de lo contrario debía informar a los demás beneficiarios de certificados de garantía sobre el incumplimiento e iniciar el proceso de venta del bien fideicomitido. Hay constancia de recibo de esta comunicación por parte de S.T.M.J. Ltda., el día 3 de

mayo de 1995;

e) Así mismo, mediante comunicación J-066 de la misma fecha, 2 de mayo de 1995, Fiducafé envió comunicación a Andiaros remitiéndole copia de la anterior e informándole que “cumplido el término que se indica en la carta, procederemos a dar a conocer la comunicación a las demás entidades beneficiarias de certificados de garantía, como son Caracol Televisión y Credisocial, con el fin de iniciar el proceso de venta del inmueble”;

f) En respuesta a la comunicación J-067 de Fiducafé, el señor Rafael Omar Jiménez Cano, actuando como presidente de S.T.M.J. Ltda., envía la carta 0192 del 4 de mayo de 1995 en la que expresa:

“Procedo a dar respuesta a su comunicación (J-067) del día de ayer. Para poder dar certificación sobre el incumplimiento de nuestras obligaciones con la Asociación de Diarios Colombianos, Andiaros, resulta indispensable que tanto ustedes Como nosotros conozcamos lo siguiente”:

“1. La naturaleza de los títulos crediticios que configuran la mora que Andiaros aduce en que estamos incursos con ella”.

“2. La cuantía que en su sentir está en mora, el monto específico de los intereses y las bases para su determinación”.

“3. Un facsímil auténtico de los títulos que incorporan estas obligaciones”.

Por lo demás me anticipo a ponerlo en conocimiento de que (sic) nuestras obligaciones con los restantes beneficiarios del certificado de garantía re encuentran al día”;

g) Con todo este trámite puede apreciarse la oportunidad que Fiducafé le dio al fideicomitente, para que en un término muy breve le certificara o informara sobre el cumplimiento de la obligación garantizada, y

h) Frente a lo anterior, surgen las siguientes preguntas:

¿Fiducafé procedió bien al haber informado al fideicomitente sobre el aviso de incumplimiento?

Por el contrario, ¿Fiducafé ha debido limitarse al aviso dado por Andiaros para iniciar el procedimiento de venta previsto en la cláusula, décima segunda del contrato, sin necesidad de informárselo al fideicomitente?

Analizado este punto con mucho detenimiento, el tribunal considera que la conducta asumida por Fiducafé, no solamente fue prudente y diligente, sino que además cumplir con el deber de permitirle al fideicomitente ejercer su derecho de defensa en un procedimiento como el previsto en la cláusula décima segunda del contrato de fiducia, derecho que se traduce en la oportunidad que tiene de informarle a la fiduciaria que efectivamente ha incumplido sus obligaciones, o que estas han sido cumplidas total o parcialmente, con las consecuencias que se derivaran de tales circunstancias.

El ejercicio del derecho de defensa está consagrado, de manera clara y precisa, en el Decreto 2348 de 1995 que, al referirse a los contratos irrevocables de fiducia de garantía de inmuebles en favor de bancos hipotecarios y corporaciones de ahorro y vivienda para seguridad de sus operaciones activas de crédito destinadas a la adquisición de vivienda, dispone en su artículo 3° lo siguiente:

“ART. 3°— Protección a los constituyentes. La (*) Superintendencia Bancaria velará para que en este tipo de contratos se garantice al deudor constituyente el debido proceso y el derecho de defensa en la realización y liquidación de los contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía” .

En ejercicio de su derecho de defensa el fideicomitente habría podido manifestarle a Fiducafé que no podía expedir la certificación solicitada por no haber cumplido sus obligaciones con Andiaros o guardar silencio, lo cual habría podido dar lugar a la iniciación del procedimiento de venta, tal como la propia fiduciaria se lo había expresado a Andiaros mediante la comunicación del 2 de mayo de 1995 antes mencionada. No obstante, el fideicomitente, a través de la sociedad por él garantizada, le expresó a la fiduciaria en carta del 4 de mayo algunas inquietudes relacionadas con la obligación u obligaciones garantizadas para poder dar la certificación de cumplimiento

solicitada, inquietudes que por su propio contenido permitieron a Fiducafé solicitarle a Andiaros información más precisa sobre el incumplimiento, esto es, el monto de los intereses debidos por la sociedad garantizada y el envío de la copia del título garantizado (comunicación J-081, mayo 12/95, fl. 158). La información exigida a Andiaros, para efectos de proceder a la ejecución de la fiducia, corresponde a las inquietudes expresadas por el fideicomitente en la comunicación del 4 de mayo, que podían abrigar dudas sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones garantizadas, razón por “la cual, en criterio del tribunal, la Fiduciaria se limitó a hacer las exigencias respectivas que fueron el resultado del ejercicio del derecho de defensa del fideicomitente. Sobre este punto existe en el expediente la correspondencia cruzada entre Fiducafé y Andiaros, en la que se puede apreciar la disparidad de criterios que se presentó entre ambas entidades en relación con la información que se debía suministrar y la documentación que se debía presentar para la ejecución de la garantía, entendiéndose el tribunal la dificultad para Andiaros de presentar el pagaré debidamente diligenciado, en consideración a que la obligación subyacente vencía tan solo el 30 de noviembre de 1995 y la dificultad para Fiducafé de proceder a la ejecución de la garantía sin la presentación de la copia del citado pagaré, debido a que en el propio certificado de garantía 002 se hacía referencia al pagaré por la suma de \$ 75.000.000. Al efecto pueden verse las comunicaciones que obran en los folios 160, 161, 166, 167, 168, 169, 170, 171 y 172 del cuaderno de pruebas 1.

No obstante la anterior dificultad, lo que debe destacarse para los efectos de la controversia que constituye el objeto del presente proceso es que la parte demandante argumenta ahora que Fiducafé ha debido iniciar el procedimiento de venta con el aviso dado por Andiaros mediante carta del 25 de abril de 1995 “sin que fuera necesario el acompañamiento de documento adicional alguno, Como lo pretendió esgrimir la fiduciaria demandada para así, trasladar el supuesto momento del aviso a una época diferente de aquella en que verdaderamente se realizó y presentó”, cuando fueron precisamente las inquietudes expresadas por el fideicomitente, a través de la sociedad garantizada, las que motivaron la actuación de la fiduciaria para exigir la presentación de la información sobre el estado de la deuda y la copia del pagaré debidamente diligenciado. Sobre este último aspecto debe advertirse que Fiducafé no exigió la presentación del original sino copia del mismo.

En otras palabras, en criterio del tribunal no es congruente la actitud asumida por el fideicomitente al momento de ejercer su derecho de defensa, de presentar ante la fiduciaria algunas inquietudes que ponían en tela de juicio su incumplimiento ante el acreedor garantizado, y la asumida en esta demanda al pretender considerar como fecha del aviso, para efectos de la iniciación del procedimiento de venta, la correspondiente a la carta de Andiaros fechada el 25 de abril de 1995, máxime si se advierte que en el interrogatorio de parte el señor Rafael Omar Jiménez admitió que las inquietudes presentadas por él como representante de la sociedad garantizada obedecieron a evitar el doble cobro de la deuda. Debe advertirse que mediante comunicación del 26 de septiembre de 1995, recibida por Fiducafé el 28 del mismo mes y año, Rafael Omar Jiménez le reitera a Fiducafé sus exigencias en relación con la solicitud de Andiaros, al expresar, que “Referente a Andiaros, considero necesario que Ustedes, le soliciten la naturaleza de los títulos crediticios, valor que configuran la mora que aducen en su carta 950805 y las bases para su determinación como también porqué (sic) reclaman intereses sobre el certificado de garantía desde la fecha de su expedición por Fiducafé. Igualmente, un facsímil auténtico de los títulos que incorporan estas obligaciones” (fl. 236).

Por lo anterior el tribunal comparte el criterio de Fiducafé y de su apoderada al considerar como fecha del aviso la del 19 de diciembre de 1995, para efectos de lo estipulado en la cláusula décima segunda del contrato. Lo contrario sería propiciar el aprovechamiento por parte del fideicomitente de su propia culpa.

Ahora bien, existen hechos que permitan pensar que Fiducafé entendió que el aviso del 25 de abril de 1995 había dado inicio al procedimiento previsto en la cláusula decimosegunda del contrato, como son la comunicación del 19 de julio de 1995 dirigida a Artemo Franco Mejía negocios de finca raíz, mediante la cual le solicita efectuar la gestión de venta del inmueble en el menor tiempo posible (cdno. de pruebas 1, fls. 100 a 103), como lo destaca el apoderado de la parte demandante en su alegato de conclusión, y la comunicación J-231 del 24 de agosto de 1995, mediante la cual la Fiduciaria le informa a Rafael Omar Jiménez C., Carlos Hernán Jiménez M y Servicios Técnicos de Mercadeo que no es posible cambiar el “encargo fiduciario de garantía” (sic) por un encargo fiduciario de venta debido, de una parte, a que “existen certificados de garantía en manos de beneficiarios y la modificación del contrato implica desmejorar sus derechos” y, de otra, “Como ustedes bien saben, en virtud de la solicitud de Andiaros, la fiduciaria inició venta del inmueble”. (fl. 46).

No obstante lo anterior, existen en el expediente otros elementos que permiten corroborar la apreciación del tribunal sobre este punto.

En efecto, mediante memorando del 6 de julio de 1995 la secretaría general y jurídica de Fiducafé, que obra en el folio 372 del cuaderno de pruebas 1, le comunica a la contraloría de la misma fiduciaria “que el doctor Rafael Omar Jiménez Cano, fideicomitente en el fideicomiso Altamira, informó a Fiducafé que se encuentra en dificultades económicas y por lo tanto, empezará pronto a incumplir las obligaciones garantizadas con el fideicomiso de la referencia. Por esta situación le solicito iniciar el proceso de venta del inmueble transferido a título de fiducia en garantía, para que tan pronto como se empiecen a vencer las obligaciones, la fiduciaria disponga del dinero de la venta del inmueble”. Como consecuencia de lo anterior, la contraloría de Fiducafé envía al gerente de la oficina en la ciudad de Cali la comunicación fechada el 12 de julio (fls. 101 y 102) en la que le informa sobre la necesidad de iniciar el proceso de venta del inmueble, y este último produce la comunicación de fecha 19 de julio de 1995 dirigida a la señora Elizabeth de Morales, ejecutiva de ventas de Artemo Franco Mejía negocios de finca raíz, mediante la cual, ratificando la conversación telefónica del día anterior, le solicita efectuar la gestión de venta del inmueble en el menor tiempo posible. Dos meses más tarde, en comunicación del 29 de septiembre de 1995 dirigida a Credisocial, con motivo de la refinanciación de las obligaciones a cargo de Rafael Omar Jiménez Cano y de la posible emisión de un nuevo certificado de garantía, Fiducafé advierte lo siguiente:

“Sin embargo, debemos informarles que el fideicomitente nos ha ordenado proceder a la venta del inmueble comprometido y hemos iniciado las gestiones pertinentes al consignar este en varias empresas inmobiliarias de la ciudad de Cali y ordenar su reavalúo. Queremos aclarar que tales gestiones no tienen el carácter de ejecución de la garantía sino que por el contrario, se encaminan a proveer a nuestro garantizado de una fuente de pago para la atención de sus obligaciones”.

“En tal medida, por su conducto informamos a Credisocial que estamos dispuestos a expedir un certificado de garantía en desarrollo del fideicomiso Altamira para respaldar el pagaré que contenga la refinanciación de los créditos del señor Rafael Omar Jiménez Cano y que, paralelamente, continuaremos desarrollando la gestión de venta del inmueble fideicomitado pero sin considerar esta gestión como ejecución de la garantía ofrecida” (fls. 240 y 241).

El tribunal observa que este planteamiento de la fiduciaria no es consecuente con la carta del 24 de agosto de 1995 antes referida, no obstante lo cual el considerar que la fiducia no se encontraba en su etapa de ejecución es lo que le permite al propio fideicomitente obtener la refinanciación de sus obligaciones, primero ante Credisocial y luego ante la Caja Popular Cooperativa, como enseguida veremos.

Así las cosas, Credisocial le comunica a Fiducafé el incumplimiento de las obligaciones de Rafael Omar Jiménez Cano mediante carta de fecha 21 de julio de 1995, en la que también solicita “... hacer efectivas las garantías dadas como respaldo del crédito otorgado al señor Omar Jiménez” (fl. 235). Sin embargo, mediante carta del 26 de septiembre de 1995 (fl. 236) el fideicomitente le informa a la fiduciaria que ha llegado a un acuerdo de refinanciación con Credisocial y le solicita que los certificados de garantía 003 y 004 los cambie por uno solo y le advierte que una de las condiciones fijadas por Credisocial es la de que el bien inmueble se ponga en venta. Esta comunicación origina la carta 298 del 29 de septiembre antes mencionada (fls. 240 y 241), en la cual Fiducafé precisa a Credisocial, en los siguientes términos, las razones por las cuales la ejecución de la garantía no es compatible con la refinanciación de las obligaciones:

“Tal exigencia se contrapone a las cláusulas contenidas en el contrato re fiducia en garantía 4-0013 mediante el cual se constituyó el fideicomiso ya mencionado. En la cláusula sexta de este contrato, Fiducafé se obliga a “... 4. Proceder a la venta, cuando se den las condiciones que se establecen en el presente contrato ...” (resaltamos). Cuáles son esas condiciones? En forma expresa la cláusula décima segunda del mismo texto señala: “... Cuando alguno de los beneficiarios de este contrato notifique a la fiduciaria por escrito, la mora superior a sesenta (60) días en cualquiera de las obligaciones garantizadas mediante el presente fideicomiso “la fiduciaria se entiende autorizada por el Fideicomitente para proceder a la venta del inmueble afectados”.

En el caso que nos ocupa, encontramos una operación de refinanciación de un crédito que respaldaremos con el correspondiente certificado de garantía de conformidad con las instrucciones impartidas por el fideicomitente y en

concordancia con los datos suministrados por ustedes. No existe una mora que nos permita ejecutar la garantía y por lo tanto no es posible comprometernos con el requisito exigido por ustedes”.

En estas condiciones se expidió el certificado de garantía 005 por valor de \$ 144.000.000, el cual se anuló posteriormente y se sustituyó por el 006 por valor de \$ 151.000.000, lo que le permite concluir al tribunal que ambas partes entendieron que en ese momento la fiducia no estaba en su etapa de ejecución, por lo cual no puede alegarse ahora, por parte del demandante, que sí lo estaba para tener como fecha de iniciación del proceso previsto en la cláusula décima segunda el 25 de abril de 1995, fecha de la primera comunicación de Andiarrios.

Algo similar ocurrió con el certificado de garantía 007 por valor de \$ 103.000.000 expedido el 31 de octubre de 1995 a favor de la Caja Popular Cooperativa, para cuya aceptación por parte de esta entidad es importante tener como antecedente el ofrecimiento que le hizo la asesora jurídica doctora Lilian Gil, mediante comunicación del 18 de septiembre de 1995 (fls. 597 y 598), al afirmar que “En cuanto a garantías, estaríamos en condiciones de proteger su acreencia con títulos de fiducia sobre el fideicomiso Altamira, constituido y vigente mediante contrato con Fiducafé”.

C. El certificado de garantía en favor de la Caja Popular Cooperativa

La expedición de este certificado merece consideración especial, razón por la cual el tribunal pasa enseguida a ocuparse de su estudio y análisis.

En efecto, en uno de los hechos de la demanda (11) se afirma que Fiducafé incumplió el contrato de fiducia al no ceñirse a las instrucciones del fideicomitente cuando no expidió el certificado de garantía a favor de la Caja Popular Cooperativa y, además, por cuanto la fiducia se encontraba en su etapa de ejecución.

Sobre este último aspecto el tribunal hizo antes el análisis correspondiente, para concluir que existió un entendimiento de las partes para no considerar la fiducia en su etapa de ejecución y, por ende, la posibilidad de continuar emitiendo certificados de garantía.

En cuanto a la expedición misma del certificado se observa en el expediente (fl. 507) una comunicación dirigida por Omar Jiménez Cano a la Fiduciaria Cafetera de fecha 25 de octubre de 1995, pero con sello de recibo por parte de la Caja Popular Cooperativa (no de la fiduciaria), en la que dice:

“Expresándome en mi propio nombre y como agente oficioso de Carlos Hernán Jiménez Morales, en nuestra condición de fideicomitentes del fideicomiso altamira, les notifico nuestra expresa autorización para que, a solicitud de la entidad Caja Popular Cooperativa y siempre y cuando se den las condiciones estipuladas en el contrato de fiducia, expidan a favor de aquella, con destino a la protección del pasivo a cargo de sociedad publicitaria de medios, los títulos de .garantía adicionales que pudieren resultar disponibles dentro de los límites de su cobertura, bien por disminución de otros pasivos, o bien por ampliación del cupo en razón de actualizaciones del avalúo del patrimonio autónomo”.

Igualmente al folio 506 obra otra comunicación, también fechada el 25 de octubre de 1995, en las mismas circunstancias de la anterior, esto es, dirigida por Omar Jiménez Cano a la Fiduciaria Cafetera, pero recibida por la Caja Popular Cooperativa, en la que manifiesta:

“Expresándome en mi propio nombre y como agente oficioso de Carlos Hernán Jiménez Morales, en nuestra condición de fideicomitentes del fideicomiso altamira, les solicito tomar nota se que están ustedes autorizados para emitir a favor de la entidad Caja Popular Cooperativa un título de garantía fiduciaria sobre dicho patrimonio autónomo, por el total de la cuantía disponible una vez que por parte de aquella se acredite la existencia de un título valor que incorpore un crédito a mi cargo y/o de la compañía “Sociedad Publicitaria de Medios”, sujeto a las siguientes modalidades:

a) Plazo de gracia de un (1) año contado a partir de su otorgamiento;

b) Cuantía equivalente a la suma de lo actualmente adeudado más la capitalización de los intereses a causarse durante dicho año;

- c) Plazo total de cinco (5) años (cuatro adicionales al año de gracia) para la cancelación total del crédito, y
- d) Amortización trimestral durante esos cuatro (4) años, en cuotas trimestrales iguales”.

Adicionalmente se observa al folio 505 una carta en hoja blanca (sin membrete) de fecha 26 de octubre de 1995, dirigida a Ana María Abello, ejecutiva fiduciaria, por alguien (firma ilegible) que dice actuar por poder de María Luz Jiménez Cano, asistente presidencia, en la que manifiesta, sin referencia alguna, lo siguiente: “Anexo fotocopias de cartas con sello de recibido para su respectivo trámite”, y aparece constancia de recepción por Fiducafé el día viernes 27 de octubre de 1995 a las 11:14 a.m.

De otra parte, en el folio 502 aparece la carta que, con fecha 31 de octubre de 1995, dirige la vicepresidente administrativo de la Caja Popular Cooperativa a Fiduciaria Cafetera S.A., informándole sobre la remisión de la carta del señor Carlos Hernán Jiménez Morales mediante la cual “autoriza a Fiducafé a emitir los certificados de garantía sobre el Fideicomiso Altamira a favor de la Caja Popular Cooperativa, a fin de garantizar las obligaciones contraídas por Sociedad Publicitaria de Medios y/o Omar Jiménez Cano” (fl. 502). El tribunal observa, sin embargo, que el anexo de la carta corresponde a la comunicación de instrucciones generales presentada, con fecha 25 de octubre de 1995, por el señor Omar Jiménez Cano, según folio 504. Adicionalmente le adjunta “la carta de aprobación de un crédito por la suma de \$ 103.000.000 que se amparará con la fiducia en garantía emitida por Fiducafé cuyas condiciones fueron las siguientes (fl. 503):

“Cuantía	\$ 103.000.000
Plazo	36 meses
Período de gracia	6 meses
Intereses	36% anual trimestre vencido
Garantía	Certificado de garantía expedido por Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé, fideicomiso constituido sobre el predio rural denominado altamira, ubicado en el corregimiento de los Andes, vereda Cabuyal, municipio de Cali departamento del Valle”.

Sobre el particular el tribunal considera que el sistema de comunicación empleado por el fideicomitente, en sus relaciones con la fiduciaria y particularmente para los efectos de las instrucciones relacionadas con la emisión del certificado de garantía en comento es, por decir lo menos, anómalo, y no consulta, en el sentir del tribunal, el principio de la buena fe, que no es otro que la recíproca lealtad de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones, ciñendo su conducta a las normas de la rectitud y del buen obrar.

No obstante todo lo anterior, el fideicomitente obtuvo de la Caja Popular Cooperativa la refinanciación de sus obligaciones en condiciones que, si bien no coinciden con la propuesta original, le permitieron recibir los beneficios implícitos en toda refinanciación de pasivos, los cuales han sido reconocidos por él, como se desprende de las respuestas dadas en su interrogatorio.

Para el tribunal es claro que el certificado de garantía emitido por una sociedad fiduciaria en representación de un patrimonio autónomo, con la finalidad de garantizar obligaciones del fideicomitente o de terceros, no es constitutivo de la o las obligaciones garantizadas. Mal podría entonces el fideicomitente alegar que la expedición del certificado de garantía a favor de la Caja Popular Cooperativa es la causante de su incumplimiento, al no haber podido el deudor ajustar su flujo de fondos presupuestado o “dando al traste con nuestra proyección financiera”, como lo afirma la apoderada del señor Jiménez (fl. 70). Ese incumplimiento se produce exclusivamente por el comportamiento mismo del deudor. En este orden de ideas, la expedición del certificado de garantía 007, en las condiciones y con los antecedentes antes indicados, no constituye, a juicio del tribunal, la causa del incumplimiento del deudor, ni de los perjuicios alegados por los fideicomitentes.

D. El procedimiento de venta

Sobre este tema, el tribunal, por las razones antes expuestas, considera que el procedimiento debió iniciarse el 1º

de febrero de 1996, esto es, cumplidos los sesenta días (60) de la mora de la obligación garantizada a favor de Andiaros.

Partiendo de esta fecha, pasa a examinar el tribunal lo relativo al cumplimiento del procedimiento previsto en la cláusula décima segunda del contrato.

Según la citada cláusula, dentro del término de los quince (15) días siguientes la fiduciaria debía ordenar el avalúo del bien fideicomitado a "... quien hizo el inicial, si existiera, o una firma inmobiliaria adscrita a la Lonja de Propiedad Raíz".

El tribunal aprecia en el expediente la comunicación de fecha 6 de febrero de 1996, mediante la cual la vicepresidencia operativa de Fiducafé en Bogotá le solicita a la gerencia de su oficina en Cali "ordenar de inmediato el reavalúo del inmueble ...". (fl. 115) y le informa que el avalúo fue practicado por la firma Grupo Sertes Ltda., Inmobiliaria ..." indicando nombre del gerente, dirección, teléfono, etc., y rogando especial atención al asunto. En relación con este mismo tema se encuentra el documento del 5 de febrero de 1996, que obra al folio 114, en el que la misma vicepresidencia ordena colocar avisos de venta y visitar el inmueble para dejar constancia mediante acta del estado en que se encuentra la finca. Adicionalmente, le ordena desplazarse al inmueble para verificar el estado de la finca y suscribir el acta con la persona que atienda la diligencia. Así mismo, el documento FC VO 271-96 de febrero 6 de 1996 mediante el cual la fiduciaria le comunica al señor Jiménez sobre el hecho de haber solicitado la práctica del nuevo avalúo, el cual, una vez obtenido, permitiría intensificar la labor de venta. (fl. 55).

No obstante lo anterior, no obra en el expediente constancia alguna de la diligencia realizada por Fiducafé para ordenar a la firma inmobiliaria inicial el reavalúo de la finca; se deduce del expediente que la solicitud del nuevo avalúo la hizo el fideicomitente Rafael Omar Jiménez Cano o la Sociedad Publicitaria de Medios. En efecto, consta la comunicación del 2 de abril de 1996, dirigida por la ejecutiva de garantías (E) de Fiducafé a la oficina de Cali, remitiendo copia de la carta de la Sociedad Publicitaria de Medios, de fecha 29 de marzo de 1996, suscrita por la doctora Lilian Gil, cuyo original obra al folio 175, (recibida por la fiduciaria el 1º, abr./96), en la que le informa los datos relativos a la Inmobiliaria Sertes para efectos de agilizar el trámite del avalúo y manifiesta su conformidad con dicha firma (fl. 117). A su turno, la firma Sertes envía a la Sociedad Publicitaria de Medios, mediante comunicación GS-00263-95 del 1º de abril de 1996, el nuevo avalúo del inmueble (fl. 344 y ss.), fijándolo en la suma de \$ 566.627.000, documento que Rafael Omar Jiménez Cano remite a la fiduciaria mediante carta del 24 de abril de 1996 (fls. 20 y 118), la cual es respondida por esta mediante carta de fecha 25 de abril de 1996 en la cual acusa recibo del avalúo realizado por S.T. Grupo Sertes Ltda. y le informa que la fiduciaria va a "ordenar efectuar una auditoría, por cuanto observamos que tiene un precio superior a los anteriores"; además le solicita la entrega del inmueble a la mayor brevedad posible en consideración al contrato de comodato celebrado a título precario (fl. 61). La información sobre la necesidad de realizar una auditoría al citado avalúo fue transmitida por la fiduciaria a los acreedores beneficiarios. (fls. 177 y 211).

Como consecuencia de la auditoría solicitada a María Amalia Umaña sobre el reavalúo practicado por la firma Sertes, y del informe suministrado por ella el día 20 de junio de 1996 (fls. 406, 407), se destaca, entre otros aspectos, la existencia de una reserva forestal que pesa sobre el inmueble para concluir que el valor del inmueble es de \$ 399.000.000.

Sobre el tema de la auditoría, la apoderada de Rafael Omar Jiménez Cano le manifestó a la fiduciaria que no se oponía a su realización, no obstante lo cual le expresó que le parecía "mentira que se considere sospechosa una actualización del valor de un inmueble que al cabo de un año arroja un incremento inferior a la compensación de la devaluación monetaria, que es lo mínimo que en nuestra economía puede esperarse de la propiedad raíz, así estemos hablando de la crítica situación de la ciudad de Cali. Igualmente, resulta llamativo el hecho de que Fiducafé cuestione una labor que formaba parte de sus propias responsabilidades, y que se cumplió tal cual está estipulado en el contrato".

El criterio de la fiduciaria en esta materia, expresado en carta J-174 del 8 de mayo de 1996 (fl. 64) fue considerar que su actuación era "un procedimiento comercial corriente de prudencia y diligencia en la actividad fiduciaria y es reflejo de la responsabilidad frente a los acreedores informar el resultado final de las investigaciones sobre el

precio real del inmueble”.

La auditoría ordenada sobre el reavalúo pudo obedecer a los antecedentes que tuvo la propia fiduciaria en las gestiones de venta que se realizaron durante el año de 1995, las cuales resultaron fallidas, como se desprende de los informes dados al respecto (fls. 100 a 113, 119 y 120), sumado al deterioro que se había venido presentando en la ciudad de Cali en todos los sectores de la actividad económica y especialmente en el de la propiedad raíz, como en relación con este último aspecto lo admite también la apoderada del doctor Jiménez Cano en la comunicación antes mencionada dirigida a la Fiduciaria. (fl. 63).

Con posterioridad al informe de auditoría presentado por la señora Umaña, la fiduciaria mediante comunicación J-273 del 4 de junio de 1996 (fl. 122), dirigida a los señores Henry Carbonell Marín, César Sinisterra y Grupo S.T. Sertes Ltda., les pone de presente en relación con el avalúo practicado por ellos el día 1° de abril de 1996 que se ha “tenido conocimiento que la finca se encuentra en un área de reserva forestal, situación que en ningún momento, ha sido reflejada por ustedes en los dos (2) avalúos que practicaron (mayo 3/95-mar. 30/96)”, razón por la cual les solicita “informar a esta fiduciaria, si ustedes al realizar los avalúos, contemplaron esta limitación en la comerciabilidad del bien”. Además les solicitaron “ratificar su concepto sobre el valor del bien, pues estamos en proceso de dación en pago sobre las obligaciones que en esta carta se mencionan, pues los señores (sic) Jiménez, están en cesación de pagos”.

La firma Sertes da respuesta a la anterior solicitud mediante carta del 16 de julio de 1996 así:

“Para aclarar la duda en el sentido de si el inmueble objeto de avalúo se encuentra en una (sic) área de reserva forestal, comedidamente nos permitimos remitirle copia del plano de Santiago de Cali (parte pertinente), en la cual se estipula que dicho inmueble se encuentra ubicado en área de parque y recreación; así mismo, le estamos adjuntando fotocopia de las Normas (sic) que regulan dichos usos”.

“Con relación al punto de la rectificación de nuestro concepto sobre el valor del bien, queremos manifestarle que en Santiago de Cali, se viene presentando en los últimos meses un fenómeno de desvalorización muy importante de la finca raíz, en general, y la tendencia es a seguir el proceso de pérdida de valor”.

“Por lo anteriormente expuesto consideramos que el bien objeto de avalúo a la fecha julio 16 de 1996, tiene un valor comercial (sic) así;”

	Área m ²	Valor m ²	Valor total
Terreno	38.000.00	6.800	258.400.000
Construcción	1.235.00	200.000	<u>247.000.000</u>
Total valor avalúo			\$ 505.000.000

Son: quinientos cinco millones cuatrocientos mil pesos mcte.”. (fls. 408, 409).

Retomando el tema de las gestiones de venta, la fiduciaria, en el mes de mayo de 1996, encarga de la venta del inmueble a algunas firmas especializadas en el negocio de finca raíz (fls. 130 a 134), para efectos de lo cual les envía fotocopia del avalúo del predio rural ubicado en el corregimiento de los Andes, vereda El Cabuyal; sobre la carretera que conduce a Cristo Rey, en el municipio de Cali. Estas gestiones no dieron tampoco resultados positivos, pero debe admitirse que el esfuerzo realizado por la fiduciaria se limitó a esos encargos, máxime si se advierte que desde comienzos del año de 1996 el propio fideicomitente le solicitó expresamente a la fiduciaria hacer la dación en pago. Si bien las razones que adujo el fideicomitente para considerar que la fiducia en su etapa de ejecución a comienzos de 1996 estaba en la dación en pago, las cuales no comparte el tribunal, como antes se vio, lo cierto es el interés manifestado por el fideicomitente de hacer la dación y el ser este el mecanismo idóneo de solución de obligaciones dada la dificultad que se presentaba en el mercado de finca raíz, por razón de la recesión que se venía observando en Cali.

En relación con las gestiones de venta, el apoderado de los fideicomitentes e endilga a la fiduciaria su falta de

actividad, argumentando que tan solo se limitó a comunicarse con algunos intermediarios de finca raíz, haciéndoles el correspondiente encargo, pero sin realizar propiamente una gestión de venta, lo cual se constituye en un incumplimiento de la fiduciaria de sus obligaciones derivadas del contrato de fiducia.

Sobre este aspecto de las gestiones de venta, el tribunal estima la viabilidad de hacerlas a través de firmas especializadas en el negocio de finca raíz, pero admite la ausencia de una estrategia de venta en el presente caso, aunque se advierte, desde entonces, el propósito del fideicomitente de recurrir a la dación en pago.

En efecto, las gestiones de la dación en pago se comenzaron el 27 de junio de 1996 (fl. 66) convocando al señor Jiménez y su apoderada a una reunión para el 5 de julio de 1996 con el fin de acordar los aspectos operativos de la dación; advirtiéndoles previamente que según la auditoría practicada el valor comercial del inmueble era inferior y que el inmueble estaba gravado con una declaración de reserva forestal, “lo cual hace que tenga menor valor comercial”; además les solicitó un plano de localización del bien para remitírselos a los acreedores, quienes tenían interés de conocer el bien; también les manifestó la necesidad de concertar una cita para; viajar a Cali con los acreedores garantizados y hacer entrega formal del bien. Posteriormente, mediante Carta J-358 del 15 de agosto de 1996 (fl. 67) les solicitó el envío del paz y salvo notarial del inmueble para efectos de poder adelantar las gestiones relacionadas con la dación en pago.

Durante el desarrollo de este proceso de dación en pago, la apoderada del señor Jiménez, mediante comunicaciones de agosto 1º y septiembre 9 de 1996 (fls. 68 a 72) propone a los acreedores garantizados “Dar por canceladas íntegramente sus acreencias, recibiendo el inmueble sin cuantificar su valor, a prorrata de sus respectivos derechos. A título de reciprocidad y buena voluntad, su aceptación acarrearía nuestro compromiso de efectuar de inmediato la entrega material del mismo, de tal manera que ustedes puedan tomar posesión y disponibilidad de él, sin dilaciones ni perturbaciones de ninguna especie”.

Teniendo en cuenta que el plazo del anterior ofrecimiento vencía el 30 de septiembre y ante el silencio de los acreedores garantizados, la Fiduciaria remite al fideicomitente la Carta J-465 del 27 de setiembre de 1996, mediante la cual le comunica que hasta esa fecha no ha recibido respuesta de los acreedores sobre la oferta mercantil planteada por su apoderada, razón por la cual le expresa que “Como Fiducafé necesita concluir el negocio según lo dispuesto en el contrato, estamos entregando a los acreedores garantizados la minuta para entregar en dación en pago el bien ya sí cancelar las obligaciones garantizadas”; igualmente les manifiesta que “Fiducafé desea conocer sus opiniones al respecto”. Adicionalmente, les pide nuevamente “el recibo de pago del impuesto predial y el paz y salvo notarial para proceder a la escritura de dación en pago” (fl. 73).

De otra parte, se desprende del análisis de! expediente que el día 24 de octubre de 1996 se celebró una reunión de la fiduciaria con los acreedores garantizados, a la cual no asistió el fideicomitente, para tratar temas relacionados con el negocio fiduciario; como consecuencia de la reunión la fiduciaria envía al señor Rafael Omar Jiménez ya su apoderada la carta 530 del 29 de octubre de 1996 (fl. 74), mediante la cual le comunica, además de la extrañeza de los acreedores por la no asistencia de los fideicomitentes a la reunión, las siguientes decisiones de los acreedores adoptadas en la citada reunión:

“1. No aceptan la oferta mercantil de fecha 9 de noviembre (sic) de 1996”.

“2. Solicitan entregar todos los avalúos a una nueva firma auditora para verificación, pues consideran que el valor del bien solo serviría para cubrir una parte de las acreencias”.

“3. Solicitan los fideicomitentes un pronunciamiento sobre la liquidación de las obligaciones amparadas”.

“4. Requerir el recibo de pago del impuesto predial de la finca altamira por el año de 1996”.

Como se desprende de lo antes expuesto y de las pruebas que obran en el expediente en relación con el proceso de la dación en pago del bien, es importante destacar los siguientes aspectos que son relevantes en la decisión que tomará este tribunal para la solución del conflicto planteado:

1. El cuestionamiento inicial que hace la fiduciaria sobre el avalúo de bien y la dificultad de lograr un consenso sobre el valor del mismo para efectos de la dación en pago, como consecuencia de lo cual los acreedores

garantizados solicitaron nuevo avalúo que fue contratado con la firma Valuaciones Inmobiliarias Ltda., miembro, entre otras, de Fedelonjas, e inscrita en el registro nacional de avaluadores, firma que avalúo el inmueble en la suma de \$ 245.826.000, como consta en el documento de fecha 2 de diciembre de 1996 dirigido a Fiducafé (fl. 418 y ss.).

2. La dificultad de poner de acuerdo a todos los acreedores beneficiarios sobre la liquidación del fideicomiso y el texto del documento de dación en pago para la solución de obligaciones. (véanse, entre otros, los documentos que obran a los fls. 80, 81, 82, 85, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 99).

La dación se perfecciona el día 25 de marzo de 1998, mediante el otorgamiento de la escritura pública 3.155 en la Notaría 29 del Círculo de Santafé de Bogotá, para efectos de lo cual se tuvo en cuenta el avalúo practicado por la firma Valuaciones Inmobiliarias Ltda., esto es la suma de \$ 245.826.000, habiéndose realizado la dación por un valor equivalente al 70% de ese avalúo, es decir la suma de \$ 172.078.200, solucionando obligaciones a favor de Andianos por valor de \$ 39.233.830; a favor de Credisocial por valor de \$ 78.983.893; ya favor de la Caja Popular Cooperativa por valor de \$ 53.860.476.

La minuta de la dación en pago fue radicada por la fiduciaria en la Notaría 29 el día 30 de octubre de 1997.

3. La falta de colaboración del fideicomitente en la parte operativa de la dación en pago al no devolver oportunamente el bien a la fiduciaria, del cual tenía la tenencia en su carácter de comodatario. (véanse, entre otros, los documentos que obran a los fls. 56, 57, 63, 65, 66, 72)

La devolución del bien a la fiduciaria se produjo el día 30 de junio de 1998, según lo confesó el propio Rafael Omar Jiménez en su Interrogatorio de parte (pregunta 13).

4. El no pago oportuno de los impuestos sobre el inmueble que, conforme al contrato de fiducia, estaban a cargo de los fideicomitentes, a pesar de la insistencia por parte de la fiduciaria. (véanse, entre otros, los documentos que obran a los fls. 73, 75, 89, 90, 95, 96, 99)

Debe advertirse que el día 6 de agosto de 1997 el apoderado del fideicomitente Rafael Omar Jiménez Cano, le informó sobre el pago de los impuestos, pero al indagar la fiduciaria por el estado de cuenta del inmueble, la administración municipal estableció, a 13 de agosto de 1997 la existencia de una obligación tributaria insoluta de \$ 1.031.722 (fl. 142).

Teniendo en cuenta los aspectos anteriores, que el tribunal ha querido destacar, proceden las siguientes consideraciones.

En relación con la actitud asumida por la fiduciaria frente al avalúo del bien dado por la firma Grupo S.T. Sertes Ltda., el tribunal observa la falta de su diligencia inicial para la contratación del reavalúo del bien en los términos previstos en el contrato, pues a pesar de haber impartido oportunamente órdenes internas a su oficina en la ciudad de Cali, no verificó su cumplimiento, dejando que el fideicomitente contratara el avalúo que se produjo al final del mes de marzo de 1996 y fue conocido por la fiduciaria el 25 de abril de 1996. No obstante haberse producido por esta circunstancia un retraso en la iniciación del proceso de venta, lo cierto es que la fiduciaria inició, a los pocos días de recibir el avalúo, las gestiones de venta del inmueble sin que se hubiese realizado una labor importante en esta materia, teniendo en cuenta las dificultades de venderlo y la idea de entregarlo en dación en pago, en atención a la situación financiera de los deudores garantizados ya la solicitud del mismo fideicomitente expresada por su apoderada desde el comienzo del ario 1996.

En otras palabras, el procedimiento previsto en la cláusula décima segunda del contrato para la exigibilidad de la garantía no se cumplió estrictamente en cuanto hace referencia a las ofertas de venta, sus plazos y condiciones, pero se advierte que la etapa de la dación en pago se inició dentro de los plazos previstos en el contrato. Por este aspecto el tribunal considera que el no cumplimiento estricto de dicho procedimiento no causó perjuicio alguno al fideicomitente.

La cuestión que surge, sin embargo, en relación con el avalúo mismo, es la siguiente: ¿Era viable ordenar una auditoría sobre el avalúo, para concluir luego que el valor comercial del inmueble era menor, especialmente por la

circunstancia del gravamen derivado de la reserva forestal que afectaba su comerciabilidad? ¿Con fundamento en el contrato de fiducia celebrado, la fiduciaria estaba autorizada para apartarse del nuevo avalúo del bien si se advierte que fue practicado por la misma firma que realizó el avalúo inicial, en los términos estipulados en el numeral 1° de la cláusula segunda del contrato?

La fiduciaria ha esgrimido argumentos para justificar su actitud, especialmente la responsabilidad que también le asiste frente a los acreedores garantizados. Asimismo, el fideicomitente alega en defensa de sus derechos el estricto cumplimiento del contrato.

Este tribunal entiende que la labor del fiduciario, basada en la confianza que se deriva de su propia actividad, lo coloca en una posición que le debe permitir mantener un justo equilibrio entre las partes, para evitar que en un negocio de fiducia en garantía los acreedores garantizados puedan verse perjudicados en sus derechos, al estar obligados a recibir en pago un bien cuyo valor puede estar por encima de su valor real, lo cual constituiría un beneficio indebido para el fideicomitente, o, al contrario, para evitar que los acreedores puedan beneficiarse indebidamente en perjuicio de los derechos e intereses del fideicomitente.

En este orden de ideas, el tribunal entiende la actuación de la fiduciaria al considerar que el bien no podía tener un valor tan alto, dadas las circunstancias antes indicadas, por lo cual estima que la iniciativa de realizar una auditoría sobre el reavalúo no puede ser ajena a sus funciones como fiduciario y aprecia por este aspecto una conducta prudente y diligente en aras de mantener el equilibrio antes anotado, máxime si se advierte que la apoderada del fideicomitente manifestó no oponerse a la auditoría, aunque expresó su extrañeza por la duda que habría podido surgirle a la fiduciaria sobre el valor del bien. Se observa que a pesar de haber tomado esta iniciativa, la fiduciaria ordenó hacer las gestiones de venta sobre la base del nuevo avalúo, habiéndolo remitido a las firmas especializadas en finca raíz; es más, frente a la oferta mercantil que presentó la apoderada del fideicomitente, consistente en dar por canceladas íntegramente las acreencias recibiendo el inmueble sin cuantificar su valor, la Fiduciaria, antes del vencimiento de la oferta, informó al fideicomitente haber remitido a los acreedores la minuta de dación en pago para “entregar en dación en pago el bien y así cancelar las obligaciones garantizadas” (fls. 73, 183, 217 y 259).

Posteriormente, al no haber sido aceptada la mencionada oferta, los acreedores solicitan que el inmueble sea nuevamente avaluado, y dicho avalúo, a la postre, vino a servir de base para la dación. El tribunal considera que en el momento en que la fiduciaria acepta ese procedimiento, se aparta de la instrucción contenida en el acto constitutivo, si se tiene en cuenta que conforme al numeral 5° de la cláusula decimosegunda del contrato “para efectos de determinar el valor de la dación en pago, se tomará como base el setenta por ciento (70%) del último avalúo comercial de que habla el numeral 1° de esta cláusula”, siendo el último avalúo hasta ese momento, en los términos del contrato, a juicio del tribunal, el realizado por la firma Grupo S.T. Sertes Ltda., que valoró el inmueble en la suma de \$ 505.400.000.

¿Cuál ha debido ser, entonces, la conducta de la fiduciaria frente al dilema que se le presentó de la existencia de un avalúo que conforme al contrato podía ser superior a su valor comercial y la exigencia de un nuevo avalúo por parte de los acreedores beneficiarios, que vino a ser por valor inferior, no previsto en el contrato, sobre el cual no consta en el expediente la aceptación del fideicomitente?

La solución al interrogante planteado está prevista en el precepto contenido en el numeral 5° del artículo 1234 del Código de Comercio, conforme al cual es deber del fiduciario “Pedir instrucciones al superintendente bancario cuando ... deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando a sí lo exijan las circunstancias. En estos casos el superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario”.

Lo anterior significa entonces que en el caso en estudio la fiduciaria ha debido pedir instrucciones al superintendente bancario para apartarse de las autorizaciones contenidas en la cláusula decimosegunda del contrato de fiducia, en cuanto hace referencia al valor del bien para efectos de la dación en pago. Este es el procedimiento previsto en la ley y al cual tiene derecho el fideicomitente (D. 2348/95, art. 3°). El no haberlo observado implica violación de la Fiduciaria a dicho precepto. Debe advertirse, sin embargo, que la estipulación contractual deja un margen de negociación, en cuanto al valor mismo de la dación toda vez que puede oscilar entre el 70% y el 100% del respectivo avalúo.

Procede entonces analizar las consecuencias derivadas de tal incumplimiento para establecer si se causaron o no perjuicios al fideicomitente.

El tema lo plantea el tribunal por las opiniones diversas que se presentaron durante el desarrollo del negocio en relación con el valor del bien fideicomitado.

En el cuadro siguiente se presentan los avalúos dados al inmueble:

Fecha	Avaluador	Valor
14-III-94	Pedro Vallejo Sucesores	\$ 432.085.580.10
3-IV-95	Grupo Sertes Ltda.	\$ 470.075.000.00
1-IV-96	Grupo Sertes Ltda.	\$ 566.627.000.00
20-VI-96	María Amalia Umaña	\$ 399.000.000.00
16-VII-96	Grupo Sertes Ltda.	\$ 505.400.000.00
2-XII-96	Valuaciones Inmobiliarias Ltda.	\$ 245.826.000.00

Como puede apreciarse, se presentan diferencias importantes en la valoración del bien, destacándose en el año 1995 la existencia de una reserva forestal, que no fue observada por la fiduciaria al momento de la celebración del contrato de fiducia a mediados de 1994, pero tampoco fue manifestada por los fideicomitentes, quienes como poseedores y propietarios no podían ignorarlo.

Ante la diversidad de valores, durante el presente proceso ya solicitud de la parte demandante, se practicó la prueba pericial sobre el inmueble para establecer la desvalorización del bien durante el período comprendido entre 1995 y 1998; el peritazgo arrojó como resultado, que el bien tiene un valor de \$ 241.470.000, el cual "... se ha mantenido invariable para el inmueble desde los años 1995, 1996, 1997 y 1998, debido a que durante este período el mercado inmobiliario ha manifestado una clara recesión en todos los sectores. Por otra parte el área específica donde se ubica el inmueble no experimenta actividad alguna que haya generado variación en sus precios o en su comercialidad".

Frente a la situación planteada, el tribunal acoge como valor del bien, para los efectos del presente proceso, el asignado por los peritos evaluadores, valor que el tribunal considera adecuado de acuerdo con la visita que el propio tribunal realizó al inmueble durante la diligencia de inspección judicial decretada de oficio y practicada el día 24 de julio de 1998.

Debe advertirse que el apoderado de la parte demandante ha objetado el dictamen pericial, objeción que el tribunal resolvió desfavorablemente por las razones que en este laudo se expresan.

Ahora bien, con fundamento en el mencionado avalúo, que asciende a la suma de \$ 241.470.000, el tribunal estima necesario analizar el comportamiento de las partes durante la ejecución de la fiducia y, concretamente durante la etapa de la dación en pago.

En efecto, como antes se destacó, la fiduciaria insistió a finales del mes de septiembre de 1996 ante los acreedores beneficiarios en la necesidad de que recibieran el bien a título de dación en pago, para lo cual remitió la minuta de dación tomando como precio de la misma el 70% del avalúo practicado por la firma Sertes el día 16 de julio de 1996, esto es la suma de \$ 505.400.000.

A partir de ese momento, ¿podría afirmarse que la demora en realizar la dación en pago es atribuible a la fiduciaria?

En otras palabras, ¿Fiducafé es la causante de la demora que los demandantes pretenden atribuirle para derivarle su responsabilidad por el incumplimiento del contrato de fiducia?

Por este aspecto el tribunal estima que desde el momento del ofrecimiento de la dación, inclusive desde antes, se presentaron una serie de factores ajenos al comportamiento de la fiduciaria, como quiera que la dación en pago no dependía exclusivamente de su voluntad.

En efecto, de una parte, el comportamiento del fideicomitente contribuyó en gran medida a la no oportuna realización de la dación, como quiera que se abstuvo en su calidad de comodatario de restituir el bien para permitirle a la fiduciaria hacerle entrega del mismo a los acreedores beneficiarios en desarrollo de la dación. Debe recordarse que en esta materia es deber de la fiduciaria, además de otorgar a favor de los acreedores la respectiva escritura pública, hacer la tradición del dominio del bien, la cual requiere de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos y de la entrega material. (C. Co., art. 922). Como lo confiesa el señor Jiménez en su interrogatorio, tan solo el día 30 de julio de 1998 restituyó el bien, razón por la cual es claro para el tribunal que el, incumplimiento de los fideicomitentes, en su carácter de comodatarios, no facilitó la dación en pago, como ya lo había advertido su apoderada en cartas del 1º de agosto y 9 de septiembre de 1996.

Adicionalmente, la fiduciaria, desde que comenzó las gestiones de la dación, solicitó al fideicomitente el pago del impuesto predial y la entrega del correspondiente paz y salvo notarial, en consideración a la necesidad de este último para el otorgamiento de la escritura pública de dación ya que era su obligación conforme a lo estipulado en el contrato, solicitud que se hizo reiterativa a lo largo del proceso y que solo vino a cumplir tardíamente el fideicomitente.

De otra parte, los mismos acreedores beneficiarios contribuyeron a retardar la formalización de la dación en pago como quiera que, aparte del cuestionamiento del valor del bien, no se pusieron de acuerdo rápidamente en el valor de la dación, en consideración al margen de negociación que el mismo contrato de fiducia les brindaba al permitir un margen entre el 70% y el 100% del avalúo, y en el texto mismo de la dación. Reconociendo, como debe hacerse, la realidad de los negocios, no es lo mismo una fiducia en garantía cerrada en favor de un único acreedor y una fiducia en favor de varios acreedores, pues en este último caso es más dispendioso lograr acuerdos que satisfagan todos los intereses.

Lo anterior permite concluir al tribunal que el retardo de la formalización de la dación en pago no es imputable a la fiduciaria, a pesar de las diligencias que realizó para lograrla, dadas las circunstancias que se presentaron durante su desarrollo ya pesar de no haber recibido el pago de su remuneración estipulada en el contrato por parte del fideicomitente.

En razón de la mención que hace el apoderado de los convocantes, en su alegato de conclusión, del proceso de pago por consignación, como medio para cancelar a los beneficiarios de la fiducia las obligaciones a su favor, el tribunal considera que la fiduciaria no faltó al deber de procurar la dación en pago, por no haber intentado la acción que echa de menos la parte demandante, en aras de cumplir con la finalidad del contrato, debido a que, a juicio del tribunal, no se dieron, en el presente caso, las circunstancias previstas en el artículo 1657 del Código Civil. En efecto, los acreedores beneficiarios estaban de acuerdo en que se les hiciera la dación, más no en el avalúo del bien ni en el precio de la dación, teniendo en cuenta el margen de negociabilidad previsto en el acto constitutivo. Además, exigiendo la ley el cumplimiento de las formalidades necesarias para proceder al pago por consignación, tampoco era posible acudir a este mecanismo, debido a que, de una parte, el fideicomitente no cumplió oportunamente con su obligación de pagar los impuestos prediales y obtener el respectivo certificado de paz y salvo, requisito indispensable para cumplir la formalidad de la escritura pública correspondiente, y, de otra, no restituyó oportunamente el bien, para permitirle a la fiduciaria cumplir con la tradición del mismo, en los términos previstos en el artículo 922 del Código de Comercio.

Lo que sí considera el tribunal como incumplimiento de la fiduciaria, durante el proceso, fue el haberse apartado de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, sin haberle pedido instrucciones a la (*) Superintendencia Bancaria, de acuerdo con el procedimiento, que con carácter imperativo, “establece el artículo 1234 del Código de Comercio esbozando simplemente una hipótesis, es probable que el superintendente bancario, después de oír a las partes, hubiese ordenado un nuevo avalúo para impartir las respectivas instrucciones. Pero lo cierto es que Fiducafé no cumplió con ese deber, razón por la cual violó el citado precepto y, por este aspecto, es responsable,

como lo declarará este tribunal en la parte resolutive del presente laudo. Para medir el perjuicio ocasionado por ese incumplimiento, el tribunal considera que debe responderle al fideicomitente por la diferencia entre el valor por el cual se realizó la dación en pago y el valor máximo por el cual se habría podido dar el bien en dación en pago, teniendo en cuenta el avalúo dado por los peritos designados dentro del presente proceso.

E. Objeciones a los dictámenes periciales

En escrito del 2 de octubre de 1998, el apoderado de la parte actora objetó por error grave el dictamen pericial y su adición rendidos al tribunal, por los peritos Mario Navia Orjuela y Eduardo Sterling Cabrera con fechas 6 de agosto de 1998 y 22 de septiembre de 1998.

Sus argumentos pueden resumirse así:

1. El avalúo de la firma Valuaciones Inmobiliarias Ltda., no coincide en el tiempo con la fecha en la cual “debió perfeccionarse la dación ya que se refiere la pregunta formulada a los peritos época establecida por el perito José Fernando Paredes Paredes, sustantivamente distinta a la fecha en que se practicó el avalúo por parte de Evaluaciones Inmobiliarias Ltda.”.
2. Existen avalúos hechos por firmas especializadas y miembros de la Lonja de Propiedad Raíz, ... el inmueble tenía un precio de \$ 570.000.000”.
3. “El error consiste entonces en no justipreciar el inmueble en la época adecuada, esto es la establecida por el contrato y en el dictamen del perito Paredes Paredes. Pero además consiste en tener en cuenta un avalúo ordenado por los beneficiarios de los certificados de garantía, acreedores”.

En más de una ocasión, como en el caso que nos ocupa, se han presentado en el proceso y aportado como parte del acervo probatorio diversos avalúos de inmuebles, constituyéndose en fuente de discusión sobre los alcances de los mismos.

El tribunal, por solicitud de la parte demandante, en el auto inicial de pruebas, dictado en el curso de la audiencia del 8 de junio de 1998, compartiendo plenamente la necesidad de la prueba frente a la existencia de diferentes avalúos que obran en el proceso, decretó la práctica de un dictamen pericial para determinar: “El porcentaje o valor de devaluación que ha sufrido el predio sobre el cual se constituyó el patrimonio autónomo del contrato de fiducia mercantil”.

La conclusión final de los peritos sobre el precio del inmueble en comento es clara y definitiva “El valor configurado en nuestro informe de avalúo o sea la suma de \$ 241.470.000 es a nuestro juicio, el precio se ha mantenido invariable para el inmueble desde los años 1995, 1996, 1997 y 1998, debido a que durante este período el mercado inmobiliario ha manifestado una clara recesión en todos los sectores. Por otra parte, el área específica donde se ubica el inmueble no experimenta actividad alguna que haya generado variación en sus precios o en su comercialidad”.

No comparte el tribunal los argumentos del apoderado del demandante al objetar el dictamen pericial y su adición por error grave, por las siguientes razones:

1. No es aceptable la confusión, en cuanto a fechas, que pretende establecerse entre el dictamen pericial inmobiliario y el dictamen del perito contable José Fernando Paredes Paredes.

El señor apoderado del demandante deriva consecuencias jurídicas inaceptables del dictamen del perito José Fernando Paredes Paredes, quien, en su escrito del 23 de septiembre de 1998 fue explícito al afirmar que se trataba de meros supuestos, como expresamente lo manifiesta en el numeral 2º:

“Los intereses moratorios se liquidaron bajo un supuesto tomando como fecha inicial para proceder a la venta o dación en pago del bien inmueble en fiducia y no como fecha cierta y definitiva por cuanto esa definición le compete al honorable Tribunal de Arbitramento.

Este mismo concepto y con toda claridad está expresado en el numeral 2º de las conclusiones, a sí como en todo el

dictamen pericial se deja contenida de que dichas fechas son tomadas como un supuesto para poder realizar una liquidación de intereses moratorios y no como una fecha que esté definiendo los peritos como cierta” (negrilla del tribunal).

2. Existen como ha quedado señalado en el laudo distintos avalúos sobre el inmueble en comento, motivo por el cual el tribunal juzgó que era necesaria la práctica de la prueba pericial, para aclarar las apreciaciones en los distintos avalúos y la conclusión a la cual llegaron los peritos, después de un análisis, que el tribunal juzga completo, del inmueble mismo, de la incidencia sobre aquel del estatuto de usos del suelo y normas urbanísticas en el municipio de Santiago de Cali, aprobado en octubre 27 de 1994 y sancionado por el alcalde de Cali como acuerdo 10 del 15 de diciembre de 1994 y del mercado inmobiliario en la región, le parece plenamente satisfactoria.

3. Tanto el dictamen inicial como su aclaración y los documentos anexos del mismo muestran inequívocamente que los peritos realizaron su tarea adecuadamente, visitaron el área, analizaron la influencia de las normas urbanísticas y llegaron a la cifra comentada. Por esta razón el tribunal no comparte el juicio del señor apoderado de la parte actora quién desestima el trabajo por “tener en cuenta un avalúo ordenado por los beneficiarios de los certificados de cambio”, ya que si bien coinciden las cifras, hay suficientes elementos en el experticio que le permiten al tribunal concluir que la labor fue realizada por los peritos conforme a las costumbres y prácticas en esta actividad.

4. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “Conforme a la crítica jurídica y a las reglas generales que rigen la prueba pericial, debe entenderse que error grave debe ser de naturaleza tal, que al estar debidamente comprobado dé base para juzgar que ha influido total o siquiera parcialmente en la mente de los peritos para dar su dictamen, esto es, que si no hubiera sido por tal error el dictamen no habría sido el mismo” (auto, S. de Negocios Generales, sep. 25/39) ⁽¹⁾ .

Y en otro auto aclaró aún más su doctrina al respecto “Es evidente a todas luces que al juzgador corresponde apreciar el dictamen pericial, examinar si los juicios o razonamientos deducidos por los peritos de los testimonios que figuran en el proceso tiene un firme soporte legal, o si los demás elementos de convicción que para ello tuvieron en cuenta los expertos carecen o no de fuerza suficiente para apoyar las respectivas conclusiones del peritazgo. Si se objeta un dictamen pericial por error grave, los correspondientes reparos deben poner de manifiesto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ” (auto, S. de Negocios Generales, sep. 20/41) ⁽²⁾ .

5. Por las consideraciones anteriores y por estimar, de acuerdo con la doctrina expuesta y la práctica universalmente aceptada, que el error grave no fue probado, el tribunal rechaza la objeción en este sentido presentada por el apoderado de la parte actora.

6. El apoderado de la parte actora, en su escrito del 2 de octubre de 1998 afirma que, en relación con el dictamen y su adición del perito José Fernando Paredes Paredes “el error se limita a no contabilizar dentro de los perjuicios el valor del capital de cada una de las obligaciones amparadas, que hubieran quedado satisfechas de haberse efectuado la dación en la oportunidad contractual prevista en el contrato de fiducia”.

7. A este respecto el tribunal observa, en primer lugar, que el apoderado de la parte actora se abstuvo de calificar el error y, en segundo lugar el tribunal juzga que el dictamen pericial versaba sobre los siguientes puntos:

“1. Cuáles son las obligaciones garantizadas con el contrato de Altamira 4-0013, el valor de cada uno de ellos, sus términos de ejecución y demás elementos de tales obligaciones.

2. Determinar el aumento del monto de los créditos por acción de los intereses moratorios desde la fecha en que según la convención debió haberse efectuado la venta o dación en pago del inmueble que constituía el patrimonio autónomo del fideicomiso Altamira, hasta la fecha del experticio, así como el mecanismo para actualizar dicha suma al momento del laudo”. (acta 10)

8. Así las cosas, el tribunal observa que el dictamen pericial no incluía ninguna solicitud de “...contabilizar en ellos

el valor del capital de dichas obligaciones...” ni de “...contabilizar dentro de los perjuicios el valor del capital de cada una de las obligaciones amparadas...”.

9. Por estas razones el tribunal considera que no hay lugar a determinar un error grave en el dictamen pericial y su adición, del perito José Fernando Paredes Paredes.

F. Excepciones de mérito

Tal como se expresó en el literal C, de la parte (I) de este laudo, la parte demandada propuso 5 excepciones de mérito, con los argumentos que ya se sintetizaron. En consecuencia, este tribunal procede a su análisis, en el mismo orden en que fueron planteadas, así:

1. “Principio de equidad. Contrato no cumplido: (C.C., art. 1609)”

Afirma el excepcionante que no se le puede endilgar el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, por cuanto la otra parte no cumplió con las suyas, concretamente las de mantener vigentes las pólizas de seguro, pagar los impuestos del bien fideicomitado y pagar las comisiones remuneratorias de su gestión.

La llamada excepción de contrato no cumplido, es definida en el artículo 1609 del Código Civil que dice “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

La norma transcrita ha sido tratada ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina.

Dice la honorable Corte Suprema de Justicia:

“Para proponer eficazmente la denominada excepción de contrato no cumplido, se requiere que la parte que la hace valer obre de buena fe y no se encuentre prioritariamente obligada a satisfacer las obligaciones por ella contraídas. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte, pues ha sostenido que el citado medio exceptivo requiere de estos presupuestos: a) Que el excepcionante obre de buena fe, y b) Que no esté obligado en primer lugar a ejecutar sus obligaciones de acuerdo con el contrato y la naturaleza del mismo” (Sent. Cas. Civil; sep. 17/54. T. LXXVIII. pág. 628. oct. 7/78).

Tratadistas insignes, como Luis Claro Solar, son de la misma opinión:

“La excepción *non adimpleti contractus* es, pues, un medio de defensa de buena fe que el que se halla obligado en virtud de una relación sinalagmática, sin estar él precisado a ejecutar primero el contrato, puede hacer valer para rehusar la prestación debida hasta el cumplimiento de la contraprestación que incumbe a la otra parte. (CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de derecho civil chileno”; T. XI 1728).

Como puede verse para poder esgrimir con éxito este medio exceptivo de defensa, es necesario que se cumplan diversos requisitos:

1. Que se trate de un contrato bilateral, es decir que se trate de aquellos contratos que, por una parte solo imponga obligaciones y derechos entre las partes y que, por la otra tales obligaciones sean recíprocas, o como lo ha dicho la doctrina “sean de beneficio común para las partes.
2. Que la obligación de quien pretende hacer valer la excepción no tenga un carácter prioritario, esto es, que la ejecución de la obligación de la que se pretende excusar no haya sido necesaria para lograr el cumplimiento de la contraprestación que se alega incumplida.
3. Que el excepcionante haya obrado de buena fe, esto es con la conciencia clara de estar obrando bien y lealmente.

El Código de Comercio define el contrato de fiducia como “un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir determinada finalidad por el constituyente, en provecho de este

o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

La norma transcrita pone de presente las variadas posibilidades para la constitución de negocios fiduciarios; el encargo puede tener por objeto la administración o la enajenación del bien, todo de acuerdo con las instrucciones del fiduciante y, tal encargo puede buscar el satisfacer una necesidad propia del constituyente, que en tal virtud pasa a ser también beneficiario del negocio, o de un tercero al contrato constitutivo.

Precisamente, la fiducia en garantía es de aquellas que implican un encargo de enajenación, bajo el supuesto de que el constituyente deje de cumplir las obligaciones que se hallen amparadas con el bien fideicomitado, es decir, que se trata de aquellos contratos de fiducia que se constituyen en beneficio de terceros: los acreedores de las obligaciones amparadas.

Si bien es claro para el tribunal que los beneficiarios no participan en el acto constitutivo, no lo es menos que el cumplimiento o no de las obligaciones que surgen por el contrato los afectará de manera especial.

En este orden de ideas, el tribunal entra a estudiar cada una de las obligaciones que la fiduciaria estima incumplidas por parte de los fideicomitentes.

Con relación al no pago de la comisión, el artículo 1232 del Código de Comercio, autoriza a la fiduciaria para renunciar a su gestión, debiendo pedir, en tal caso, autorización previa del superintendente bancario, lo cual significa que, de no mediar la renuncia autorizada, la fiduciaria continúa vinculada al contrato, debiendo cumplir sus obligaciones.

Respecto al incumplimiento de los fideicomitentes al pago de la prima del seguro, el tribunal encuentra que, aún en el evento de que ocurriera el siniestro, así la compañía aseguradora pudiera excusarse del pago, esto no relevaría a la fiduciaria de cumplir sus obligaciones ya que simplemente se disminuiría el valor del predio al desaparecer las construcciones, pero el terreno, como tal, siempre conservaría un valor para satisfacer, total o parcialmente, el pago de los créditos garantizados con la fiducia.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de pagar los impuestos prediales, para obtener el paz y salvo correspondiente, necesario para otorgar la escritura pública de dación en pago, considera el tribunal que tal incumplimiento no exonera por sí mismo a la fiduciaria de sus obligaciones, salvo que resulte manifiesto que tal incumplimiento haga imposible ejecutar el encargo, lo que constituiría causal de terminación del contrato de fiducia, en los términos del artículo 1240 del Código de Comercio, lo cual no obsta para relevar a la fiduciaria de la responsabilidad por el retardo derivado del incumplimiento de la obligación del fideicomitente, como se determinará al estudiar la cuarta excepción de mérito.

Por las razones anteriores esta excepción no está llamada a prosperar, y así se declarará por el tribunal.

2. Cumplimiento del contrato de fiducia mercantil de garantía por parte de la fiduciaria

El análisis que ya realizó el tribunal en este laudo en el acápite B aviso de incumplimiento, lo eximen de consignar de manera extensa sus apreciaciones y basta decir que, le asiste la razón a la fiduciaria cuando manifiesta que el proceso de ejecución de la garantía no se inició con la primera comunicación enviada por Andiaros en la que ponía en conocimiento de la fiduciaria el incumplimiento de la obligación amparada, por parte de los demandantes, por las razones allí expuestas. No obstante, esta excepción no prosperará, dado que como ya se dijo la fiduciaria sí incumplió el contrato cuando sin haber pedido las instrucciones al superintendente bancario, se apartó de las autorizaciones previstas en el acto constitutivo. (C. Co., art. 1234) y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

3. Refinanciación del deudor concedida por Credisocial

Considera el tribunal que los razonamientos que hace la parte demandada, en sentido técnico procesal, no constituyen una excepción. Se trata solamente del recuento de una circunstancia muy concreta, ubicada temporalmente en un momento exacto, que corresponde a lo que el tribunal, según se dijo antes, concluye y denomina como un entendimiento entre las partes para no considerar la fiducia en etapa de ejecución”. El tribunal

reitera lo dicho al desatar la excepción anterior; se remite a las consideraciones contenidas en este laudo, en el capítulo relativo al aviso de incumplimiento y, si bien le asiste razón a la fiduciaria al argumentar que el aviso de incumplimiento de Credisocial no es determinante para la iniciación de la ejecución de la garantía, esta excepción así propuesta por la demandada, no está llamada a prosperar, por las mismas razones señaladas en la anterior, y así se dirá en la parte resolutive de este laudo.

4. Imposibilidad no imputable a Fiducafé para formalizar la dación en pago

Tal como se indicó en el acápite correspondiente, de la parte (I) de este laudo, la fiduciaria alega que le fue imposible cumplir el cometido de legalizar la dación en pago por dos razones: por una parte, la contradicción que los acreedores hicieron a los avalúos practicados al inmueble y, por la otra, la falta de pago de los impuestos prediales por parte de los demandantes.

El tema de los diversos avalúos del predio “Altamira”, que aparecen antes y durante el procedimiento de venta del mismo, ya ha sido tratado en forma extensa, y por ello el tribunal los encuentra suficientes para advertir que la fiduciaria, al apartarse del procedimiento que estaba previsto en el contrato, para efectos de proceder a la ejecución de la garantía, sin haber solicitado las instrucciones de la (*) Superintendencia Bancaria, la hacen responsable de tal incumplimiento y, en ese sentido la excepción no puede prosperar.

Sin embargo, no sucede lo mismo con relación a la demora en el pago de los impuestos prediales que eran necesarios para poder otorgar el contrato de dación en pago, pues resulta obvio que la notaría no tenía la posibilidad de autorizar la escritura contentiva del contrato hasta tanto no se le acreditara el pago de tales impuestos. En este sentido si considera el tribunal que la excepción propuesta por la fiduciaria, para excusar su incumplimiento en la ejecución de la garantía, en los términos previstos en el contrato de constitución de la fiducia, deben ser acogidos por el tribunal y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

5. Cobro de lo no debido

No comparte el tribunal la tesis sustentada por el excepcionante sobre la inexistencia del incumplimiento por parte de Fiducafé, como en forma pormenorizada lo analiza en los considerandos del laudo, llegando a la conclusión de que por el contrario, el incumplimiento de la convocada se encuentra demostrado.

Por lo tanto, la excepción no prospera y así se resolverá en este laudo.

G. Condenas

Como ya lo indicó el tribunal, el reproche que se le hace a la conducta de la fiduciaria, en el desarrollo del contrato de fiducia en garantía, consiste en haberse apartado de las previsiones contractuales, sin que para ello hubiese obtenido la autorización del superintendente bancario, lo cual conlleva, de alguna manera, el incumplimiento del contrato. El perjuicio ocasionado a los demandantes por ese incumplimiento, por el cual la fiduciaria debe responderle a los fideicomitentes, lo estima el tribunal en la diferencia entre el valor máximo por el cual se habría podido dar el bien en dación en pago, de acuerdo con el avalúo dado por los peritos designados dentro del presente proceso (\$ 241.470.000), y el valor por el cual se realizó la dación en pago (\$ 172.078.200).

Lo anterior significa que la suma que deberá pagarle la fiduciaria a los fideicomitentes es de sesenta y nueve millones trescientos noventa y un mil ochocientos pesos moneda corriente (\$ 69.391.800 mcte.), resultante de la citada diferencia.

H. Costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta que la fiduciaria será condenada al pago de la suma de \$ 69.391.800, valor inferior a las pretensiones de la demanda, que se estimaron en una suma superior a los \$ 500.000.000 y que, una de las excepciones de mérito propuestas será despachada favorablemente a la demandada, el tribunal, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, realizará una condena parcial de las costas del proceso. En este sentido, estima el tribunal que la parte demandada debe asumir el 70% de tales costas.

Liquidación			
	Valor total	70%	30%
Honorarios árbitros	\$ 32.865.000	\$ 23.005.500	\$ 9.859.500
Honorarios secretario	5.477.500	3.834.250	1.643.250
Gastos de funcionamiento administración.	2.655.000	1.858.500	796.500
Honorarios peritos	568.000	397.600	170.400
Totales	\$ 41.565.500	\$ 29.095.850	\$ 12.469.650

Dado que los demandantes pagaron, por concepto de costas la suma de \$ 21.066.750, la parte demandada le deberá restituir, en total, la suma de \$ 8.597.100.

En cuanto a las agencias en derecho el tribunal las estima en una suma igual al honorario de uno de los árbitros, esto es, \$ 10.955.000 que deberá ser reconocida por la parte demandada.

Por lo tanto, vale la condena a cargo de la fiduciaria:

Costas procesales	\$ 8.597.100
Agencias de derecho	\$ 10.955.000
Total	\$ 19.552.100

III. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el presente del Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probadas las objeciones formuladas por la parte demandante contra los peritazgos.
2. Declarar probada la excepción de “Imposibilidad no imputable a Fiducafé para formalizar la dación en pago, propuesta por la demandada y, en consecuencia, se declara que la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., no es responsable por el retardo en el cumplimiento de su obligación de ejecutar la garantía.
3. Declarar no probadas las demás excepciones de mérito propuestas por las parte demandada.
4. Declarar que la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., incumplió el contrato de fiducia mercantil en garantía, celebrado entre los señores Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, como fideicomitentes y la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., como fiduciaria, contenido en la escritura pública mil novecientos veintiocho (1928) del veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y cuatro de la notaría treinta y dos (32) del círculo de Santafé de Bogotá, al haberse apartado de las estipulaciones contractuales sobre ejecución de la garantía sin haber solicitado instrucciones al superintendente bancario.
5. Declarar que, como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia mercantil en garantía, celebrado entre los señores Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, como fideicomitentes y la Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducafé S.A., como fiduciaria, contenido en la escritura pública número mil novecientos veintiocho (1928) del veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y cuatro de la notaría treinta y dos (32) del círculo de Santafé de Bogotá, la demandada causó perjuicios a los demandantes.
6. En consecuencia, condenar a la demandada, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., apagar a favor de los

demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, la suma de sesenta y nueve millones trescientos noventa y un mil ochocientos pesos moneda corriente (\$ 69.391.800 mcte.), a título de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

7. Condenar a la demandada, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., a pagar a favor de los demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, la suma de 19.552.100 por concepto de costas y agencias en derecho, según lo indicado en el acápite correspondiente, de este laudo.

8. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C.

9. Ordenar la devolución a la demandada, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., del 30% de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos que realice el presidente del tribunal.

10. Ordenar la devolución a los demandantes, Rafael Omar Jiménez Cano y Carlos Hernán Jiménez Morales, del 70% de las sumas no utilizadas de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos que realice el presidente del tribunal.

Notifíquese y cúmplase.