

Laudo Arbitral

Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza

v.

Fiduciaria del Estado S.A.

Julio 23 de 2001

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin al presente proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, de una parte, y Fiduciaria del Estado S.A., (o la fiduciaria) de la otra, al cual se citó al Banco del Estado S.A. (o el banco) como litisconsorte necesario de esta última.

CAPÍTULO I

Antecedentes

1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originaron en el contrato de fiducia contenido en las escrituras públicas 1910 del 27 de mayo y 2256 del 28 de junio de 1994 de la Notaría 1ª de Neiva que obran a folios 1 a 38 del cuaderno de pruebas 1 y 173 a 228 del cuaderno de pruebas 2, en las cuales se pactaron sendas cláusulas compromisorias del siguiente tenor:

“Cláusula decimoséptima. Se pacta expresamente que todas aquellas diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de la celebración del presente contrato y que no puedan ser arregladas amigablemente serán dirimidas de acuerdo a los términos establecidos en el Decreto 2279 de 1989, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) El tribunal estará integrado por un (1) árbitro.
- b) La organización interna del tribunal se sujetará a la reglamentación previsto para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- c) El tribunal decidirá en derecho.
- d) El tribunal funcionará en Bogotá.
- e) Las partes recibirán notificaciones en las direcciones indicadas anteriormente”.

2. El día 11 de septiembre de 2000 los convocantes, por conducto de apoderado judicial, solicitaron la conformación del presente Tribunal de Arbitramento y formularon demanda ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante el “centro de arbitraje”) contra Fiduciaria del Estado S.A.

3. El día 12 de septiembre del mismo año, el director del centro de arbitraje admitió la solicitud de convocatoria y de ella corrió traslado a la convocada.

4. Fiduciaria del Estado S.A. dio oportuna contestación a la demanda en escrito presentado el día 11 de octubre de 2000, mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones. De este escrito el centro de arbitraje le corrió traslado a la parte convocante, que se pronunció tachando de falsos la firma que aparece como de la demandante Libia Dávila Daza en la cuenta de cobro del 23 de febrero de 1995 y el contenido del cheque del Banco Ganadero EO524601 de la sucursal de Neiva, así como pidiendo pruebas adicionales.

5. En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 121 de la Ley 446 de 1998, el centro de arbitraje citó a las partes a audiencia de conciliación, que se realizó el 3 de noviembre de 2000 y se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

6. Teniendo en cuenta que las partes no hicieron la elección del árbitro de común acuerdo, la designación la

efectuó la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo público efectuado el 14 de noviembre de 2000, que recayó en el suscrito.

7. En desarrollo de lo previsto en el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, las partes concurren a la audiencia de instalación de este tribunal el día 10 de enero de 2001. En dicha oportunidad, el árbitro único designó como secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, quien aceptó el cargo y se posesionó el día 30 de enero siguiente. En la misma audiencia de instalación el tribunal fijó su sede y señaló las sumas de honorarios y gastos.

8. Habiendo cancelado la parte convocante tanto los gastos y los honorarios que le correspondían, así como los que debía asumir la parte convocada, quien no atendió el pago, mediante auto 2 del 30 de enero de 2001 el tribunal señaló fecha para la primera audiencia de trámite. No obstante, en el curso del proceso tanto Fiduciaria del Estado S.A. como el Banco del Estado S.A. reembolsaron a los demandantes las sumas que habían consignado en su lugar.

9. Mediante oficio 1 del 8 de febrero de 2001 se informó a la Procuraduría General de la Nación la instalación del tribunal.

10. La primera audiencia de trámite se inició el 2 de febrero de 2001 y mediante auto 3 el tribunal asumió competencia. En esa misma oportunidad y mediante autos 4 y 7, el tribunal dispuso la citación del Banco del Estado S.A. como litisconsorte necesario de la parte convocada, que en su condición de beneficiario de certificados de garantía estaba cobijado por las cláusulas compromisorias.

11. Habiéndose notificado el 12 de febrero de 2001, por conducto de apoderado judicial el Banco del Estado S.A. contestó la demanda en escrito presentado el 26 de febrero siguiente, en el cual se opuso a las pretensiones y pidió pruebas.

12. En sesiones subsiguientes y correspondientes a la continuación la primera audiencia de trámite, el tribunal adoptó las siguientes determinaciones que vale la pena destacar: mediante auto 10 del 16 de marzo de 2001 reiteró su competencia; por auto 14 del 23 de marzo de 2001, confirmado mediante auto 21 del día 27 del mismo mes, aceptando la solicitud de los convocantes, ordenó la inscripción del proceso en los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles objeto de la fiducia; mediante auto 15 del 23 de marzo de 2001, confirmado por auto 22 del día 27 del mismo mes, corrió traslado de la tacha de falsedad formulada por la parte convocante; y mediante auto 16 del 23 de marzo de 2001 decretó pruebas.

13. El presente proceso se tramitó en doce sesiones, en las cuales se asumió competencia, se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio por el tribunal, se resolvieron varias solicitudes de aquellas y se recibieron sus alegaciones finales.

14. Corresponde ahora al tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, la primera audiencia de trámite terminó el 23 de marzo de 2001 (C. Co., fls. 119-128), momento a partir del cual debe contarse el término de duración del proceso, establecido legalmente en seis meses, por lo cual la oportunidad para proferir este laudo vencía el 23 de septiembre de 2001. No obstante, como a solicitud de las partes este se suspendió en varias ocasiones, su proferimiento en esta fecha es lo suficientemente oportuno.

CAPÍTULO II

Demanda y respuesta

1. Pretensiones de la demanda y sus contestaciones

1.1. Los demandantes formularon al tribunal las siguientes pretensiones:

“Primera. Decretar, por incumplimiento de la convocada Fiduciaria del Estado S.A., la resolución del contrato de fiducia contenido en las escrituras públicas 1910 del 27 de mayo de 1994 y 2256 del 28 de junio de 1994, otorgadas en la Notaría Primera del Círculo de Neiva, y celebrado entre los convocantes Rafael Perdomo Perdomo

y Libia Dávila Daza con la convocada Fiduciaria del Estado S.A.

Segunda. Declarar que las obligaciones contenidas en los certificados de garantía 004 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), 005 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000) y 006 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), expedidos por la convocada Fiduciaria del Estado S.A. con cargo al patrimonio autónomo constituido por los señores Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, no son oponibles a los convocantes por haber sido expedidos sin la autorización de los fideicomitentes.

Tercera. Declarar que la obligación contenida en el certificado de garantía 001 del 14 de junio de 1994 por valor de cuarenta y cinco millones de pesos (\$ 45.000.000), expedido por la convocada Fiduciaria del Estado S.A. con cargo al patrimonio autónomo constituido por los señores Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, no es oponible a los convocantes por haber sido expedido a favor de una persona distinta a la que designaron los fideicomitentes.

Cuarta. Ordenar, como consecuencia de la primera pretensión, que la Fiduciaria del Estado S.A. reintegre a los convocantes los bienes que constituyen el patrimonio autónomo constituido por Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza.

Quinta. Condenar a la Fiduciaria del Estado S.A. a pagarle a los convocantes los daños y perjuicios ocasionados con (sic) en el incumplimiento del contrato de fiducia, perjuicios que se estiman en la suma de ochocientos sesenta millones quinientos cuarenta y nueve mil ocho pesos (\$ 860.549.008), por concepto de lucro cesante y daño emergente.

Séptima. (sic) Condenar a la Fiduciaria del Estado S.A. a pagarle a los convocantes los daños morales causados que se estiman en una suma de dinero equivalente a un mil gramos oro para cada uno.

Séptima. Condenar en costas y gastos a la convocada Fiduciaria del Estado S.A.”.

1.2. En su contestación a la demanda el apoderado de Fiduciaria del Estado S.A. manifestó que se oponía “... a todas y cada una de las pretensiones ya sean principales o subsidiarias formuladas en escrito de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, presentado por el actor así como a todas aquellas que originen una condena que directa o indirectamente pueda afectar los intereses patrimoniales de la entidad que judicialmente represento”.

1.3. Por su parte el Banco del Estado S.A. también se opuso a las pretensiones señalando que “carecen de fundamento fáctico y legal, siendo improcedente que con la acción intentada se pueda obtener la declaración de resolución de un contrato, respecto del cual, por la naturaleza del mismo, no procede tal declaración por ser legalmente imposible”; que el concepto de oponibilidad o no de un derecho no puede hacer relación sino al principio de relatividad de los contratos, en cuanto que las obligaciones nacidas de este no pueden vincularse con terceros; que es bien diferente el caso del supuesto incumplimiento contractual en cuyo caso no se puede predicar la inoponibilidad a las partes sino que la ley prevé las consecuencias de aquel y la manera de restablecer el equilibrio; que los terceros deben ser considerados como de buena fe; y que, en cuanto a los supuestos perjuicios reclamados, no solo deben ser demostrados sino que se debe establecer la relación de causalidad entre las obligaciones incumplidas y el daño dentro del contexto de la responsabilidad civil contractual y no de la extracontractual.

2. Fundamentos de la demanda

En su demanda los señores Perdomo y Dávila expusieron los hechos en que fundan sus pretensiones y que pueden sintetizarse así:

Mediante escritura pública 1910 del 27 de mayo de 1994 de la Notaría 1ª del Círculo Notarial de Neiva se celebró un contrato de fiducia mercantil en garantía entre los demandantes y Fiduciaria del Estado S.A.

Por escritura 2256 del 28 de junio del mismo año y corrida en la misma notaría, Rafael Perdomo Perdomo adicionó con otros bienes la fiducia mercantil.

En el contrato fiduciario se dice que son partes Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, como fideicomitentes, y Fiduciaria del Estado S.A. como fiduciario, siendo beneficiarios todas aquellas personas naturales o jurídicas con quienes aquellos o terceros que indiquen adquieran obligaciones dinerarias.

Fiduciaria del Estado S.A. expidió irregularmente los certificados de garantía 004, 005 y 006 del 3 de agosto de 1994 por \$ 65.000.000 cada uno, con cargo al patrimonio autónomo, al no contar con la autorización escrita de los fideicomitentes, como lo establece el numeral 6.6 de la cláusula sexta del contrato y al carecer tales documentos de la constancia sobre los títulos y documentos en donde constaran las obligaciones adquiridas por los fideicomitentes con el beneficiario, situación esta que está acreditada por la auditoría del Banco del Estado S.A. que comprobó que en los archivos no aparecen solicitudes de expedición.

A sabiendas de la irregularidad mencionada, la fiduciaria puso en venta los bienes que constituyen el patrimonio autónomo y llegó a tener serias negociaciones con la sociedad “Pozos colorados”, violando gravemente las normas contractuales.

Igualmente, la fiduciaria expidió el certificado de garantía 001 con autorización expresa de los fideicomitentes, pero sin causa justificada varió el beneficiario designado, Ricardo Perdomo Perdomo, y terminó avalando una obligación de la Comercializadora Internacional y Cía. Ltda. por \$ 40.000.000, “pago y aval irregular que se refleja en los dictámenes grafológicos” practicados por el Banco del Estado a la aceptación bancaria 28711-1, que comprueban que la firma del pagaré de contragarantía es auténtica y que las de la solicitud y la aceptación bancaria son falsas.

La auditoría del Banco del Estado concluyó que en los archivos no aparecen solicitudes de expedición de los certificados de garantía 004, 005 y 006.

De otra parte, cuantifican los perjuicios señalando un lucro cesante sobre el patrimonio autónomo de \$ 294.918.272, expresado en pesos de junio de 2000.

Igualmente alegan la generación de un daño emergente configurado por los siguientes conceptos:

Las diferencias en las cuantías devengadas por Rafael Perdomo por concepto de honorarios profesionales entre 1998 y 1999, en razón de su detención domiciliaria, por \$ 28.452.654.

La diferencia entre los valores reales de venta de unos bienes inmuebles y de sus valores comerciales por \$ 498.684.680.

Los honorarios cancelados a varios profesionales por asesoría en las diferencias con Fiduciaria del Estado S.A., por \$ 38.495.302.

Por último, estiman el daño moral ocasionado a los demandantes, derivado de la privación de su libertad por las investigaciones penales a que han sido sometidos, ocasionadas por la irregular expedición de certificados de garantía por parte de Fiduciaria del Estado S.A., en mil gramos de oro para cada uno.

3. Contestación de la demanda

3.1. Fiduciaria del Estado S.A. en su contestación a la demanda se pronunció sobre los hechos expuestos, aceptando algunos, negando otros total o parcialmente y realizando aclaraciones y precisiones.

De su escrito se resalta que:

Acepta la celebración del negocio fiduciario, su objeto y la identificación de las partes.

Niega que la expedición de los certificados de garantía 004, 005 y 006 a favor del Banco del Estado S.A. haya sido irregular, porque la señora Libia Dávila Daza recibió la cuenta de cobro por concepto de las comisiones cobradas para el efecto, no las rechazó y, antes por el contrario, los fideicomitentes giraron el cheque correspondiente.

Afirma que la fiduciaria cumplió con todas sus obligaciones contractuales y señala que los mencionados

certificados de garantía se expidieron para afianzar a un acreedor de los demandantes las sumas de dinero que se le adeudan, consecuencia de un contrato de mutuo contenido en títulos de deuda que presenta como pruebas y cuya mención en el texto de aquellos no era requisito para su expedición.

Niega que exista antecedente alguno sobre negociaciones con la denominada empresa Pozos Colorados e indica que esa circunstancia no se relaciona con este proceso arbitral.

Indica que el certificado de garantía 001 expedido a favor del Banco del Estado S.A. respalda obligaciones de Ricardo Perdomo, de conformidad con la solicitud del 8 de junio de 1994 suscrita por los demandantes, y no de la Comercializadora Internacional y Cía. Ltda., como aducen los actores, pero advierte que la conclusión del dictamen grafológico mencionado en la demanda, según el cual la firma del pagaré de contragarantía es auténtica pero las de la solicitud y la aceptación bancaria son imitaciones de la de Rafael Perdomo, es ajena a este proceso y a las garantías aquí debatidas, y que solo atañe a la eventual relación procesal que se trabaje entre las partes del contrato de mutuo.

Señala que las conclusiones sobre una eventual responsabilidad de la fiduciaria provienen de la auditoría del Banco del Estado, que es un tercero sin facultad jurisdiccional.

Niega la existencia de perjuicio alguno puntualizando que:

No existe lucro cesante porque los fideicomitentes no han solicitado la expedición de nuevos certificados de garantía ni requerido la terminación del contrato, pero sí se encuentran en posesión, uso y goce de los bienes.

Los perjuicios por daño emergente no guardan relación con las gestiones contractuales de la fiduciaria, y los bienes, de ser restituidos a los demandantes, conservan su valor comercial actual.

Los demás perjuicios reclamados no guardan relación con las acciones desarrolladas por la fiduciaria.

3.2. En término, el Banco del Estado S.A. se pronunció sobre los hechos expuestos en la demanda, aceptando algunos, negando otros total o parcialmente y presentando aclaraciones y precisiones.

De su escrito se destaca lo siguiente:

Sobre la existencia y partes del contrato de fiducia se remite al texto de las respectivas escrituras.

Afirma que no le consta la expedición irregular de los certificados de garantías 004, 005 y 006 a favor del Banco del Estado S.A. por carencia de la autorización escrita de los fideicomitentes, pero señala que el Banco del Estado es un tercero de buena fe a quien no le son oponibles las reclamaciones sobre incumplimientos contractuales de la fiduciaria.

No le consta la violación de las obligaciones contractuales de Fiduciaria del Estado en la expedición de los citados certificados, pero manifiesta que si la hubo no conduciría a la resolución del contrato de fiducia.

Indica que si la fiduciaria puso en venta los bienes fideicomitidos aparentemente en ejecución de la garantía, lo que constituye precisamente la finalidad del contrato.

Manifiesta que las deficiencias que puedan tener las obligaciones respaldadas en el certificado de garantía 001 expedido a favor del Banco del Estado no lo desnaturalizan o invalidan como tal, porque una cosa es que la obligación respaldada pueda existir o no y otra, bien diferente, que el certificado exista y sea válido pero que no sea posible hacerlo efectivo, situación que no lo hace “inoponible”.

Niega la causación de los perjuicios reclamados y al efecto señala:

Que el lucro cesante no corresponde a su definición legal y que no se especifica en qué consiste ni la relación de causalidad con el supuesto incumplimiento.

Tampoco encuentra relación de causalidad entre el incumplimiento de una obligación contractual y los demás

perjuicios reclamados.

CAPÍTULO III

Pruebas practicadas

3.1. Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones, las partes aportaron varios documentos y solicitaron la exhibición e incorporación de otros. Todas estas pruebas obran en el expediente y fueron aportadas con las formalidades legales en los términos de las solicitudes de las partes y por disposición oficiosa del tribunal.

3.2. Igualmente, se recibieron varios testimonios y el tribunal dispuso el interrogatorio de la demandante, no obstante el desistimiento del Banco del Estado de esta prueba.

3.3. Se recibió un dictamen por parte de peritos contador y economista, objetado por el Banco del Estado.

3.4. En esta forma se concluyó la instrucción del proceso en el que las partes tuvieron oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

CAPÍTULO IV

Alegaciones de las partes

Los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales en la audiencia respectiva que tuvo lugar el día 14 de junio de 2001. Los demandantes reiteraron sus pretensiones, mientras la parte demandada y el litisconsorte necesario fundamentaron las consideraciones sobre su improcedencia, basados todos en las pruebas practicadas. Al final de sus intervenciones, los apoderados presentaron resúmenes escritos de lo alegado.

CAPÍTULO V

Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen cabalmente los presupuestos procesales que permitan proferir decisión de fondo.

Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza son mayores de edad y Fiduciaria del Estado S.A. y Banco del Estado S.A. son personas jurídicas, cuya existencia y representación legal se acreditó en el proceso.

Las partes acudieron al proceso por intermedio de apoderados judiciales oportunamente reconocidos.

Mediante auto 3, proferido en la primera audiencia de trámite que se inició el día 2 de febrero de 2001, el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir. Igualmente, una vez integrado el *litis consorcio* necesario, por auto 10 del 18 de marzo de 2001, el tribunal reiteró su competencia por encontrarse reunidos los requisitos mencionados.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas, sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

CAPÍTULO VI

La tacha de falsedad

Mediante escrito presentado el 23 de octubre de 2000 el entonces único apoderado de los demandantes tachó de falsa la firma que como de Libia Dávila Daza aparece en la cuenta de cobro del 23 de febrero de 1995, supuestamente remitida por Fiduciaria del Estado S.A. a los demandantes (cdno. pruebas 1, fl. 381), así como el contenido manuscrito del cheque del Banco Ganadero E0524601 de la sucursal de Neiva, con exclusión de la

firma, en cuanto no fue llenado por la demandante (el mismo cdno., fl. 383), los cuales fueron allegados al proceso en copia por la fiduciaria convocada dentro del traslado de la demanda.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto 15 del 23 de marzo de 2001, el tribunal corrió traslado del escrito mencionado, advirtiendo que no era necesario realizar el procedimiento de reproducción, rúbrica, sello y testimonio del estado del documento, toda vez que los aportados al expediente no eran los originales sino copias.

Por auto 28 del 5 de abril de 2001 el tribunal decretó como pruebas dentro del trámite de la tacha los documentos aportados por los demandantes y un dictamen grafológico; igualmente ordenó oficiar al Juzgado 41 Penal del circuito de Bogotá, en donde se juzgan hechos que guardan relación con algunos planteamientos de los demandantes, para que remitiera copia de los documentos tachados y una certificación sobre esa causa y sobre la formulación de una tacha similar. Para efectos del examen grafológico, en audiencia que tuvo lugar el 18 de abril de 2001, en presencia de todas las partes y con la asesoría de los peritos, se tomaron las muestras de la firma y de la letra de la señora Libia Dávila Daza (cdno. ppal. 1, fls. 185 a 187).

Tal y como lo ordena el inciso 4º del artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, dichas pruebas se practicaron junto con las del proceso y corresponde ahora decidir las tachas formuladas.

Mediante oficio 677 del 17 de abril de 2001 el Juzgado 41 Penal del Circuito de Bogotá contestó la solicitud del tribunal indicando que, “mediante proveído de fecha 19 de enero del año en curso, este juzgado dispuso la práctica de prueba manuscritural y grafológica a los procesados Libia Dávila y Rafael Perdomo con el fin de realizar cotejo con los diferentes documentos obrantes en el proceso, donde se atribuyen las firmas de los mismos en estos, de los cuales se anexa copia auténtica, tal y como usted lo requiere en el oficio mencionado. Esto es solicitado por los defensores de los procesados Dávila y Perdomo, con el fin de establecer las posibles falsedades en que se incurrieron en la fiduciaria del Estado. Es de anotar que tal medio de prueba aún no se ha podido llevar a cabo, toda vez que el proceso se encuentra suspendido, hasta igualar otro asunto que fue objeto de acumulación”.

Aunque la certificación anterior no es suficientemente clara en la identificación de los documentos tachados, todo parece indicar que, en efecto, los demandantes, quienes aparecen como sindicados en la causa penal, tacharon de falso varios documentos y entre ellos los mismos que aquí se analizan.

En todo caso el tribunal debe señalar, en primer término, que a pesar de haberse tachado de falsos dentro del proceso penal esos documentos, este tribunal debe resolver la tacha formulada porque aún no se ha proferido decisión que impida hacerlo en este proceso y porque resulta evidente que la calidad que se atribuya al documento puede tener una gran incidencia en el análisis de las pruebas para tomar una decisión de fondo. En efecto, no solamente no existe una norma que determine la suspensión del proceso a la espera de una decisión en tal sentido por parte de la autoridad jurisdiccional penal, que por lo demás ninguna de las partes ha solicitado, sino que el inciso 2º del artículo 291 del Código de Procedimiento Civil señala que, “El proceso penal sobre falsedad no suspenderá el incidente de tacha, pero la providencia con que termine aquel surtirá efectos en el proceso civil, siempre que el juez penal se hubiere pronunciado sobre la existencia del delito y se allegue copia de la decisión en cualquiera de las instancias, con anterioridad a la sentencia”.

Así las cosas, como el juez penal no ha dictado providencia que establezca si hubo o no falsedad, la tacha formulada en este proceso debe resolverse en este laudo.

En segundo término, en cuanto hace referencia a la importancia o influencia de los documentos tachados en la decisión, es evidente que ellos la tienen, en la medida en que Fiduciaria del Estado S.A. los ha invocado como prueba de la autorización o conocimiento de los demandantes para la expedición de los certificados de garantía 004, 005 y 006 en favor del Banco del Estado S.A., pretendiendo enervar la acción de aquellos frente a las pretensiones primera, segunda y sus consecuentes. De manera que si el tribunal llegase a la conclusión que el recibo de la cuenta de cobro de las comisiones causadas por la emisión de los certificados y el giro de las correspondientes sumas mediante el cheque mencionado, suplen la autorización escrita que para tal expedición exige el numeral 6.6, de la cláusula sexta de las escrituras públicas de constitución de la fiducia, como lo señalan los demandantes y que echan de menos, la parte demandada sería absuelta por ese aspecto del *petitum*. Por ello la

determinación del trámite adoptado por el tribunal y la decisión sobre si los documentos son falsos o no, es importante y obligatoria.

Para resolver la tacha el tribunal considera de especial importancia las conclusiones del dictamen grafológico (cdno. pruebas 2, fls. 254 a 267), que no fue objetado por las partes y del cual se destacan los siguientes apartes:

“... los textos manuscritos que presentan la fotocopia del cheque E 0524601 no corresponden a los rasgos escriturales de la señora Libia Dávila Daza frente a las muestras que tuvimos como patrón, en otras palabras el cheque no fue llenado por la citada señora.

Al confrontar la firma que como de la señora Libia Dávila Daza que (sic) aparece al final de la citada cuenta de cobro encontramos que no corresponde a los rasgos de la firma utilizada por la citada señora en sus actos públicos y privados.

(...).

... el cheque E 0524610(sic) contra el Banco Ganadero sucursal Neiva fue llenados (sic) en sus espacios disponibles en 3 tiempos y por tres personas diferentes, una de ellas le colocó la fecha 11 de abril de 1995, otra escribió \$ 2.751.713 Fiduciaria del Estado S.A. dos millones setecientos cincuenta (sic) y un mil setecientos trece pesos m/cte., una tercera persona firma como girador”.

(...).

... Los textos que aparecen llenando los espacios disponibles del cheque E 0524601 contra Banco Ganadero sucursal Neiva no fueron estampados allí por la señora Libia Dávila Daza”.

“... No se encontró identidad manuscritural de la señora Libia Dávila Daza en la firma que aparece al final de la cuenta de cobro dirigida a la señora Dávila Daza por Fiduciaria del Estado S.A. el día 23 de febrero de 1995”.

Y al absolver algunas aclaraciones (cdno. ppal. 1, fls. 351 a 353), los peritos señalaron respecto del cheque que:

“... la fecha abril 11 de 1995 está escrita en esferográfico con un tono de tinta ligeramente más claro con relación a lo manuscrito contenido en el resto del cheque, lo demás incluyendo la firma, aparece con tinta negra más oscura y una escritura diferente de los (sic) cual se deduce la intervención de tres personas incluyendo la firmante, identificable así: una escribió la fecha, otra colocó el nombre de la entidad girada, las cantidades en letras y los números, y otra estampó la firma. Se estableció que las tres utilizaron instrumentos escritores diferentes. Confrontados los rasgos escriturales visibles en el cheque frente a las muestras patrón se comprobó que no corresponden a los utilizados por la señora Libia Dávila Daza. Los textos que aparecen en los espacios disponibles del cheque no fueron estampados por la señora Libia Dávila Daza”.

(...).

“Los manuscritos que aparecen en esfero en los espacios disponibles, relativos a la fecha al nombre de la entidad, al igual que las cantidades en letras y números no son el producto manuscritural de la señora Dávila Daza.

Finalmente los peritos aclaran que la expresión “espacios disponibles” que emplearon en su dictamen excluye el reservado para la firma, que por lo demás no fue objeto de tacha, al indicar que “En cuanto a la firma de la giradora donde se lee Libia Dávila Daza al hacer las confrontaciones y estudios del caso frente a las firmas de comparación que tuvimos como patrón se pudo establecer que la firma de la giradora del cheque corresponde a la firma de por (sic) la señora Libia Dávila Daza que usa en sus actos públicos y privados. Firma que resultó auténtica”.

Para el tribunal la conclusión de los peritos es contundente: la firma que como de Libia Dávila Daza aparece en la cuenta de cobro de febrero 23 de 1995 no fue plasmada por la demandante y el contenido del cheque del Banco Ganadero E0524601 de la sucursal de Neiva, con exclusión de la firma, no fue llenado por ella.

Además, existen serios indicios que refuerzan esa conclusión.

En primer lugar, el argumento traído a colación por el apoderado de la demandante en el escrito de tacha, quien indica que en la rendición de cuentas que se acompañó a la comunicación del 17 de agosto de 2001, la Fiduciaria del Estado S.A. señala que a junio de 2000 los demandantes adeudan \$ 4.024.460 incluyendo la comisión por la expedición de los certificados 004, 005 y 006 a favor del Banco del Estado S.A. (cdno. pruebas 1, fl. 465), que era precisamente la que supuestamente estaría cobrada en la cuenta de cobro tachada del 23 de febrero de 1995 y cancelada mediante el cheque, igualmente tachado, del 11 de abril de ese mismo año. No obstante, lo que el tribunal destaca, no es que si la comisión fue pagada debería reflejarse en tal rendición de cuentas, como lo señala el apoderado, porque según consta en el anverso del cheque este resultó impagado por la causal “cuenta saldada”, sino que no se explica cómo, si estos documentos fueran auténticos, en dicho estado de cuenta no se haya hecho relación a ellos. Igualmente, no parece sensato que si la cuenta de cobro fue efectivamente enviada por la fiduciaria y recibida por la fideicomitente y si esta giró un cheque que resultó impagado, la parte demandada no haya hecho referencia a esas circunstancias en su respuesta a las objeciones a la rendición de cuentas que consta en la comunicación GPE-3610 del 26 de septiembre de 2000 cuando hizo alusión, precisamente, a las comisiones mencionadas (cdno. citado, fl. 476).

El segundo indicio que confirma la falsedad de los documentos mencionados es el destacado por la demandante en su interrogatorio, recibido el 18 de abril de 2001 por disposición oficiosa del tribunal (cdno. pruebas 2, fl. 274), consistente en el interrogante surgido de la demora de la fiduciaria de más de ocho meses para cobrar la comisión por la expedición del certificado 001 y de más de seis meses para cobrar la comisión por la expedición del certificado 003, que había sido expedido el 1º de agosto de 1994 y además cancelado, y por la de los certificados 004, 005 y 006, expedidos desde el 3 de agosto de 1994, cuando según se estipuló en la cláusula séptima de las escrituras públicas de constitución del fideicomiso, tal comisión debía cancelarse “al momento de hacer la solicitud de expedición” (cdno. pruebas 1, fls. 6 vto. y 32).

En estas condiciones el tribunal da por establecida la falsedad de la firma puesta al pie de la cuenta de cobro del 23 de febrero de 1995 supuestamente remitida por Fiduciaria del Estado S.A. a los demandantes, pero, respecto del cheque del Banco Ganadero E0524601 de la sucursal de Neiva, no puede sino concluir que su contenido, con exclusión de la firma, no fue manuscrito por la señora Libia Dávila Daza, sin que pueda concluir que esa circunstancia obedece a una adulteración o que fue llenado contra la voluntad de su suscriptor. En efecto, como lo señaló el señor apoderado de la fiduciaria, su poderdante tan solo recibió el mencionado título valor sin que le correspondiera determinar su autenticidad, que se presume legalmente, ni su origen. Y es que, como también lo anota el mencionado apoderado, fue la demandante quien puso en circulación el cheque bajo su firma, tal y como lo declaró en el interrogatorio de parte que rindió ante el tribunal (cdno. pruebas 2, fl. 275), de manera que solo ella sabía a quién se lo entregó y cómo debía llenarlo, de manera que no pudo haber sido la fiduciaria quien lo hizo sino la persona que indica la demandante, sin que consten las respectivas instrucciones en contrario a las finalmente plasmadas en el cheque. Es decir, no existe prueba fehaciente de que el cheque fue llenado contrariando las instrucciones del girador o que su contenido fue alterado. De hecho, no es extraño en el mundo de los negocios el giro y entrega de cheques o títulos valores en blanco, sin que, en principio, pueda sostenerse que el hecho de que no aparezcan llenados por sus otorgantes los haga falsos. Por ello, respecto del cheque, el tribunal solo podrá advertir que, con exclusión de la firma, no fue llenado por la señora Libia Dávila Daza.

Establecida la falsedad de la firma que como de la demandante aparece en la citada cuenta de cobro, corresponde al tribunal determinar la procedencia de la sanción prevista en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “cuando la tacha de falsedad se decida en contra de quien la propuso, se condenará a este a pagar a quien aportó el documento, el valor del veinte por ciento del monto de las obligaciones contenidas en él; o de diez a veinte salarios mínimos mensuales cuando no represente un valor económico. Igual sanción se aplicará a la parte que adujo el documento, a favor de la que probó la tacha”.

El tribunal es consciente de que Fiduciaria del Estado promovió la investigación penal, lo que en principio haría suponer que es ajena a las mencionadas falsificaciones. Y aunque todavía no se ha proferido sentencia en aquella causa ni hay evidencia en este expediente que establezca la identificación del autor, los documentos tachados afectan a las partes de este proceso.

Es evidente que Fiduciaria del Estado aportó a este proceso los documentos falsos sin advertir al tribunal de sus

particulares características. De allí que se imponga la condena que el tribunal establece, de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil, en el equivalente al veinte por ciento (20%) de la suma de \$ 2.751.713, monto de la cuenta de cobro y del cheque mencionados, es decir, \$ 550.342.60, y no el valor de los certificados de garantía a que aquella se refiere, como lo propuso el apoderado de Rafael Perdomo Perdomo en el alegato de conclusión, porque la base para la determinación de la sanción no puede ser otra que el valor de las comisiones cobradas, que, a términos del citado artículo 290 del Código de Procedimiento Civil, son “las obligaciones contenidas” en el documento declarado falso.

En el alegato de conclusión el señor apoderado de Rafael Perdomo Perdomo solicitó declarar la falsedad “De la firma de Ricardo Perdomo Perdomo contenida en la aceptación bancaria 28711-1 contabilizada el día 20 de diciembre de 1994, de acuerdo al estudio grafológico de los peritos adscritos al Banco del Estado, 187/98 incorporado al proceso mediante exhibición de documento ordenada por acta 3 auto 16 de fecha 16 de marzo del 2001”.

No obstante, este documento no fue tachado de falso y su aportación al expediente se hizo en cumplimiento al decreto de pruebas dentro del proceso, a su vez originado en la petición del mencionado apoderado, sin que ese hecho permita resolver una presunta falsedad que no se alegó. Pero, además, no podría resolverse una pretensión de esa naturaleza sin la intervención del presunto suscriptor, que ni es parte de este proceso, ni ha sido citado para escuchar su versión al respecto.

Finalmente, las consecuencias de una eventual falsificación de la firma de Rafael Perdomo Perdomo en el documento citado no tiene relevancia para los efectos de este proceso como se verá en las consideraciones que siguen.

CAPÍTULO VII

Consideraciones del tribunal

1. Descripción de la controversia

Debe señalar el tribunal, en primer término, que si bien la demanda que originó este proceso, en general, y desde el punto de vista puramente formal, cumple con los requisitos previstos en el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, particularmente en cuanto hace referencia a la determinación de las pretensiones y a la exposición de los hechos o *causae petendi*, no es rigurosa en el planteamiento de la *litis*, en cuanto no hace una descripción pormenorizada de las razones que sustentan y que motivan a los demandantes a endilgarle a la parte convocada los daños y perjuicios que dicen haber sufrido, al punto de que el apoderado de Fiduciaria del Estado S.A. solicita tener en cuenta la falta de consonancia de los hechos con las pretensiones y los perjuicios reclamados para que el laudo sea congruente.

El laudo se ocupará de hacer una especial referencia de los principales hechos destacados por los demandantes, bien en la demanda, bien en el curso del debate probatorio, ya que solo la mención de unos y otros explica la razón de ser de los pedimentos indemnizatorios.

1.1. La celebración del contrato de fiducia

Mediante escritura pública 1910 del 27 de mayo de 1994 de la Notaría 1ª del círculo notarial de Neiva, y tras haber adquirido el derecho de dominio sobre la casa de habitación ubicada en la carrera 34 4 A 10, hoy calle 8ª 34-92, interior 2-2, de dicha ciudad, los demandantes celebraron un contrato de fiducia mercantil en garantía con Fiduciaria del Estado S.A., cuyo objeto era “transferir al fiduciario (Fiduciaria del Estado) en calidad de propiedad fiduciaria para la constitución de un patrimonio autónomo, por parte del fideicomitente (Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza), el bien descrito ..., con el objeto de garantizar a los beneficiarios con el bien fideicomitado, el pago de las sumas de dinero que los beneficiarios entreguen a el fideicomitente en calidad de mutuo comercial con intereses, según los títulos que acrediten dichas obligaciones junto con sus intereses corrientes o moratorios, costos financieros, honorarios de abogado o cualquiera otra prestación o gasto que se llegue a derivar de dichos créditos”.

En desarrollo de dicho contrato “el fideicomitente autoriza expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para que en

caso de incumplimiento de las obligaciones que el patrimonio respalde y en especial si el fideicomitente no devuelve las sumas de dinero que ha tomado prestadas, la fiduciaria enajene el bien que constituyeron (sic) la garantía del presente contrato, a solicitud de los beneficiarios en la forma y términos establecidos en este contrato ...”.

Por escritura 2256 del 28 de junio del mismo año y corrida en la misma notaría, Rafael Perdomo Perdomo adicionó la fiducia mercantil con el local 101 y el garaje 9 del edificio Centro Comercial Plaza Real, ubicados también en la ciudad de Neiva, en la carrera 5ª 10-63/65.

En desarrollo de dicho contrato, la fiduciaria expidió los certificados de garantía 001, 002, 004, 005 y 006 en favor del Banco del Estado, de los cuales el 002 fue anulado; el 003 en favor del Banco Colpatria; y el 007 a favor del Banco Unión Colombiano. Estos dos últimos fueron cancelados, según consta en la certificación que presentó la Fiduciaria del Estado S.A. (cdno. ppal. 1, fls. 86 y 88 a 91) en cumplimiento de lo dispuesto por el tribunal en autos 3 y 7 del 2 de febrero de 2001.

Respecto de los demás certificados vigentes, esto es, los números 001, 004, 005 y 006, todos ellos expedidos a favor del Banco del Estado S.A., los demandantes tienen dos reparos que fundamentan sus pretensiones en este proceso.

1.2. La expedición de los certificados de garantía 004, 005 y 006 por valor de \$ 65.000.000 cada uno

Sostienen los demandantes que estos certificados fueron expedidos el 3 de agosto de 1994 en forma irregular, porque carecen de la autorización escrita de los fideicomitentes que establece el numeral 6.6. de la cláusula sexta del contrato.

1.3. La expedición del certificado de garantía 001 por valor de \$ 45.000.000

Respecto de este certificado, sostienen los demandantes que, si bien la fiduciaria contaba con la autorización expresa de los fideicomitentes, lo expidió en favor de una persona distinta a la que aquellos designaron, que era Ricardo Perdomo Perdomo, y sin causa justificada “terminó avalando una obligación de la Comercializadora Internacional y Cía. Ltda.”.

Al decir de los demandantes, a pesar de que la firma del pagaré de contragarantía otorgado por Ricardo Perdomo Perdomo a favor del Banco del Estado es auténtica, las firmas de la solicitud para la expedición de una aceptación bancaria y de la aceptación bancaria 28711-1 son falsas, de manera que el citado pagaré no tendría causa.

1.4. Las investigaciones internas y el proceso penal

Los convocantes relacionan los perjuicios que dicen haber sufrido con una serie de irregularidades que rodearon la expedición de los referidos certificados de garantía y la de los documentos que dan cuenta de los negocios que originaron los títulos valores que, a su vez, sirvieron de fundamento a la expedición de aquellos certificados, en las que al parecer participaron ex funcionarios del Banco del Estado, según documentos de su propia contraloría. Igualmente, revelan que fueron víctimas de una gama de suplantaciones y falsificaciones que se presentaron en este y otros negocios, que terminaron por irse en su contra al punto de padecer un proceso penal con llamamiento a juicio y sendas medidas de aseguramiento con detención domiciliaria, como consecuencia de las denuncias penales formuladas por la fiduciaria y el banco.

La denuncia presentada por Fiduciaria del Estado S.A. obra a folios 450 a 460 del cuaderno de pruebas 3 y en ella se solicita a la fiscalía, “abrir investigación ... y vincular mediante indagatoria a Darío Restrepo Villa, Héctor Casas Molina y demás personas que se consideren responsables”. Se sustenta esa denuncia en que el señor Restrepo, como gerente de la sociedad Caballero Restrepo S.A., suscribió con la fiduciaria un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y que luego de que se expidieran varios certificados, se encontró que los bienes fideicomitados no representaban ni siquiera el 50% del valor establecido por los peritos, de manera que la denunciante expidió certificados para garantizar obligaciones de la sociedad sin respaldo suficiente.

La denuncia presentada por el Banco del Estado S.A. obra a folios 401 a 410 del mismo cuaderno, y expresa que

las investigaciones adelantadas por la contraloría de la entidad bancaria dan cuenta de que la ex gerente de la oficina carrera décima autorizó el otorgamiento de créditos de línea ordinaria y aceptaciones bancarias a distintas personas naturales y jurídicas, que presentan irregularidades, bien en su otorgamiento, o bien en la constante rotación de dineros entre cuentacorrentistas del que denominan grupo “Caballero Restrepo”, entre los que se identifican a los aquí demandantes.

2. Interpretación de la demanda y competencia del tribunal

2.1. Las pretensiones formuladas

En síntesis los demandantes solicitan del tribunal las siguientes declaraciones:

1. Que se decrete la resolución del contrato de fiducia mercantil de garantía por incumplimiento de Fiduciaria del Estado S.A. (primera pretensión).
2. Que se declare que los siguientes certificados de garantía expedidos por Fiduciaria del Estado S.A. en favor del Banco del Estado S.A. no son oponibles a los demandantes:

a) El número 001 del 14 de junio de 1994 por valor de \$ 45.000.000 (tercera pretensión);

b) Los números 004, 005 y 006 del 3 de agosto de 1994 por valor de \$ 65.000.000 cada uno (segunda pretensión).

Además, formulan varias pretensiones de condena que son consecuencia de las anteriores, particularmente de la primera.

2.2. La interpretación de la demanda; incumplimiento y resolución del contrato como pretensiones distintas

Son dos pues, las pretensiones declarativas planteadas por los convocantes: que se decrete la resolución del contrato de fiducia y que se declare la inoponibilidad de los certificados de garantía vigentes.

No obstante, el tribunal encuentra que en realidad dentro de la primera pretensión se formulan dos peticiones distintas: en primer lugar, que se declare que Fiduciaria del Estado S.A. incumplió el contrato y, en segundo lugar, que, como consecuencia de dicho incumplimiento, se decrete su resolución, razón por la cual el juez habrá de interpretar la demanda.

Esta posibilidad que le asiste al juez para interpretar la demanda ha sido ampliamente aceptada por la jurisprudencia. A título de ejemplo, conviene citar dos fallos al respecto de la Corte Suprema de Justicia. Se expresa en el primero que, “... cuando la demanda no ofrece la claridad y precisión en los hechos allí narrados como fundamento del *petitum* , o en la forma como quedaron formuladas las súplicas, tiene dicho la jurisprudencia que en tal evento, para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador desentrañar la pretensión contenida en tan fundamental pieza procesal. Empero, no puede el sentenciador, dentro de la facultad que tiene para interpretar la demanda y, por ende, determinar el recto sentido de la misma, moverse *ad libitum* o en forma ilimitada hasta el punto de corregir desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas, o decidir sobre hechos no invocados. Porque en tal labor de hermenéutica no le es permitido descender hasta recrear una causa *petendi* o un *petitum* , pues de lo contrario se cercenaría el derecho de defensa de la contraparte y, por demás, el fallo resultaría incongruente”⁽¹⁾.

Y en el segundo que, “... como lo ha reiterado esta corporación “es deber indeclinable del juzgador, sobre todo cuando se halla frente a demandas que adolecen de imprecisión, interpretarlas para desentrañar la verdadera intención del demandante, y que en esa tarea debe tener en cuenta todo el conjunto del libelo y además, si ello fuere menester para precisar su verdadero sentido, toda las actuaciones desarrolladas no solo en el curso del proceso sino también durante la génesis del litigio ...” (Sent. jul. 19/85, G.J. CLXXX, pág. 175); se reitera, no existe el yerro que se le enrostra al tribunal, puesto que la interpretación de la demanda está de acuerdo con los antecedentes del litigio, los que lejos de ser indiferentes tienen extraordinaria relevancia jurídica en su decisión, ya que gracias a ellos se llega a la inferencia lógica y racional que la intención del demandante es evidente y ciertamente, que se declare que la entidad demandada es civilmente responsable de los perjuicios que le causó a la

primera, por razón de la infracción contractual de que hablan los hechos de la demanda y específicamente por los expuestos en el escrito de folios 21 y 22 del cuaderno 8 y no por los que se ocasionaron por la ocupación de otros predios de su propiedad en obras de servicio público”⁽²⁾.

En este orden de ideas el tribunal estudiará y decidirá por separado el supuesto incumplimiento de la Fiduciaria del Estado S.A. y la petición de que se declare resuelto el contrato de fiducia.

En el caso, la interpretación de la demanda tiene también apoyo en el texto y el sentido de la quinta pretensión, en la cual los demandantes solicitan se condene a la fiduciaria a pagarles los daños y perjuicios “ocasionados con el incumplimiento”, pretensión que solo se explica si se entiende en la forma en que el tribunal la ha deslindado de la relacionada con la resolución del contrato.

Así las cosas, el tribunal establecerá si la convocada incurrió en incumplimiento y, si es así, pasará a evaluar si se causaron daños y perjuicios y la relación de causalidad, independientemente de la suerte que corra la pretensión de resolución del contrato de fiducia.

2.3. La responsabilidad civil contractual y extracontractual y la competencia del tribunal

Antes de proseguir con el análisis de cada una de las pretensiones, conviene dejar claramente determinado el ámbito y límite de este proceso arbitral, esto es, la naturaleza jurídica de lo alegado, porque si bien del pacto arbitral aducido es lógico concluir que el debate se enmarca en el campo de la responsabilidad contractual, la lectura preliminar de los perjuicios determinados en los hechos de la demanda, que no están claramente hilados, da para suponer que puede incluir reclamos de naturaleza extracontractual.

Sobre la diferencia entre ambos conceptos el profesor Gilberto Martínez Ravé⁽³⁾ sostiene que, “por la contractual se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra con el incumplimiento o cumplimiento parcial o tardío de un contrato, convenio o convención celebrado entre el causante y el perjudicado” y, por la extracontractual “se ha entendido la obligación de indemnizar, o asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso, sin que entre causante y perjudicado exista ninguna relación jurídica anterior”.

Por su parte el profesor Arturo Alessandri Rodríguez decía que, “mientras la responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, a cuya violación sirve de sanción, la responsabilidad delictual o cuasidelictual⁽⁴⁾ supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que deriva, y es ella la que crea la obligación de reparar el daño”⁽⁵⁾.

En realidad, sin desconocer la tendencia doctrinaria que propugna por la unidad de los dos tipos de responsabilidad, en tanto ambas se fundamentan en el incumplimiento de una obligación derivada del contrato o de la ley, lo cierto es que nuestra legislación y nuestra doctrina imperantes mantienen esa dualidad contractual y extracontractual. De hecho, los autores señalan varias diferencias entre una y otra, que tienen que ver con la graduación de la culpa, el monto de la indemnización o extensión de la reparación, el daño previsible, la prescripción, la capacidad, la solidaridad, la competencia, etc.

En cualquier caso, en la responsabilidad contractual solo se exige al acreedor la prueba de la existencia de la obligación, mientras al deudor la del cumplimiento, so pena de que se ratifique la presunción de su culpa.

Sin perjuicio del análisis sobre el presunto incumplimiento contractual y la naturaleza de los daños y perjuicios que alegan haber sufrido los demandantes, algunos de los cuales exceden la competencia del tribunal, es evidente que este proceso es de orden eminentemente contractual, por virtud de la existencia y validez de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de fiducia para solucionar, precisamente, “todas aquellas diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de la celebración del presente contrato”. De allí que anticipe el tribunal, que los perjuicios que no se deriven de incumplimientos contractuales no podrán ser reconocidos.

3. El contrato de fiducia

3.1. Marco jurídico aplicable a los contratos de fiducia. Diferencia entre el encargo fiduciario y el contrato de

fiducia

El artículo 1226 del Código de Comercio señala que, “la fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

Los artículos 1226 a 1244 *ibídem* se encargan de las regulaciones generales del contrato, a las cuales hay que adicionar las contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF, o Decreto 663 de 1993, particularmente sus artículos 29, 146 a 150 y 151 a 157.

En esa medida y dado que el señor apoderado de la demandante Libia Dávila Daza arguye que, “en los encargos fiduciarios se aplican las normas que regulan la fiducia y en subsidio las del mandato” y que “cuando el mandatario realiza actos que no corresponden al objeto del mandato o, cuando a pesar de corresponder, lo hace sin la previa autorización del mandante habiéndose pactado que la debe obtener, su conducta constituye un claro exceso a los límites del encargo” y que, “si contraviene esta prohibición solo él resulta obligado”, se impone precisar las diferencias entre fiducia mercantil y encargo fiduciario, modalidad esta última a la que se aplica la regulación del mandato.

El encargo fiduciario tuvo su origen en la Ley 45 de 1923 y se refiere a la gestión que realiza un tercero (sociedad fiduciaria) por encargo de una persona y que abarca actos o negocios de confianza, sin transferencia de los bienes objeto del encargo. Por eso la remisión a las normas del mandato. Por el contrario, en el contrato de fiducia hay una transferencia efectiva por virtud de la cual se constituye el patrimonio autónomo como tal.

En apoyo de lo expresado, bien vale citar la Circular Externa 7, proferida por la (*) Superintendencia Bancaria el 19 de enero de 1996, en la que con toda claridad se expresa que, “se entienden por negocios fiduciarios aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que esta cumpla con ellos una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero. Si hay transferencia de la propiedad de los bienes estaremos ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, fenómeno que no se presenta en los encargos fiduciarios, también instrumentados con apoyo en las normas relacionadas al mandato, en los cuales solo existe la mera entrega de los bienes”.

Así mismo, el artículo 146.1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que, “en relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente estatuto”. La remisión, es claro, solo se predica del encargo fiduciario y no del contrato de fiducia.

De manera que, es claro que las normas aplicables al asunto *sub judice* son las del contrato de fiducia, y particularmente las del contrato de fiducia de garantía y el contrato celebrado por las partes, y no las del encargo fiduciario ni, en principio, las del mandato. En efecto, el negocio realizado entre las partes supuso la constitución de un patrimonio autónomo al cual se vincularon varios bienes con el objetivo claro de garantizar obligaciones.

Sin embargo, como se verá, a falta de normas expresas en materia fiduciaria es posible aplicar analógicamente las normas del mandato, particularmente para graduar la responsabilidad del fiduciario, exceptuando aquellas de carácter sancionatorio. No supone la anterior posición contradicción con lo que viene de decirse, es decir, que se trata de aplicar las normas del contrato de fiducia de garantía suscrito así por las partes, puesto que se pueden aplicar por analogía normas del mandato, no por remisión expresa, sino en aquellos casos en los cuales la fiducia guarda silencio, salvo los eventos de normas sancionatorias.

3.2. Elementos y características

La doctrina ha identificado como elementos del contrato los siguientes: uno real, determinado por la transferencia efectiva de la propiedad sobre los bienes fideicomitidos; y uno personal u obligacional determinado por la finalidad prevista por el fideicomitente que determina las obligaciones que adquiere el fiduciario. Por eso el

profesor Ernesto Rengifo García señala que existe una “doble estructura del negocio fiduciario, según el cual se dan dos momentos concurrentes pero complementarios en su ejercicio. El primero es el que hace relación a la faceta externa del negocio expresado en la atribución patrimonial que le da el señorío sobre la cosa que le es confiada al fiduciario. El segundo se refiere a su aspecto interno (*fides*) en cuanto el receptor de la confianza (fiduciario) tiene que realizar unas conductas conforme a las estipulaciones que contiene el contrato”⁽⁶⁾.

Se trata de un contrato típico en el que la ley da un contenido mínimo y las partes se encargan de imprimir reglas puntuales para regular sus relaciones; principal; *intuitu personae* , particularmente en la medida en que de conformidad con el inciso 3° del artículo 1226 del Código de Comercio “solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la (*) Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”; y plurilateral o en beneficio de terceros en la medida en que intervienen varias personas y entre ellas un beneficiario.

3.3. Contrato plurilateral, tripartito o en beneficio de terceros

En cuanto a esta última característica, cuyo análisis es particularmente importante en este litigio, como se verá, no ha habido una posición unánime en la doctrina, pues mientras algunas piensan que tan solo son partes del contrato el fiduciante o fideicomitente y el fiduciario, otros consideran que también es parte el beneficiario.

Este tribunal acoge esta última tesis, porque el negocio únicamente se explica cuando se ha determinado una finalidad a cumplirse con los bienes fideicomitidos; de allí que el inciso 2° de la norma mencionada señale que “una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario”. Si el beneficiario no fuera parte del contrato no se explicaría que el artículo 1229 *ibidem* señale que la existencia del fideicomisario no es necesaria en el acto de constitución del fideicomiso, pero que sí debe ser posible y realizarse dentro del término de duración del mismo; que el artículo 1235 le otorgue derechos legales, además de los que le concede el acto constitutivo; que el artículo 1238 le dé acciones a los acreedores del beneficiario sobre los rendimientos de los bienes; o, que el artículo 1240 consagre como causal de extinción del negocio fiduciario la muerte del beneficiario o el acuerdo de este con el fiduciante⁽⁷⁾.

Con fundamento en este raciocinio el tribunal dispuso la citación del Banco del Estado S.A. como litisconsorte necesario, a quien bastaba con su notificación para el adelantamiento del proceso, porque lo cobijaba la cláusula compromisoria (auto 4, feb. 2/2001, cdno. pruebas 1, fl. 79).

Puede entonces considerarse el contrato de fiducia como tripartito o en beneficio de terceros porque, siguiendo lo expresado por la justicia arbitral, “efectivamente, el beneficiario de la prestación puede ser un tercero distinto de los contratantes ... Tales contratos se distinguen, o son una modalidad particular, de la estipulación para otro, a que se refiere el artículo 1506 del Código Civil ... donde “solo esta tercera persona [el beneficiario] podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación, expresa o tácita, es revocable por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”, pues en aquellos —y específicamente para el caso de la fiducia mercantil— el contrato no puede ser revocado a menos que el constituyente se hubiere reservado esta facultad en el acto constitutivo, de suerte tal que el beneficiario siempre estará facultado para exigir lo convenido o estipulado en su provecho, aunque no haya expresado su voluntad de aceptar el contrato, y aun cuando nada se disponga sobre la firmeza de la prestación, pues basta que el constituyente no se haya reservado la facultad de revocar el contrato, o que habiéndosela reservado no la ejerce”⁽⁸⁾.

En el mismo sentido, en otro laudo se expresa que, “... en el mundo de hoy es frecuente encontrar que terceros que no han participado en la celebración de los contratos originales pueden prevalecerse luego de lo que en ellos se pacta, incluida la cláusula compromisoria. Esto se presenta en los casos de adhesiones de terceros a un estatuto previamente elaborado y acogido por otros, así como en los eventos en que se hacen estipulaciones a favor de terceros, a través de manifestaciones unilaterales de voluntad adheridas a ciertos contratos. Esto ocurre, por ejemplo, en contratos tan importantes en la vida moderna como el de sociedad, el de transporte y el de seguro”⁽⁹⁾.

3.4. La fiducia de garantía

No obstante las diversas clasificaciones del contrato de fiducia ensayadas por los autores, el artículo 29.1 del

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero identifica una precisa, vinculada con las diferentes finalidades del contrato en desarrollo de ese elemento personal u obligacional que lo califica y que surge de lo pretendido por el constituyente.

Señala la norma en mención:

“Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la (*) Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

“a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;

“b) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece; ...”.

De ahí que se suele hablar de fiducia de inversión, fiducia de administración y de fiducia de garantía⁽¹⁰⁾. Esta última modalidad implica la transferencia, por parte del fideicomitente, de uno o más bienes a una sociedad fiduciaria, con el fin de que sirvan de respaldo del cumplimiento de una o más obligaciones que aquel tenga con terceros determinados para que, en el evento en que el constituyente no honre el pago, el fiduciario proceda a la venta de los bienes y con su producto cancele los créditos a los acreedores.

La fiducia de garantía ha facilitado la adquisición de recursos para distintos fines, particularmente para el ensanche de empresas o la obtención de capital de trabajo, gracias a que los acreedores disponen de una garantía cierta y conocida, cuya realización se obtiene en caso de incumplimiento sin necesidad de someterse a un engorroso proceso judicial, y sin que ese negocio constituya pacto pignoraticio —prohibido legalmente—. La figura ha sido útil para acreedores y deudores en la medida en que usualmente se pacta que el fideicomitente se reserva la tenencia de los bienes fideicomitados⁽¹¹⁾, obteniendo a la vez un crédito relativamente fácil y la continuidad de su operación comercial con los bienes fideicomitados.

Frente a las tradicionales garantías reales, el profesor Ernesto Rengifo García identifica las siguientes ventajas de la fiducia de garantía: “1. Se pueden garantizar varias obligaciones en primer grado con un mismo bien; 2. Los bienes dados en garantía solo deben responder por las obligaciones expresamente determinadas ...; y 3. a través de su constitución se evita el albur y los costos de un engorroso proceso judicial en la medida que la figura constituye una lícita realización extrajudicial de la garantía la cual está prohibida en la hipoteca y la prenda por regla general”⁽¹²⁾. Dichas características se pueden predicar una vez más en el contrato objeto de este litigio.

4. La responsabilidad civil contractual

Para que pueda predicarse que una persona incurrió en responsabilidad contractual el acreedor debe demostrar la existencia del contrato, fuente de las obligaciones, el incumplimiento de una obligación de esa naturaleza, y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño padecido por aquel.

Nuestra doctrina y jurisprudencia en general han señalado que la culpa continúa siendo uno de los fundamentos de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por lo que el incumplimiento de una obligación en sí mismo no basta, en principio, para generar la obligación de indemnizar. Para el efecto es indispensable que se presente una conducta reprochable del deudor.

El artículo 1604 señala que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”, de donde se concluye que si el acreedor alega la existencia de un incumplimiento contractual se presume que lo fue por la culpa del deudor y, entonces, será este el llamado a desvirtuar esa presunción.

El apoderado de Rafael Perdomo Perdomo señala que esa presunción siempre se da en materia de responsabilidad, aunque se trate de obligaciones de medio, señalando que:

“Sin embargo algunos escritores extranjerizantes pretenden enseñar que si la obligación es de medios le corresponde al acreedor probar la culpa del deudor.

Olvidan quienes así discurren que la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado, es una elaboración de la doctrina y la jurisprudencia francesa cuya finalidad no puede transplantarse a nuestro sistema jurídico por la potísima razón de contar con la presunción que la inejecución de la prestación se debe a culpa (sic) deudor, tal como se deduce del artículo 1604 del Código Civil”.

La advertencia del apoderado parece obedecer a que a las sociedades fiduciarias “se les prohíbe de manera general asumir obligaciones de resultado en los contratos de fiducia, a menos que la ley así lo disponga”, advertencia que adquiere importancia si se tiene presente que el señor apoderado del Banco del Estado invita al tribunal a darle cabida a dicha tesis cuando afirma que “dado que las obligaciones derivadas del contrato de fiducia en cuestión, como la de expedir un certificado de garantía, es una obligación de hacer, ella misma es entonces una obligación de medio y para que su incumplimiento pueda ocasionar una responsabilidad en el deudor, requiere que se pruebe la culpa de su parte en la inejecución de la obligación”.

En efecto, alguna parte de la doctrina⁽¹³⁾ y de la jurisprudencia han venido sosteniendo que en las obligaciones de medio la culpa no se presume y, entonces, el acreedor debe demostrar la imprudencia o negligencia del deudor.

Sobre esta distinción o variación en la carga de la prueba se dice que, “... debe tenerse en cuenta que en situaciones como la que se analiza, en la que se alega el cumplimiento defectuoso de obligaciones de medio, es decir, cuando los servicios prestados no han sido adecuados e idóneos, “el demandante deberá probar el incumplimiento, pero en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que incumplimiento de la obligación y culpa del deudor, sean fenómenos distintos y bien diferenciables. Pero en este supuesto de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro, incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues, dado el contenido de esas prestaciones, la ejecución defectuosa lleva en sí misma el error de conducta.

“Así las cosas, “si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento —pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria— con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor”.

“Este mismo razonamiento se encuentra en las explicaciones de los hermanos Mazeaud, como puede apreciarse en el siguiente aparte: “cuando la obligación es de prudencia o diligencia, para demostrar el incumplimiento, hace falta que la víctima establezca una imprudencia o negligencia”.

(...).

“Aunque algunos sectores de la doctrina, para mejorar la situación probatoria del acreedor damnificado, propugnan por el establecimiento de una presunción de culpa en contra del profesional, autorizados juristas se levantan contra esta tendencia por considerar que “resulta inconveniente desde el punto de vista técnico, e injustificada en relación al deudor”, por cuanto con ella se “altera la propia naturaleza de la obligación de medios”, la cual exige, para deducirle responsabilidad al deudor, que se demuestre por el demandante que la no consecución del resultado buscado se debe a “la falta de diligencia del deudor en la prestación de la conducta adecuada. Solo mediando esta prueba existirá incumplimiento atribuible, generador de responsabilidad civil ... sin la prueba de la culpa, no existe incumplimiento relevante para el derecho, dentro de este ámbito obligacional”⁽¹⁴⁾.

No obstante, el tribunal considera que en el caso *sub judice* no tiene incidencia la propuesta de alterar la carga probatoria, porque no es cierto que las sociedades fiduciarias no puedan asumir ninguna obligación de resultado. En efecto, lo que el numeral 2º del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala es que “los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley” (se resalta). Pretende la norma en mención que no se celebren fiducias mercantiles cuya finalidad específica, es decir, su elemento personal

u obligacional, sea un resultado que promete la fiduciaria. Pero es que, para poder adelantar diligentemente gestiones de medio es casi forzoso comprometerse a cumplir algunas obligaciones que serían de resultado; de hecho el mundo de los negocios y el establecimiento de específicas responsabilidades en cabeza de gestores de negocios exige que se pacten obligaciones de resultado, que de no pactarse ampararían la irresponsabilidad, que no es, precisamente, el efecto pretendido ni por la (*) Superintendencia Bancaria ni por la ley con la previsión referida; por el contrario, lo que se busca es salvaguardar los intereses y los ahorros de los particulares. En otras palabras, no se trata de que en desarrollo de un negocio fiduciario no puedan pactarse obligaciones de resultado, sino que la finalidad del contrato no involucre un resultado que el fiduciario prometa, lo cual se predica particularmente de las fiducias de inversión para evitar que se garantice una rentabilidad determinada sin margen de riesgo.

Esta apreciación es compartida por el doctor Sergio Rodríguez Azuero al señalar que “es cierto que, en buena parte de los casos, como ocurre, en general, con las obligaciones a cargo de otros gestores, estas son fundamentalmente de medio y no de resultado ... Pero, no es menos cierto, que numerosas obligaciones instrumentales o accesorias, como las de hacer inventario o rendir cuentas son de resultado y que, adicionalmente, son muchos los negocios que, en la práctica, en especial en la denominada fiducia de administración, se traducen en claras obligaciones de resultado a cargo de los fiduciarios. Pagarle a un tercero periódicamente con los dineros recibidos del constituyente o contra la presentación de un acta de obra aprobada por un interventor, firmar una escritura de compraventa de un inmueble transferido, cuando se cumpla una condición, son todas obligaciones de resultado”⁽¹⁵⁾.

En conclusión, para el tribunal es claro que las dos obligaciones que se dicen incumplidas son evidentemente de resultado y que, por eso, la carga de la prueba del cumplimiento continúa radicada en cabeza de fiduciaria del Estado.

5. El incumplimiento contractual

De las pretensiones y de los hechos de la demanda surge con claridad que son dos las obligaciones que se dicen incumplidas: en primer lugar, la expedición irregular de los certificados de garantía 004, 005 y 006 por valor de \$ 65.000.000 cada uno, a favor del Banco del Estado S.A., porque carecen de la autorización escrita de los fideicomitentes como lo establece el numeral 6.6 de la cláusula sexta del contrato y, en segundo término, la expedición irregular del certificado de garantía 001 por valor de \$ 45.000.000 a favor del Banco del Estado S.A. al haber variado el beneficiario designado. Se verá entonces si se dieron o no los incumplimientos que se le endilgan a la convocada, para lo cual será necesario determinar si existían las obligaciones correlativas.

5.1. Obligaciones de la fiduciaria y obligaciones contractuales que se dicen incumplidas

En su alegato de conclusión el señor apoderado de Fiduciaria del Estado S.A., al referirse a la primera de las obligaciones que se alegan incumplidas, señala que la manifestación por escrito de los beneficiarios y la remisión de los documentos en que constan las obligaciones garantizadas están establecidas como obligaciones de los fideicomitentes por el ordinal 6.6 de la cláusula sexta del contrato. A renglón seguido señala que del párrafo de dicha cláusula, que expresa “siempre que en el contrato se aluda a órdenes impartidas por el fideicomitente a el fiduciario, se hace referencia a órdenes suscritas únicamente por Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza”, “parece razonable entender que la aptitud contractual para dar órdenes se acompasa con facultades o derechos de los fideicomitentes, no con obligaciones a su cargo”.

No acoge el tribunal esta interpretación, según la cual las obligaciones están consagradas a cargo de los demandantes y no de la fiduciaria, porque encuentra que las previsiones mencionadas son al tiempo una facultad de los fideicomitentes demandantes y una obligación de la fiduciaria. Y no es de recibo una lectura fragmentada del contrato contenido en las escrituras públicas de constitución y adición del fideicomiso, ya que al no existir una cláusula específica que determine cuáles son las obligaciones del fiduciario, podría concluirse que no tiene ninguna, siendo que, por el contrario, le corresponde soportar todas aquellas que resulten del ejercicio de los derechos establecidos a favor de los fideicomitentes o los beneficiarios, las que surjan de la finalidad específica de la fiducia de garantía, las que expresamente estén previstas en la ley y las que emanen de la naturaleza de su obligación principal, en los términos del artículo 1603 del Código Civil.

A guisa de ejemplo, aunque no se contemple expresamente como parte de sus obligaciones, la fiduciaria estaba obligada a proceder a vender los bienes fideicomitidos con la demostración del incumplimiento y a notificar por escrito a los fideicomitentes la solicitud de venta, en consonancia con las facultades previstas en la cláusula novena del contrato; a efectuar una aplicación determinada y específica del producto de la venta de los bienes fideicomitidos, en consonancia con lo dispuesto en la cláusula décima; a pagar a los acreedores con los fondos suministrados por los fideicomitentes y a no garantizar acreencias a acreedores por encima del 70% del avalúo comercial de los bienes fideicomitidos, en consonancia con las facultades previstas en la cláusula décimo primera; a rendir cuentas a los fideicomitentes y a los beneficiarios, en consonancia con lo dispuesto en la cláusula décima; etc.

Resulta entonces evidente que las principales obligaciones de la fiduciaria, además de expedir los certificados de garantía y efectuar su contabilización en cuentas separadas, surgían del contrato o de su naturaleza garantizadora de la fiducia pactada.

Por ello se ha dicho que, “... cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no solo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado ... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta”⁽¹⁶⁾; y que “el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta”⁽¹⁷⁾.

Por ello, si se pensara que la facultad de los fideicomitentes de identificar específicamente y por escrito a los beneficiarios no corresponde a una obligación correlativa de la fiduciaria acordada en el contrato de expedir los certificados de garantía únicamente en esas condiciones, esta será en todo caso una evidente obligación que surge como desarrollo del principio de la buena fe contractual.

5.2. La obligación de expedir los certificados de garantía y de efectuar su contabilización

La expedición y contabilización de los certificados de garantía no podía efectuarse de cualquier manera, sino de acuerdo con los términos del contrato y siguiendo, en lo no previsto expresamente, los parámetros que debe atender un profesional, como la demandada, apreciación que contradice la alegación del apoderado de Fiduciaria del Estado S.A., según la cual “ni esa estipulación, ni ninguna otra del contrato, contiene una regulación precisa en el punto atinente al procedimiento necesario para la expedición de certificados de garantía”.

En el aspecto puramente contractual encontramos la previsión del numeral 6.6 de la citada cláusula sexta, en virtud del cual una de las “obligaciones” de los fideicomitentes era “manifestar por escrito quiénes son las personas que serán beneficiarias del presente contrato y enviar fotocopias autenticadas de todos los documentos o títulos en los que constan las obligaciones adquiridas por el fideicomitente con los mismos. Bajo el cumplimiento de este requisito se llevará a cabo la contabilización de obligaciones y expedición de garantías con cargo al patrimonio autónomo, sin perjuicio de que el fiduciario otorgue para el efecto un período de gracia no superior a cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de desembolso de los recursos por parte del respectivo acreedor”.

Según se desprende del numeral transcrito, la expedición de tales certificados estaba determinada por las siguientes reglas:

- a) Solo podía hacerse a las personas a quienes los fideicomitentes identificaran como beneficiarios acreedores;
- b) Esa identificación solo podía recibirse por escrito, y
- c) La identificación del beneficiario acreedor debía complementarse con las copias de los títulos de deuda.

Sin el cumplimiento de todos esos requisitos la fiduciaria no podía expedir ni contabilizar certificado alguno. Parecería, también, que si aquella otorgaba un plazo de gracia a los fideicomitentes para el envío de las copias de

los títulos de deuda, los certificados de garantía quedaban sometidos a una condición suspensiva.

No es cierto, entonces, como lo señala el apoderado de Fiduciaria del Estado S.A. que “el contenido integral del contrato fiduciario celebrado, sugiere, con amplitud, la implantación de un mecanismo de garantía en el que, sin particulares restricciones, se tiene por “beneficiarios” de la fiducia “a todas aquellas personas naturales o jurídicas con quienes el fideicomitente o terceros que estos indiquen, adquieran obligaciones dinerarias”, como tampoco que “con este enfoque, lo determinante para el desarrollo del mecanismo de garantía estructurado a través de la fiducia celebrada estaría, más que en la determinación de un procedimiento previo y predefinido para la expedición de certificados, en la acreditación formal de créditos originados en contratos de mutuo con interés a favor de los fideicomitentes, o de terceros por ellos indicados, susceptibles de ampararse, a la luz del objeto descrito, con el patrimonio autónomo constituido, hasta el punto que el propio ordinal 6.6 de la cláusula sexta termina difiriendo la efectividad de los certificados emitidos antes ... al cumplimiento de la obligación de remitir los documentos en que consten las obligaciones a garantizar”.

Y no es cierto porque eso conduciría a que el fiduciario estuviera facultado a salir a la calle a ofrecer garantías fiduciarias a cualesquiera personas que tuvieran una acreencia contra los fideicomitentes, sin la autorización de estos, desconociendo así que los acreedores quirografarios solo tienen una garantía personal común que es el patrimonio del deudor, quien puede privilegiar a algunos con una garantía específica, real o fiduciaria, para lo cual es forzoso contar con su aquiescencia porque se trata de un acto unilateral y no de una imposición legal ni contractual, quedando a salvo las previsiones que rigen para los procesos liquidatorios del deudor. Aun si, en gracia de discusión, se aceptara que no había un procedimiento acordado para la expedición de certificados de garantía, lo cierto es que la acreditación de los títulos de deuda solo podría provenir de los fideicomitentes, y no de los acreedores que solo podían adquirir la calidad de beneficiarios por decisión de los demandantes.

5.2.1. El incumplimiento contractual en relación con la expedición de los certificados de garantía 004, 005 y 006 y valoración de la culpa

La expedición de los certificados y su contabilización de acuerdo al procedimiento expuesto es, sin duda alguna, una obligación de resultado en cabeza de la fiduciaria y no de medio. Por ello, según se explicó, correspondía a la entidad demostrar que cumplió con su obligación de expedir los certificados 004, 005 y 006 al Banco del Estado de acuerdo con el procedimiento convenido, acreditando la orden escrita acompañada de la copia de los títulos de deuda. Pero resulta que, a pesar de que la convocada aportó la copia de los pagarés supuestamente otorgados por los demandantes al banco, no allegó la orden escrita con la identificación de la citada entidad bancaria como acreedor beneficiario.

Como se mencionó al resolver la tacha de falsedad, la fiduciaria pretendió obviar la citada orden escrita con una pretendida aceptación tácita consistente en el recibo de la cuenta de cobro de las comisiones causadas por la expedición de los certificados y el consecuente giro del cheque respectivo. Pero como se dijo, al haberse aceptado la tacha de falsedad no tiene cabida el argumento propuesto. Y si no se hubiere formulado la tacha o si la firma de la señora Libia Dávila Daza puesta en la mencionada cuenta de cobro no fuera falsa, tampoco habría sido de recibo la pretendida aceptación tácita, en la medida en que faltaría el pronunciamiento del otro fideicomitente, el señor Rafael Perdomo Perdomo, quien no estaba representado por la señora Dávila aunque —como consta en el expediente— se tratara de su propia esposa, apreciación que cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que si los dos concurrieron como fideicomitentes a la constitución de la fiducia, fue el señor Perdomo el único que transfirió bienes en la adición del contrato.

En este orden de ideas está claramente demostrado el incumplimiento contractual y por consiguiente, no se ha desvirtuado la culpa presunta que pesa sobre la fiduciaria sino que, por el contrario, se establece dicha culpa. A diferencia de lo que señala el señor apoderado del Banco del Estado, se trata de un incumplimiento de tanta trascendencia como que vulnera la obligación principal del fiduciario, casi la razón de ser del contrato. Si la fiduciaria no cumple con la expedición en debida forma de los certificados de garantía no está dando satisfacción a la finalidad principal del contrato: garantizar obligaciones y, específicamente, solo las determinadas por el fideicomitente.

5.2.2. Calificación de la culpa. Establecido el incumplimiento contractual de la obligación que viene de analizarse

comporta determinar su gravedad dentro de las categorías consagradas en el artículo 63 del Código Civil. Esta valoración se hace teniendo en cuenta el carácter profesional del deudor en este caso, que enmarca la expedición de los certificados como una responsabilidad por “culpa leve estricta” propia del deudor profesional.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia que “el régimen de responsabilidad civil en Colombia se edifica, como ya se anotó, sobre la noción de la culpa. Esto implica que el comportamiento de cualquier deudor común debe ser analizado en función de un patrón subjetivo de conducta normalmente aplicable y exigible a quienes se encuentren en circunstancias similares a las suyas.

“No obstante lo anterior, el rigor con el que se debe examinar la conducta de un deudor-profesional, es superior a aquel que se emplea usualmente para evaluar el comportamiento de un deudor común. Algunos doctrinantes han señalado que, en contratos como el que se analiza en el presente caso, que suponen un beneficio recíproco para las partes, el deudor-profesional debe responder por una “culpa leve estricta”, en contraposición con la “culpa leve atenuada” tradicional, la cual se estudia en los casos en los cuales no se presenta la intervención de profesionales, y con la denominada “culpa levísima”, que exige un proceder extremadamente acucioso por parte del deudor, en ciertos negocios”⁽¹⁸⁾.

Posición reiterada cuando se expresa que “... en cuanto al modelo o patrón de conducta que debe utilizarse, del cual depende el grado de diligencia exigible en cada caso al deudor profesional, ha de decirse que, en nuestro derecho, los puntos de referencia que señala el legislador no son nunca excesivos, ni particularmente rigurosos, ni requieren de actitudes extremas ...

“Desde luego que hoy en día no puede acudirse a un único e invariable patrón de conducta, como lo era el del buen padre de familia del Código Civil, pues hoy proliferan actividades económicas de toda índole y especialidades técnicas y científicas, que hacen necesario establecer modelos de conducta que se adapten mejor a las circunstancias y se acerquen más a la realidad de los distintos campos de la vida empresarial. Es por eso, por ejemplo, que en las reformas introducidas en el Código de Comercio, mediante la Ley 222 de 1995, se acoge el patrón del “buen hombre de negocios”.

“En cuanto al nivel de prudencia exigido a los profesionales nuestra ley no se ha referido a ningún modelo ideal. Tampoco lo ha hecho hasta ahora nuestra jurisprudencia, si bien con frecuencia se habla de un patrón específico para cada actividad, como sería “el buen transportador”, “el buen banquero” o “el buen asegurador”, dejando en manos del juez la tarea de reconocer o verificar en cada caso la existencia del comportamiento correspondiente a tales conceptos ...

“En todo caso, algunas pautas nos indican que la labor del profesional ha de ir más allá de lo que normalmente se le exigiría a un hombre ordinario o medio. Es así como las normas del mandato —que suelen gobernar las labores de gestión y administración de los profesionales— nos señalan que la diligencia exigible al deudor —que es la propia del buen padre de familia, o culpa *levis in abstracto*— en ocasiones debe aumentarse, esto es, hacerse más rigurosa, en particular cuando el mandatario es remunerado, lo que constituye una característica de la prestación de servicios profesionales.

A este respecto el artículo 2155 del Código Civil establece que “el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. Esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado”.

“Esta disposición pone en evidencia que el mayor rigor exigible en razón de la remuneración no puede ser extremo, pues se encuentra también dentro del ámbito de la culpa leve, que se subdividiría así en menos estricta y más estricta, sin llegar esta última hasta hacer responsable al deudor de la culpa levísima pues para ello se requeriría una estipulación que así lo estableciera”⁽¹⁹⁾.

En este orden de ideas el tribunal considera que el incumplimiento de Fiduciaria del Estado S.A. debe ser analizado con mayor rigor, no solo por tratarse de un profesional, experto en el negocio fiduciario, sino porque la obligación incumplida entraña una violación protuberante del contrato y la inejecución de la principal obligación que surgía del mismo, cual es la de expedir regularmente los certificados de garantía. Debe censurarse, entonces, la conducta de la fiduciaria al no haber sido diligente en la expedición de los certificados referidos, esto es, al no

haber tenido la elemental precaución de contar con la expresa autorización de los fideicomitentes para el efecto. Por ello, para el tribunal esa falta de diligencia y cuidado en el comportamiento de la fiduciaria, no solo excede el concepto de culpa leve, que corresponde a la falta de esa diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, sino que comporta un descuido manifiesto en el que ni siquiera hubieran incurrido las personas negligentes o improvidentes en sus propios negocios, lo que comporta una culpa que no puede calificarse sino de “grave”, con las consecuencias legales que de ella puedan surgir.

Para llegar a dicha calificación de la culpa, el tribunal debe considerar, además, una circunstancia que no puede pasarse por alto y es la relación de matriz a filial que existe entre el Banco del Estado S.A. y Fiduciaria del Estado S.A.

Es evidente que, como lo señala el apoderado de esta, esa relación de grupo no puede tener consecuencias jurídicas frente a las pretensiones de la demanda, pero siendo su matriz el acreedor a quien la fiduciaria pretendía garantizar, la debida diligencia le imponía una conducta mucho más providente. No puede un profesional de la actividad financiera salir a garantizar a su propia matriz sin contar con la autorización del deudor porque los deberes de prudencia y de lealtad se lo impedían. Por ello, por ejemplo, el doctor Sergio Rodríguez Azuero ha dicho que “bajo el deber de lealtad se ha estudiado particularmente el tema de los denominados conflictos de interés que pueden surgir para un gestor cuando, de alguna manera, se encuentre en una situación en la cual la decisión que tome puede favorecer a su cliente o a otro de sus clientes y sobre todo, a él mismo o a las personas vinculadas con él”⁽²⁰⁾ (se resalta).

Lo anterior podría llegar a tener relevancia en la discusión de los perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1616 del Código Civil, en concordancia con el 63 íbidem, siempre y cuando, obviamente, se logre establecer la imputación del daño al demandado.

5.2.3. La supuesta expedición irregular del certificado de garantía 001. Como se vio, el otro incumplimiento que le imputan los demandantes a la Fiduciaria del Estado S.A. es el de haber variado sin causa justificada el beneficiario designado —Ricardo Perdomo Perdomo—, para terminar “avalando una obligación de la Comercializadora Internacional y Cía. Ltda.”.

La formulación de la imputación parte de un error de concepto en cuanto el “beneficiario” del contrato de fiducia es siempre el “acreedor” designado por el fideicomitente y no terceras personas que, como Ricardo Perdomo Perdomo, hayan recibido créditos, y a cuyos acreedores los fideicomitentes quisieron garantizar. En este punto, lógico y unívoco, el contrato es perfectamente claro en su cláusula primera al señalar que, “Serán beneficiarios de la presente fiducia todas aquellas personas naturales o jurídicas con quienes el fideicomitente o terceros que estos indiquen, adquieran obligaciones dinerarias” (fl. 4, cdno. pruebas 1). Por eso el tribunal solo puede entender, interpretando nuevamente la demanda con los alcances ya expuestos, que el incumplimiento que se depreca no es la modificación del “beneficiario”, sino la del “tercero deudor” indicado por los fideicomitentes, porque mientras el beneficiario sigue siendo el mismo (el Banco del Estado), el tercero deudor, que debía ser Ricardo Perdomo Perdomo, terminó siendo Comercializadora Internacional y Cía. Ltda., según los demandantes.

En esta reclamación el tribunal comparte íntegramente los argumentos contenidos en el alegato de conclusión del señor apoderado de Fiduciaria del Estado S.A. porque, al contrario de los hechos que rodearon la expedición de los certificados 004, 005 y 006, y como lo reconocen los demandantes en el hecho 2.3 del libelo (cdno. ppal. 1, fl. 6), para la expedición del certificado 001 la parte convocada tuvo en consideración la precisa instrucción escrita de los demandantes fechada el 8 de junio de 1994 que obra a folio 382 del cuaderno de pruebas 1, según la cual solicitan “se sirva expedir una garantía del patrimonio de Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza; a nombre de Ricardo Perdomo Perdomo. Para respaldar obligaciones del Banco del Estado ...”.

En parte alguna del expediente consta que se hubiera variado ni el “beneficiario” ni el “tercero deudor”. En efecto, además de que no se probó la existencia de una instrucción que contradijera la comunicación del 8 de junio de 1994 arriba mencionada, la fiduciaria aportó una certificación del estado contable en la que se indica que al 11 de octubre de 2000 el certificado de garantía 001 aparece registrado a favor del Banco del Estado S.A. (beneficiario) por valor de \$ 45.000.000, para garantizar obligaciones de Ricardo Perdomo Perdomo (tercero deudor). A su vez el pagaré que garantizaba la deuda fue aportado al expediente.

Los demandantes vinculan la supuesta variación del “tercero deudor” con el negocio que sirvió de causa, en el cual la Fiduciaria del Estado S.A. es un tercero absoluto porque en dicho negocio únicamente intervinieron —y solo ellos podían hacerlo— el mencionado señor Ricardo Perdomo Perdomo y el Banco del Estado, toda vez que se trató de una operación de crédito ajena al negocio fiduciario, así sea la causa del título valor que, a su vez, es la causa de la expedición del certificado de garantía. Los propios demandantes lo aceptan, de alguna manera, al reconocer que aunque las firmas de la solicitud para la expedición de una aceptación bancaria y de la aceptación bancaria 28711-1 son falsas —y que por ello el citado pagaré no tendría causa—, la del pagaré de contragarantía otorgado por Ricardo Perdomo Perdomo a favor del Banco del Estado sí es auténtica.

No obstante, como lo señalan los apoderados de las entidades financieras, no correspondía a la fiduciaria la valoración del negocio causal, ni la autenticidad de los documentos en que se materializaba. Es más, el documento que soporta la expedición regular de un certificado, junto con la orden escrita de los fideicomitentes, es la copia del título valor que recoge el negocio causal; valga decir, en el presente caso lo que avaló la correcta expedición del certificado de garantía 001 fue el pagaré firmado por Ricardo Perdomo Perdomo, cuya firma se reconoce como legítima, y no la solicitud para la expedición de una aceptación bancaria ni la aceptación bancaria 28711-1. Por eso, si estas últimas fueran falsas en nada afectarían el certificado que fue expedido con fundamento en el pagaré, y cualquier irregularidad respecto al negocio causal, en principio y salvo prueba de un dolo penal establecido por la respectiva autoridad y no por un particular, no comprometería a la Fiduciaria del Estado S.A.

6. Los daños y perjuicios reclamados y su aptitud para ser indemnizados

Establecido el incumplimiento contractual, debe ahora este tribunal analizar la procedencia o no de los rubros del daño reclamados por los demandantes. Se debe recordar que para que el perjuicio se pueda calificar como tal debe ser personal y cierto.

6.1. Lucro cesante sobre el patrimonio autónomo

De existir un perjuicio causado al patrimonio autónomo, queda por establecer quién es el legitimado para reclamarlo. Como se sabe uno de los principales efectos del acto constitutivo de la fiducia es que surge un patrimonio autónomo distinto del fideicomitente y el fiduciario (C. Co., arts. 1227 y 1233). Esa única consideración permite concluir que el perjuicio no es personal y que los demandantes no estaban legitimados para reclamarlo, puesto que quien sufre el daño es dicho patrimonio mas no las personas naturales fideicomitentes.

Ahora bien, considera además el tribunal que el perjuicio pretendido es por lo pronto inexistente. Como lo señalan los apoderados del banco y de la fiduciaria, los bienes inmuebles fideicomitados siguen estando en cabeza del fiduciario, tal y como consta en los certificados de tradición y libertad (que obran al cdno. ppal. 1, fls. 199 a 202 y 205 a 207) y, por consiguiente, sus valorizaciones aumentan el valor del fideicomiso. Igualmente, como se vio, los demandantes han venido ejerciendo el uso y goce de los inmuebles, tal y como se pactó en la cláusula quinta del contrato y como lo reconoció la demandante en su interrogatorio.

Y a pesar de que no está probado que en algún momento la fiduciaria, a solicitud del Banco del Estado, haya adelantado negociaciones para enajenar los bienes⁽²¹⁾, lo cierto es que la garantía aún no se ha realizado y, en esa medida, no ha tenido lugar el “cobro administrativo”, como el apoderado de Rafael Perdomo Perdomo denomina al trámite previsto en el contrato para la realización de los bienes fideicomitados. Para claridad del proceso, conviene señalar que, en todo caso, el perjuicio planteado solo se daría en el momento en que los bienes fideicomitados se realizaran con fundamento en los certificados irregularmente expedidos. Mientras tanto, el perjuicio no es actual ni futuro, es decir, no es cierto, es solo eventual. De hecho, hay prueba en el expediente de que el Banco del Estado S.A. acudió a demandar el pago de sus acreencias en procesos ejecutivos singulares, esto es, sin garantía real, y no a exigir la venta de los bienes fideicomitados y, entonces, ese perjuicio pudiera no generarse jamás pero, en todo caso, solo comprometería a la fiduciaria, ya que el banco debe considerarse, en principio y frente a la expedición de los certificados, de buena fe, como ocurriría con cualquier otro beneficiario de certificados expedidos en ejecución del contrato.

Se recuerda que, como lo advierte con razón el apoderado de la fiduciaria, el contrato celebrado fue de garantía, y no de inversión para el desarrollo de un proyecto inmobiliario de construcción, ni de administración o explotación

de cierto negocio o actividad, como el alegado de importación de cemento de Cuba, que, por lo demás, no está plenamente probado.

6.2. Daño emergente por el menor valor de los honorarios dejados de recibir por el demandante como consecuencia de su detención domiciliaria y daños morales

Tanto la medida de aseguramiento como la sindicación de los demandantes dentro del proceso penal se encuentran vigentes y, entonces, no pueden considerarse en este momento como ilegales o antijurídicas. Ahora bien, de obtenerse la revocatoria de la primera o, más genéricamente, la desvinculación de los demandantes del proceso penal, les correspondería, en caso tal, intentar el ejercicio de una acción de reparación directa por error judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, o, contra las aquí convocadas si los demandantes llegaren a considerar que se trató de denuncias temerarias, pero quedando en claro que las imputaciones de responsabilidad a la fiduciaria o al banco por haber formulado las denuncias trascienden el ámbito de un proceso arbitral que tiene su origen en una cláusula compromisoria y, por tanto, se centra en el campo de la responsabilidad contractual. En tales condiciones, este perjuicio no es cierto ni directo y tampoco puede dar lugar a la aplicación del ya mencionado artículo 1616 del Código Civil.

Frente al daño moral que los demandantes habrían podido derivar de sus padecimientos por la referida causa penal, proceden los mismos comentarios sobre imputación y competencia. Y si se pensara en uno originado en el incumplimiento descrito, el tribunal no lo encuentra probado y, ni siquiera fue alegado por las partes.

6.3. Daño emergente determinado por la diferencia entre los valores de venta y los de la dación en pago de unos inmuebles

Este perjuicio no puede considerarse como personal, porque las daciones en pago a la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena fueron realizadas por Andrea Perdomo Dávila, para entonces propietaria inscrita de esos bienes. La relación de parentesco (hija de los demandantes) no habilita a los demandantes para reclamar un perjuicio a todas luces ajeno. Tampoco puede asumirse que este perjuicio sería directo, porque el pago no se originó en el incumplimiento de la fiduciaria.

6.4. Daño emergente derivado de los honorarios cancelados a diversos abogados

Alegan los demandantes que, para resolver las diferencias con la fiduciaria, tuvieron que acudir a diversos profesionales del derecho. La solución de ley para esos eventos es la condena en costas, que incluye las agencias en derecho⁽²²⁾. De cualquier forma, debe registrarse que no pueden involucrarse en este proceso honorarios derivados de actuaciones intentadas por los propios demandantes por fuera del marco de este proceso, como en los casos de la tutela presentada contra la fiduciaria, del proceso penal que aún los tiene vinculados o de la queja formulada ante la (*) Superintendencia Bancaria, máxime si fueron resueltos en contra de los demandantes. Así entonces, no se puede predicar que el perjuicio estudiado fue causado por el hecho dañino del incumplimiento ya analizado.

6.5. Otros perjuicios alegados

6.5.1. Los perjuicios morales y materiales sufridos en su nombre comercial causados por la variación de su calificación dentro del sistema financiero, que de triple A pasó a la Cifin con la calificación E.

6.5.2. Los perjuicios causados al patrimonio como consecuencia de los créditos negados por el Banco del Estado y la Corporación de Ahorro y Vivienda Colmena.

6.5.3. Los perjuicios causados por la venta de una lancha y una casa en Betania.

6.5.4. Los perjuicios de la enajenación obligada de algunos bienes.

6.5.5. Los perjuicios causados en la imagen comercial y de credibilidad.

6.5.6. Los perjuicios causados por tener que acudir a créditos extrabancarios y la venta de bienes para atenderlos.

Respecto de estos perjuicios alegados por los demandantes, el tribunal debe señalar que la negación del crédito fue originada por el registro de los demandantes en la Cifin por instrucciones del Banco del Estado, entidad contra la que no se ha elevado reclamo alguno de perjuicios, y no por Fiduciaria del Estado S.A., siendo así que faltaría la legitimación por pasiva para su procedencia. Debe además señalarse que la justicia ordinaria no se ha pronunciado sobre la juridicidad de las deudas que motivaron tal registro, como lo revelan las copias y certificaciones de los expedientes civiles que cursan en los Juzgados 5° y 28 civiles del Circuito de Bogotá que obran en el cuaderno de pruebas 3.

6.6. La relación o vínculo de causalidad. La imputación

En este laudo quedó establecido que el incumplimiento probado tuvo por causa la expedición irregular de los certificados 004, 005 y 006. Pero, como se señaló en el aparte anterior, el tribunal no encontró acreditado que alguno de los perjuicios alegados guarde relación de causalidad con el incumplimiento probado.

Ha de aclararse que no se trata de una situación jurídica extraña, porque el incumplimiento no tiene una vocación automática para generar perjuicio. Es decir, no todo incumplimiento genera daño. En este caso ya advertimos cómo el perjuicio, de generarse, estaría en cabeza del patrimonio autónomo, y solo nacería en el momento en que la Fiduciaria del Estado S.A. realizara los bienes fideicomitidos a solicitud del Banco del Estado para entregarle a este acreedor las sumas correspondientes.

En este caso, siendo que el Banco del Estado es acreedor de los demandantes y que, además de la prenda general que tienen todos los acreedores sobre el patrimonio de su deudor, tiene una garantía fiduciaria que afianza el pago con los bienes fideicomitidos, ha podido solicitar la realización de esos bienes. No obstante, el banco decidió acudir al cobro de sus acreencias como cualquier acreedor quirografario y formuló demandas ante los citados despachos civiles, prescindiendo de la fiducia en garantía. Y si la entidad bancaria obtuviera un recaudo parcial, la exigibilidad de la garantía fiduciaria concurriría solo hasta cubrir el saldo insoluto del referido recaudo. De allí que, para este tribunal, la determinación del Banco del Estado apunta a demostrar que no tiene interés en hacer efectiva la garantía plasmada en los certificados otorgados por la fiduciaria, de manera que el perjuicio jamás se generaría.

Para concluir, el tribunal comparte plenamente los interrogantes planteados por el apoderado de Fiduciaria del Estado, que denotan que no hay relación de causalidad entre los perjuicios reclamados y el incumplimiento declarado. Señala el apoderado: “¿O es que acaso se puede entender demostrado en el proceso que si el demandante Rafael Perdomo Perdomo devengó en 1999 unos honorarios menores que los recibidos en 1998, tal menoscabo económico se debió a la expedición irregular de los certificados de garantía aludidos, por parte de la fiduciaria?; o ¿que si la fiduciaria se hubiere abstenido de expedir los certificados ..., las enajenaciones y dación en pago alegadas no se hubiesen realizado?; o ¿es que fue la expedición de los referidos certificados de garantía en ejecución del contrato de fiducia la causa directa y necesaria de la vinculación penal y de las medidas de aseguramiento a que se hallan sometidos los convocantes arbitrales? o ¿hay algún tipo de prueba que acredite que la parte actora dejó de recibir una ganancia o provecho sobre el patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de fiducia en garantía celebrado, en razón de la expedición de los pluricitados certificados?; o, en fin, es que cabe pensar que las dificultades económicas y de consecución de crédito bancario que aducen los actores encuentran su causa generadora en los certificados emitidos por el operador fiduciario?”⁽²³⁾. Para el tribunal las respuestas negativas se imponen y evidencian la absoluta falta de relación de causalidad entre los perjuicios analizados y el incumplimiento declarado.

7. De la responsabilidad civil de las personas jurídicas por los hechos de sus agentes

El tribunal encuentra que la motivación de los demandantes en sus acciones civiles y administrativas y en sus defensas penales, tiene como sustento unas supuestas irregularidades o, inclusive, la comisión de delitos, por parte de ex funcionarios del Banco del Estado, como se desprende de distintas piezas que obran en el expediente, particularmente las originadas en la auditoría de la citada entidad bancaria, y las mencionadas en las denuncias penales.

Al respecto el artículo 2347 del Código Civil dispone que “toda persona es responsable, no solo de sus propias

acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que están bajo su cuidado ...”, y el artículo 2349 *ibidem* advierte que “los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión del servicio prestado por estos o aquellos ...”.

De llegar a establecerse, se trataría de una responsabilidad de una persona jurídica por los hechos de sus agentes. Sobre este tema el profesor Gilberto Martínez Ravé señala que “existe responsabilidad civil directa de la persona jurídica cuando cualquiera de sus componentes (ya sea su representante legal, un funcionario con representación, un empleado o un trabajador) ejecuta hechos dañosos, es decir, lesiona patrimonios ajenos. La Corte Suprema de Justicia ha venido decantando, en los últimos veinte años, las soluciones que se plantean cuando se responsabiliza civilmente a las personas jurídicas, públicas o privadas ... Y llegó, finalmente, a la conclusión de que la persona jurídica es civilmente responsable de los hechos dañosos que cometen sus componentes, sin importar la representatividad o vinculación. Por eso, según esta última posición, entre nosotros la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas es una responsabilidad directa, no importa la calidad de la persona natural que, vinculada a ella, haya cometido el hecho dañoso ...”⁽²⁴⁾.

En el mismo sentido, Arturo Valencia Zea indicaba que “... jamás puede contraponerse una responsabilidad por el hecho propio a una responsabilidad por el hecho ajeno, en el sentido de que en la primera se responde de las culpas ajenas. Como principio general solo se responde de las culpas propias, y jamás puede estatuirse una responsabilidad por una culpa ajena totalmente independiente de la propia.

“Cuando se responsabiliza al padre o al tutor de los daños causados por sus hijos menores o por sus pupilos, se hace con fundamento en la propia culpa cometida por el padre o el tutor ... se trata, pues, de una responsabilidad por hecho propio”⁽²⁵⁾.

Sin embargo, más allá del sentido que se le ha dado a la demanda, como la justicia penal no ha proferido sentencia que defina el tema y los mismos demandantes continúan vinculados como presuntos autores o coautores de los referidos ilícitos, hasta donde ha podido establecerse, no podrá el tribunal pronunciarse al respecto.

8. La resolución del contrato

Como se señaló, esta pretensión se demandó como consecencial a la declaratoria de incumplimiento. De manera que establecido uno de los incumplimientos alegados y no obstante que no se acreditó daño alguno indemnizable, corresponde establecer si procede la resolución del contrato de fiducia mercantil de garantía objeto de este proceso.

Los señores apoderados de Fiduciaria del Estado S.A. y del Banco del Estado coinciden en su alegato en señalar que la pretensión de resolución del contrato de fiducia de garantía no es procedente por dos razones: porque esa declaración no cabe respecto de contratos de tracto sucesivo y porque involucra a acreedores beneficiarios de buena fe, cuyos derechos se verían comprometidos con esa declaración.

Sobre el primer aspecto planteado, antes que nada debe recordar el tribunal, que el artículo 1546 del Código Civil señala que, “en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

“Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

La doctrina se ha encargado de precisar que los efectos de la resolución son *ex tunc*, es decir, que obran retroactivamente. De allí que, siendo que esa declaración solo opera respecto de los contratos de ejecución instantánea, porque en los de ejecución sucesiva no es factible deshacer las prestaciones ya causadas o los efectos ya producidos, la doctrina francesa haya elaborado la teoría de la *resiliation* —cuyos efectos son *ex nunc*—, acogida en Colombia por la Corte Suprema de Justicia⁽²⁶⁾. La figura es aplicable también a los que se han dado en llamar contratos de ejecución escalonada, es decir, aquellos en que las partes han pactado su ejecución en forma fraccionada.

Por eso el artículo 870 del Código de Comercio fue mucho más allá y, recogiendo la teoría citada, dio cabida al concepto de terminación para dar fin a un contrato de ejecución sucesiva o de ejecución escalonada. Expresa esta

norma que, “en los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”.

La jurisprudencia arbitral también ha abordado el punto:

“En efecto, en este punto se ha hablado de “terminación” para referirse en forma técnica a la resolución por incumplimiento que se presenta en aquellos contratos de ejecución sucesiva en los cuales el aniquilamiento judicial de los contratos no tiene alcance retroactivo dada la imposibilidad de desconocer aquellas prestaciones que ya se han cumplido y que, por su naturaleza, no son resolubles.

Por ello la referencia que se hace a la misma corresponde a una simple reiteración del efecto ya apuntado de no poder optar entre el aniquilamiento judicial o el cumplimiento más indemnización de perjuicios.

“Sobre el particular han sido coincidentes posiciones tan ilustrativas como las sostenidas por los tratadistas Guillermo Ospina Fernández (“Teoría general del contrato”. Edit. Temis, Bogotá, Ed. 4ª, 1994, pág. 563) y Arturo Valencia Zea (“Derecho civil”, T. III, De las obligaciones, Ed. 3ª, Edit. Temis, Bogotá 1968, pág.180).

“Y la Corte Suprema de Justicia al referirse a las diferencias existentes entre la terminación judicial y la resolución judicial, no ha reconocido distinción diferente a la basada en el efecto retroactivo de la última, pues ha partido del supuesto que ambas pertenecen a la figura del aniquilamiento judicial de un contrato que supone la intervención del juez ante el incumplimiento de uno de los contratantes, y por ello entender que la expresión “terminación” utilizada en el artículo 870 del Código de Comercio comprende también las facultades unilaterales de desistimiento de un negocio jurídico, sería exceder el alcance de la citada disposición.

“La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de abril de 1955, antes de la expedición del Código de Comercio, dictaminó que “Por la terminación” (o cesación) judicial pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la “terminación” aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ejecutorios por oposición a “ejecutados”, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la “resolución judicial”. Por esta el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; y —como anotaba el magistrado Luis Eduardo Villegas, siguiendo a Rogron, Mourlon, Laurent y Baudry-Lacantinerie— se borra; “se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada ... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado”⁽²⁷⁾.

Más específicamente sobre este aspecto, junto con otros árbitros, el suscrito ya se había pronunciado en el sentido de que “... la resolución del contrato de fiducia no está llamada a prosperar, pues la resolución solamente opera cuando en un contrato bilateral se ha declarado el incumplimiento de uno de los contratantes y la demandante no ha solicitado dicha declaración, a lo que debe agregarse que las causales del contrato de fiducia que se invocan como fundamento para la “resolución” están consagradas en la convención como razones para terminar el contrato y no para resolverlo”⁽²⁸⁾.

El señor apoderado del Banco del Estado señala que el haber demandado la resolución y no la terminación implica una antitécnica formulación de la demanda y que “esta omisión hace que la pretensión de la demanda deba ser rechazada por impertinente e ilegal, y no le permite al juez subsanar el defecto en que incurrió el actor al hacer su petición, tratando de interpretar el alcance de la expresión “resolución”, pues ello sería tanto como remendar de oficio una demanda defectuosa y fallar *extra-petita*”⁽²⁹⁾.

Podría pensarse que, en aras del desarrollo del principio contenido en el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, según el cual “al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial” y con fundamento en el criterio expuesto sobre facultad que el juez tiene de interpretar la demanda, el tribunal podría resolver la petición por la vía

de la terminación y no de la resolución. No obstante, y aceptando la validez del argumento del apoderado del banco, el tribunal considera que no procede aquella posibilidad por los efectos que los mismos demandantes le imprimieron a su petición, que son *ex tunc* y por ello inadmisibles, como se expresa en el libelo: “ordenar, como consecuencia de la primera pretensión, que la Fiduciaria del Estado S.A. reintegre a los convocantes los bienes que constituyen el patrimonio autónomo constituido por Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza”; posibilidad que no es viable mientras subsistan en el mundo del derecho certificados de garantía expedidos con fundamento en el contrato.

Así mismo, la existencia de terceros acreedores de buena fe refuerza la argumentación jurídica en contra de la pretensión de que se declare la resolución o terminación del contrato. Con razón señala el señor apoderado de la fiduciaria que, “por obvias razones de protección de sujetos titulares de derechos a quienes no puede ni debe afectar el eventual incumplimiento de uno de los contratantes, ha entendido la doctrina que la resolución, en el contexto anotado, está vedada como opción del negocio jurídico”. Y, citando la obra de estudios del contrato privado de Manuel De La Puente y Lavalle, señala que “no es lógico que habiendo ingresado este derecho a su patrimonio, pueda la acción de un tercero —en las relaciones entre el promitente y el beneficiario el estipulante es un tercero— dejar sin efecto este derecho. Considero, por ello, que legislativamente no debe permitirse al estipulante la acción resolutoria cuando el beneficiario haya hecho conocer su declaración de aceptación”⁽³⁰⁾.

Por su parte, el señor apoderado del Banco del Estado, citando a José Melich-Orsini, anota: “Consideración especial merecen los llamados contratos plurilaterales, categoría en la cual se incluyen diferentes tipos de contratos de asociación o de organización que se caracterizan por la participación de dos o más partes que asumen compromisos cada una de ellas (respecto) de las otras, teniendo en todo caso como mira, la obtención de un propósito común a todos ellos. En estos contratos, las obligaciones que asumen los participantes representan solo un medio para obtener un fin común ... Esta estructura *sui generis* de las obligaciones de las partes en el contrato plurilateral, ha hecho pensar a algunos en la absoluta inaplicabilidad de las reglas sobre la resolución de los contratos a este género de contratos”⁽³¹⁾.

El tribunal ya señaló que considera al contrato de fiducia como uno plurilateral, aunque también pueda tratarse como tripartito o en beneficio de terceros. En cualquier caso, es claro que al haber de por medio relaciones jurídicas múltiples y cruzadas, el incumplimiento de una de las partes no puede paralizar o extinguir el contrato para las demás, quienes tienen derechos válidamente adquiridos.

Tres argumentos adicionales permiten concluir la improcedencia de la declaración en estudio, traídos también a colación por los mencionados apoderados. El primero de ellos, planteado por el apoderado de la fiduciaria, advierte que los artículos 1235 y 1239 del Código de Comercio prevén sanciones distintas a la extinción del patrimonio autónomo, aun en casos de verdadero incumplimiento. En efecto, señalan respectivamente las normas en mención lo siguiente:

ART. 1235.—“El beneficiario tendrá, además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley, los siguientes:

“1. Exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas ...”.

ART. 1239.—“A solicitud de parte interesada el fiduciario podrá ser removido de su cargo por el juez competente cuando se presente alguna de estas causales:

“1. Si tiene intereses incompatibles con los del beneficiario.

“2. Por incapacidad o inhabilidad.

“3. Si se le comprueba dolo o grave negligencia o descuido en sus funciones como fiduciario, o en cualquiera otros negocios propios o ajenos, de tal modo que se dude fundadamente del buen resultado de la gestión encomendada, y

“4. Cuando no acceda a verificar inventario de los bienes objeto de la fiducia, o a dar caución o tomar las demás medidas de carácter conservativo que le imponga el juez”.

El segundo argumento adicional, formulado por el apoderado del banco, que comparte plenamente el tribunal, es la consagración expresa de la tesis que se analiza en la Circular Básica Jurídica para el sector financiero expedida por la (*) Superintendencia Bancaria, la cual advierte sobre los efectos de la declaratoria de extinción del negocio fiduciario y las condiciones para tal extinción frente a las obligaciones contraídas por el patrimonio autónomo:

“Decretada la extinción del negocio fiduciario con fundamento en lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 1240 del Código de Comercio y para los efectos previstos en el artículo 1238 ibídem, debe aclararse qué sucede con las obligaciones que, como titular y vocera del patrimonio autónomo, contrajo la sociedad fiduciaria en orden al cumplimiento de la finalidad señalada en el acto constitutivo.

“Al efecto, se debe partir de la consideración según la cual, siendo el contrato un acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones y teniendo en cuenta que tales obligaciones no pueden desaparecer sino por el mutuo consentimiento de las partes contratantes por causales legales (C.C., art. 1602), es evidente que ocurrida la terminación del contrato cesan o terminan, igualmente, las obligaciones nacidas del mismo y, en este orden de ideas, es necesario proceder a su liquidación.

“A este respecto, el numeral 7º del artículo 1234 del Código de Comercio señala dentro de los deberes indelegables del fiduciario el de “... transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario ...

“En concordancia con la anterior disposición legal, el artículo 1242 ibídem prevé que, “... salvo disposiciones en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos” ...

“En conclusión ocurrida la terminación del negocio fiduciario lo único que subsiste de la relación fiduciaria es el cumplimiento de una obligación que ya nada tiene que ver con el desarrollo del mismo, como es la relativa a la restitución de los bienes fideicomitidos, previa la rendición y liquidación comprobada de cuentas de la gestión fiduciaria que constituye el efecto natural y obvio de dicha terminación.

Obviamente, dicha rendición y liquidación de cuentas, como paso previo a la restitución de los bienes fideicomitidos, presupone para el fiduciario el deber de cancelar anticipadamente a tal restitución las obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad señalada en el contrato y, en el evento de existir obligaciones contingentes, el deber de efectuar las provisiones necesarias para atender a su eventual cancelación; entendiéndose que el remanente es el que es objeto de restitución. De esta forma se da cabal cumplimiento al precepto contenido en el artículo 1227 del Código de Comercio” (se resalta).

Finalmente, tampoco es procedente la resolución del contrato objeto de este proceso ya que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 865 del Código de Comercio, “En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto”.

En estas condiciones es indudable que se impone el rechazo de la pretensión por irrealizable en negocios fiduciarios, por lo menos mientras subsistan acreencias garantizadas.

9. La inoponibilidad

Se formularon en la demanda, en este sentido, las siguientes pretensiones:

“Segunda. Declarar que las obligaciones contenidas en los certificados de garantía 004 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), 005 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000) y 006 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), expedidos por la convocada Fiduciaria del Estado S.A. con cargo al patrimonio autónomo constituido por los señores Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, no son oponibles a los convocantes por haber sido expedidos sin la autorización de los fideicomitentes.

“Tercera. Declarar que la obligación contenida en el certificado de garantía 001 del 14 de junio de 1994 por valor de cuarenta y cinco millones de pesos (\$ 45.000.000), expedido por la convocada Fiduciaria del Estado S.A. con cargo al patrimonio autónomo constituido por los señores Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, no es oponible a los convocantes por haber sido expedido a favor de una persona distinta a la que designaron los fideicomitentes”.

Los incumplimientos que se imputan a la fiduciaria fundamentan a los demandantes para solicitar la resolución del contrato de fiducia y, a su vez, para solicitar la declaración de que los certificados de garantía 001, 004, 005 y 006 expedidos a favor del Banco del Estado S.A. no les son oponibles.

Los conceptos de oponibilidad y de inoponibilidad tienen dos sentidos dentro de la doctrina y la legislación: uno amplio, propio del derecho civil, que no guarda relación con la aplicación del principio de la relatividad de los actos jurídicos, y uno particular, propio de la legislación comercial.

En el primer sentido la doctrina ha señalado que en derecho civil la oponibilidad “no consiste en que los actos jurídicos puedan producir derechos y obligaciones para quienes no han intervenido en la celebración de estos, ni directamente ni por procuración, porque tales efectos están descartados por el principio de la relatividad (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*), sino en el deber general que pesa a cargo de los terceros de respetar la eficacia, aun transitoria, que tales actos por ley están llamados a producir entre las partes”; y que, “por el contrario, la inoponibilidad, que constituye una excepción a la mencionada regla general, consiste en que ciertos actos, aun sin pretender crear derechos u obligaciones para los terceros, pueden ser desconocidos o impugnados por ellos, por cuanto los efectos que producen entre las partes lesionan indebidamente otros derechos de que dichos terceros sean titulares”⁽³²⁾. Dentro de este concepto la inoponibilidad se puede hacer valer como excepción a la acción de las partes o mediante el ejercicio de una acción determinada como la de simulación, la de nulidad relativa, la de fraude pauliano, etc.

Desde el punto de vista particular, nuestro Código de Comercio considera la inoponibilidad como una especie o grado de ineficacia de los actos jurídicos junto con la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la ineficacia liminar.

A este respecto, el doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar señala: “Los antecedentes de la inoponibilidad como institución jurídica se encuentran en la tesis de Japiot aparecida en 1909: *des nullites en matière d'actes juridiques*, siendo el primero en señalar una categoría diferente a la de los actos nulos, que es el acto inoponible, señalando además las bases para la distinción.

“Para algunos la inoponibilidad no es más que una especie de nulidad caracterizada precisamente por los sujetos que puedan invocarla que son solamente los terceros. El acto es ineficaz frente a los terceros pero eficaz entre las partes. La nulidad deja el acto sin efectos entre las partes y consecuentemente frente a todo el mundo, mientras la inoponibilidad deja subsistiendo los efectos del acto entre las partes.

“No es de recibo considerar la inoponibilidad como una especie de nulidad en nuestra opinión. La inoponibilidad tiene sus caracteres autónomos frente a la nulidad. El acto inoponible es un acto válido, pero debido a que no se cumplen ciertos requisitos previstos en la ley para la publicidad del acto, este se hace ineficaz frente a los terceros.

“También se ha querido observar como fundamento de la inoponibilidad el principio de la relatividad de los efectos de los contratos consagrado por las leyes civiles, desarrollando con este criterio las tesis de Japiot. Afirma este autor: “De una manera general la inoponibilidad es la ineficacia a la mirada de terceros, en tanto que la nulidad es la ineficacia a la mirada de las partes” ...

“Es bien manifiesta la distinción con relación a los terceros. Hay terceros en sentido amplio, que son todas aquellas personas que no tienen vínculo alguno con los contratantes y por tanto son extraños al acto jurídico que celebran. Para estos terceros se establece el principio de la relatividad de los efectos de los contratos. Pero sucede que hay otros terceros en un sentido más estricto que no son parte de la relación jurídica que celebran los contratantes pero que sí intervienen en otra, la cual puede verse afectada sustancialmente por la primera. Un ejemplo sería quien compra un bien que es objeto de una prenda anterior o de una reserva de dominio. Para estos terceros interesados

se establece la protección legislativa pretendida con la inoponibilidad.

“La protección del tercero la hace real el legislador de dos maneras: la primera establece un requisito adicional para que el acto pueda producir los efectos frente a terceros, que generalmente es la publicidad mediante su registro; y la segunda es permitirle actuar al tercero, como si el negocio no se hubiese celebrado, cuando no se ha cumplido con ese requisito de publicidad. Por esto afirma Lloveras: “Desde el punto de vista del tercero, el acto será inoponible cuando este pueda actuar jurídicamente como si el acto no se hubiese realizado.

“Podemos decir como conclusión que el acto inoponible es aquel ineficaz frente a terceros, por no haber cumplido con los requisitos de publicidad que establece la ley”⁽³³⁾.

De manera pues que, al paso que en el ámbito civil la inoponibilidad es tan solo una elaboración doctrinal en diversos sentidos, que termina por fundirse con diversos tipos de acciones y pretensiones, en la legislación comercial comporta una específica sanción. Así, el Código de Comercio señala que “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”, y en varias disposiciones consagra eventos de inoponibilidad, como ocurre en los artículos 300 para la prenda del interés social, 953 para la reserva de dominio, 1320 para las facultades del agente mercantil, 1335 para las limitaciones a los factores de comercio, etc., sin que se encuentre una sanción de esta naturaleza para la expedición de los certificados de garantía objeto de la pretendida declaración de inoponibilidad.

Se ha permitido el tribunal expresar las dos acepciones que tiene el concepto de inoponibilidad con la clara intención de concluir, haciendo una interpretación amplia de la demanda, que la inoponibilidad pedida en la misma guarda más relación con la acepción del derecho civil que con la del derecho comercial. En efecto, es claro que los convocantes frente a los certificados de garantía cuestionados son terceros, a quienes el negocio jurídico irregular celebrado entre la fiduciaria y el banco les lesiona indebidamente derechos de los cuales son titulares, como quiera que son los beneficiarios finales del negocio fiduciario, es decir, que solo ellos serán los acreedores de las sumas sobrantes por la realización de los bienes o de estos mismos si no fuere necesaria su venta para satisfacer el pago de las acreencias garantizadas.

Advierte además el tribunal que aun bajo la luz del Código de Comercio tiene cabida la pretendida inoponibilidad ya que la fiduciaria no cumplió con el requisito previsto en el numeral 5° del artículo 1234 del Código de Comercio, en cuanto que para apartarse de las autorizaciones que ha debido pedir, según el acto constitutivo, debió solicitar instrucciones al Superintendente Bancario, quien a su vez estaba obligado a citar previamente a los fideicomitentes y al beneficiario, procedimiento que para el asunto en estudio implica darle publicidad al negocio que se pretendía finiquitar. Por esta vía los terceros, en este caso los convocantes, hubieran podido validar u objetar el acto jurídico pretendido, que es precisamente la finalidad que busca el requisito legal de la publicidad.

En estas condiciones el negocio jurídico celebrado entre la fiduciaria y el banco que dio origen a los certificados de garantía 004, 005 y 006 no puede ser oponible a los demandantes en la medida en que su irregular expedición afectaría sus derechos como fideicomitentes y beneficiarios finales, ya que no se contó con su autorización escrita y expresa como lo exigía el acto constitutivo, ni tampoco el fiduciario obtuvo la autorización del Superintendente Bancario que le permitiera apartarse de lo previsto en el contrato.

No puede decirse lo mismo del certificado de garantía 001, frente al cual, como ya se indicó, sí existió una autorización escrita y expresa, razón por la cual esa garantía les es oponible a los fideicomitentes.

CAPÍTULO VIII

La objeción por error grave al dictamen pericial

En la oportunidad correspondiente el señor apoderado del Banco del Estado objetó por error grave el dictamen pericial técnico contable. La objeción se funda en la ausencia de criterios técnicos en la fundamentación del dictamen, específicamente en los siguientes aspectos (cdno. 1, fls. 323 a 336):

1. Por interpretar sobre el concepto del lucro cesante que se causa por la constitución de un patrimonio autónomo, al tomar como tal el valor actualizado de los bienes fideicomitidos.

2. Por deducir como perjuicios la utilidad dejada de recibir por un proyecto de construcción que nunca se proyectó ni se realizó.
3. Por el cálculo de los perjuicios sufridos por los demandantes al verse forzados a realizar una dación en pago.
4. Por la falta de bases para la valoración comercial de unos bienes.
5. Por la valoración de los honorarios de abogados que no participaron en el tribunal o en procesos relacionados con este.
6. Por la valoración de otros perjuicios en cuanto no guardan relación de causalidad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁽³⁴⁾ “error” es un “concepto equivocado o juicio falso”. Y según el Diccionario Ideológico de la Lengua Española de Julio Casares⁽³⁵⁾ “error” es un “concepto equivocado o juicio falso” y “grave” significa “de mucha importancia por sus consecuencias o por el peligro que ofrece”.

Por su parte, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil señala que en el escrito de objeción “se precisará” cuál fue el error “grave”. Esta exigencia es importante porque no cualquier desacuerdo con las conclusiones de los peritos implica un error y mucho menos un “error grave”. Por ello la Corte ha dicho que “el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones, como cuando se afirma que un objeto o una persona tiene determinada peculiaridad y resulta que tal cualidad no existe, o en tener por blanco lo que es negro o rosado”.

Esas conclusiones no constituyen para el tribunal un error grave, porque se deriva de un ejercicio de los peritos que no se ha demostrado contenga bases falsas. En efecto, para señalar que existe un error o un error grave es necesario hacerlo por comparación con la “evidencia” de lo correcto, actuación que no obra en el expediente. Tampoco han sido glosadas las bases utilizadas por los peritos. Se trataría, entonces, de una diferencia de opinión, sobre la bondad o pertinencia del ejercicio realizado por los peritos, pero no un error en sus bases o conclusiones.

En esa medida, los reparos a la actuación de los peritos no tienen incidencia en las conclusiones que adoptará este tribunal.

CAPÍTULO IX

Decisiones finales

1. Al no haber prosperado las pretensiones de la demanda relacionadas con los derechos reales sobre los bienes inmuebles fideicomitidos, se impone la cancelación del registro del proceso en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria, como se indicará en la parte resolutive.
2. Bajo otra consideración el tribunal advirtió que en el alegato de conclusión el señor apoderado de Rafael Perdomo Perdomo le solicitó tomar algunas otras determinaciones que no estaban incluidas en el *petitum* y respecto de las cuales el tribunal carece de competencia y por ello no podrá: pronunciarse sobre la supuesta falsedad de la firma de Ricardo Perdomo Perdomo contenida en la aceptación bancaria 28711-1; oficiar a los juzgados en donde se tramitan cobros ejecutivos informando sobre las circunstancias y particularidades del negocio fiduciario o de los certificados de garantía; pronunciarse sobre la veracidad de la demanda de constitución en parte civil dentro de un proceso penal; ni, en general, pronunciarse sobre aspectos que no estén previstos en el *petitum* de la demanda o que, por disposición legal, deban ser objeto de pronunciamiento.

CAPÍTULO X

La conducta de las partes y de sus apoderados y costas

En los términos del artículo 72 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal considera que no ha existido ni temeridad ni mala fe proveniente de ninguna de las partes ni de sus apoderados, razón por la cual no hace condena alguna por este concepto.

Al haber prosperado solo dos de las pretensiones de la demanda, pero sin las consecuencias económicas solicitadas, el tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 392 ibídem, se abstiene de condenar en costas. En consecuencia:

1. Los demandantes asumirán los honorarios de los auxiliares de la justicia de acuerdo con lo dispuesto por el tribunal en el momento de la respectiva determinación.
2. Cada parte asumirá lo que le correspondió por concepto de honorarios del árbitro y del secretario y por gastos del proceso.
3. El tribunal devolverá directamente a las partes, en las proporciones mencionadas, los dineros sobrantes de la partida "Protocolización, registro y otros", si a ello hubiere lugar, lo cual se determinará en la liquidación final de gastos que elaborará el árbitro.

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

RESUELVE:

1. Declarar que es falsa la firma que como de Libia Dávila Daza aparece en la cuenta de cobro del 23 de febrero de 1995 supuestamente remitida por Fiduciaria del Estado S.A. a los demandantes y que la mencionada señora no llenó de su puño y letra el contenido que aparece manuscrito en el cheque del Banco Ganadero EO524601 de la sucursal de Neiva, con exclusión de la firma, que sí es suya, documentos ambos que indican un valor de \$ 2.751.713.
2. Condenar a Fiduciaria del Estado S.A. a pagar a Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza la suma de \$ 550.342.60 por concepto de sanción prevista en el artículo 292 del Código de Procedimiento Civil por el establecimiento de la tacha mencionada en el numeral anterior.
3. Declarar no probada la objeción por error grave formulada por el Banco del Estado S.A. al dictamen rendido por los peritos contador y economista.
4. Declarar que Fiduciaria del Estado S.A. incumplió sus obligaciones contractuales previstas en el contrato de fiducia contenido en las escrituras públicas 1910 del 27 de mayo y 2256 del 28 de junio de 1994, otorgadas en la Notaría Primera del Círculo de Neiva, celebrado con Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, al expedir irregularmente a favor del Banco del Estado S.A. los certificados de garantía 004, 005 y 006 del 3 de agosto de 1994 por valor de \$ 65.000.000, cada uno, con lo cual prospera parcialmente la primera pretensión de la demanda.
5. Declarar que las obligaciones contenidas en los certificados de garantía 004 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), 005 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000) y 006 del 3 de agosto de 1994 por valor de sesenta y cinco millones de pesos (\$ 65.000.000), expedidos por la convocada Fiduciaria del Estado S.A. con cargo al patrimonio autónomo constituido por los señores Rafael Perdomo Perdomo y Libia Dávila Daza, no les son oponibles por haber sido expedidos sin su autorización.
6. Declarar que no hay condena en costas.
7. Negar las demás pretensiones de la demanda.
8. Ordenar la cancelación de la inscripción del proceso en los folios de matrícula inmobiliaria 200-0070481, 200-0090195 y 200-0090171, correspondientes a la casa de habitación ubicada en la carrera 34 N° 4A-10, hoy calle 8ª 34-92, interior 2-2 y al local 101 y al garaje 9 del edificio Centro Comercial Plaza Real ubicados también en la ciudad de Neiva en la carrera 5ª N° 10-63/65, respectivamente.
9. En firme este laudo se protocolizará en una notaría del Círculo de Bogotá.
10. Ordenar la expedición de copia auténtica de esta providencia con destino a la Procuraduría General de la

Nación.

Notifíquese.
