

Laudo Arbitral

Vesna Zorka Mimica Mimica

v.

Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A.

Noviembre 28 de 2001

Contrato de Fiducia Mercantil en Garantía 0020 del 28 de febrero de 1995.

Bogotá, D.C., noviembre 28 de 2001.

Finalizadas las actuaciones procesales para la debida instrucción del trámite arbitral aquí propuesto, dentro de la fecha y horas fijadas para llevar a cabo la audiencia de fallo, se procede por el tribunal de arbitramento a proferir el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por la señora Vesna Zorka Mimica Mimica contra la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares.

I. Antecedentes

1. El contrato de fiducia mercantil en garantía 0020 del 28 de febrero de 1995

La controversia que se resuelve en este laudo surge de la ejecución del contrato de fiducia mercantil en garantía 0020 suscrito el 28 de febrero de 1995 entre la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., de una parte, y Danilo Gallego Arbeláez, la sociedad Inversiones Gallego Arbeláez, S. en C., Luz América Segovia de Gallego, Juan Pablo Gallego Segovia y Andrés Gallego Segovia, de la otra, cuyo objeto consistió, de conformidad con la cláusula primera del mismo, en

“ Transferencia: Acciones. Los fideicomitentes transfieren a Fiduagraria S.A. a título de fiducia mercantil irrevocable veintiocho mil (28.000) acciones ordinarias de la compañía Car Center S.A., con un valor intrínseco de treinta mil seiscientos setenta y dos pesos con 23/100 (\$ 30.672.23) mcte., por acción, valor certificado a octubre 31 de 1994 por el revisor fiscal de la sociedad Car Center y Cía. S.A., lo cual arroja un valor total de ochocientos cincuenta y ocho millones ochocientos veintidós mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 858.822.440) mcte. PAR. 1°—Con las acciones transferidas por los fideicomitentes se conforma un patrimonio autónomo que garantizará la obligación u obligaciones que adquieran Car Center y Cía. S.A., Gallego Inmobiliaria S.A., Gallego Industrial S.A., Inversiones Gallego Arbeláez S. en C., y/o Danilo Gallego Arbeláez con cualquier entidad financiera o bancaria y/o natural quien(es) será(n) el(los) acreedores beneficiario(s). PAR. 2°—La garantía de que trata este contrato se entiende vigente a partir de la fecha en que se inscriba en el libro de registro de accionistas de la sociedad Car Center y Cía. S.A., la transferencia de las 28.000 acciones ordinarias por parte del fideicomitente a favor de la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., así mismo se hace entrega real y material de las 28.000 acciones al gerente y el secretario de la sociedad Car Center y Cía. S.A., de fecha 28 de febrero de 1995. PAR. 3°— Tenencia: Las acciones objeto del presente contrato se encuentran actualmente en poder de los fideicomitentes así: Inversiones Gallego Arbeláez S. en C., 20.000 acciones; Luz América Segovia de Gallego, 3.000 acciones; Andrés Gallego Segovia, 3.000 acciones, y Juan Pablo Gallego Segovia, 2.000 acciones, quienes las entregarán y transferirán a título de fiducia en garantía a Fiduagraria S.A. mediante la inscripción en el libro de accionistas de la sociedad Car Center S.A. de la respectiva transferencia”.

2. La cláusula compromisoria

En la cláusula decimoquinta del contrato, las partes estipularon textualmente:

“ Cláusula decimoquinta. Cláusula compromisoria. Las partes harán todo lo posible por resolver en forma amistosa y directa las diferencias que surjan entre ellas en relación con este contrato. En caso que las diferencias se presenten por razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato y no puedan

arreglarse directamente en forma amigable, las partes podrán someterlas a decisión de árbitros. El arbitramento será en derecho. La designación, número de árbitros requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento, se regirá por las normas legales sobre la materia”.

3. Trámite prearbitral

3.1. Solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento presentada ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara Comercio de Bogotá

El día 29 de septiembre de 2000, la señora Vesna Zorka Mimica Mimica, por conducto de apoderado especial, solicitó la convocatoria de este tribunal al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante la presentación de la demanda respectiva, la cual fue admitida mediante auto de cuatro (4) de octubre de 2000, notificado a la sociedad demandada, quien, el 7 de noviembre de 2000, por conducto de apoderado especial, dio contestación a la extemporánea a la(sic) demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma (Informes secretariales del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá del 13 de octubre de 2000 y del 10 de noviembre de 2000 – fls. 13 y 31 del cdno. ppal.).

3.2. La audiencia de conciliación ante el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

El día 7 de diciembre de 2000, se llevó a cabo la audiencia de conciliación en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, según acta que obra a folios 39 a 40 del cuaderno principal del expediente, presidida por el doctor Andrés Fernando Torres Martínez, como conciliador por parte del centro, con asistencia del representante legal de la convocada, de su apoderado especial, y del apoderado especial de la convocante.

La audiencia fue suspendida por solicitud conjunta de los apoderados, fijándose como fecha para continuarla el día 5 de febrero de 2001.

En memorial del 1º de febrero de 2001, presentado conjuntamente por los apoderados de las partes, estos informaron al centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“... que hemos adelantado conversaciones que permiten concluir que no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio y por lo tanto, de común acuerdo, damos por terminada la audiencia de conciliación que estaba pendiente para el día 5 de febrero a las 10:00 a.m., dando lugar a que continúe la siguiente etapa procesal dentro de este trámite arbitral”.

4. Designaciones de los árbitros e instalación del tribunal

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula decimoquinta del contrato de fiducia en garantía 20 del 28 de febrero de 1995, y en cumplimiento del artículo 17 del Decreto 2651 de 1991, los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes en la audiencia de nombramiento de árbitros, realizada en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 15 de febrero de 2001. Se designaron como árbitros en este proceso, a los doctores Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Jorge Suescún Melo y Hernán Fabio López, según consta en el acta de la fecha que obra a folios 50 a 51 del cuaderno principal 1, quienes manifestaron oportunamente su aceptación al centro de conciliación y arbitraje.

La audiencia de instalación del tribunal se llevó a cabo el 13 de marzo de 2001. En la misma audiencia, se fijó como sede del tribunal las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicadas en la calle 72 N° 7-82 piso 8º de Bogotá, D.C., y se señalaron las sumas de honorarios para los miembros del tribunal, así como la partida para gastos de funcionamiento. Las partes fueron notificadas en audiencia de las decisiones adoptadas.

4.1. Fijación de partidas de honorarios y gastos de funcionamiento

En la misma audiencia de instalación del tribunal de arbitramento (mar. 13/2001), el tribunal determinó las cuantías por concepto de honorarios y gastos de funcionamiento del tribunal.

4.2. Designaciones del tribunal

Legalmente instalado el tribunal, se procedió a nombrar a los doctores Jorge Suescún melo como presidente del tribunal y a la doctora Patricia Mier Barros, como secretaria del mismo, quien aceptó posteriormente la designación y se posesionó de su cargo ante el presidente del tribunal (fl. 75 del cdno. ppal. del exp.).

4.3. Término del proceso

En audiencia del 4 de septiembre de 2000 (primera audiencia de trámite), el tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 126 del Decreto 1818 de 1998, fijó la duración del proceso en seis (6) meses, desde la primera audiencia de trámite (sep. 4/2000), término que debería haber vencido el 4 de marzo de 2001.

Sin embargo, el término del proceso se suspendió en varias ocasiones por petición conjunta de las partes, como consta en las actas de las audiencias respectivas.

Tal como consta en el informe secretarial consignado en el acta 9 del 21 de septiembre de 2001, y con la suspensión solicitada por las partes en audiencia de esa fecha, “el término del tribunal, según los cómputos presentados por la secretaria y la suspensión que se decreta, vencería el próximo 31 de enero de 2002”, de ahí que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

5. Trámite del proceso

5.1. Las sesiones del tribunal

El proceso se desarrolló en once (11) sesiones, incluida la sesión del día de hoy.

De estas 11 sesiones, una (1) correspondió a la audiencia de instalación del tribunal, dos (2) correspondieron a la primera audiencia de trámite, y una (1) a la audiencia de designación y posesión de los peritos.

El interrogatorio de parte se practicó en dos (2) audiencias, los testimonios decretados se recibieron en una (1) sesión, los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales en una (1) audiencia, y la inspección judicial con exhibición de documentos en Fiduagraria se realizó en una (1) sesión.

Las demás sesiones correspondieron a la continuación del trámite del proceso.

5.2. La primera audiencia de trámite

Consignados oportunamente los honorarios y gastos del tribunal por las partes y posesionada la secretaria, el día 8 de mayo de 2000⁽¹⁾ se dio inicio a la primera audiencia de trámite, que se desarrolló en 2 sesiones consecutivas⁽²⁾.

(1) Acta N° 2; audiencia del 8 de mayo de 2001; folios 95 a 107 del cuaderno principal 1.

(2) Audiencias de fechas mayo 8 y 11 de 2001 (actas 2 y 3).

5.2.1. La declaración de competencia del tribunal

En audiencia del 8 de mayo de 2001 (acta 2), el tribunal declaró su competencia para conocer y decidir en derecho las pretensiones formuladas en la convocatoria de este tribunal por la señora Vesna Zorka Mimica Mimica, con ocasión de la ejecución y desarrollo del contrato de fiducia mercantil en garantía 0020 del 28 de febrero de 1995”.

Contra esta providencia, el apoderado de la sociedad Fiduagraria interpuso recurso de reposición (fls. 108 a 112 del cdno. ppal. del exp.). El tribunal, mediante auto del 11 de mayo de 2001 (acta 3), confirmó su competencia para resolver el presente litigio y denegó la solicitud de la convocada de tener por contestada en tiempo la demanda.

6. Intervención del Ministerio Público

El 30 de abril de 2001, en los términos de ley, se informó a la Procuraduría General de la Nación del estado del proceso⁽³⁾.

(3) Folio 79 del cuaderno principal 1.

El desarrollo del proceso contó con la participación del Ministerio Público mediante la asistencia de su delegado, doctor Andrés Laserna Laserna a las audiencias que a continuación se listan, según fue consignado en las respectivas actas:

- Audiencia del 8 de mayo de 2001 (acta 2).
- Audiencia del 11 de mayo de 2001 (acta 3).
- Audiencia del 16 de mayo de 2001 (acta 4).
- Audiencia del 21 de mayo de 2001 (acta 5).
- Audiencia del 17 de julio de 2001 (acta 7).
- Audiencia del 10 de agosto de 2001 (acta 8).
- Audiencia del 21 de septiembre de 2001 (acta 9).
- Audiencia del 28 de noviembre de 2001 de 2001 (acta 11).

7. Las pretensiones de la demanda

Las pretensiones sometidas a la decisión del tribunal formuladas en la demanda presentada por la convocante, Vesna Zorka Mimica Mimica, obran a folios 1 a 9 del cuaderno principal 1 y son del siguiente tenor:

“Pretensiones

A. Declarativas

Primera. Que existe y es eficaz el certificado de garantía fiduciaria 00020-1 de febrero 28 de 1995, expedido por la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria S.A., “Fiduagraria S.A.” y cuya beneficiaria es actualmente la señora Vesna Zorka Mimica Mimica, adjudicataria en la sucesión del causante Reinaldo Larrarte Mendoza.

Segunda. Que al haber expedido la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria S.A., “Fiduagraria S.A.”, el certificado de garantía fiduciaria 00020-1 y haber dado lugar a que por su negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones el patrimonio autónomo que lo respalda no tenga actualmente ningún valor económico, debe la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria, “Fiduagraria S.A.”, responder por las consecuencias patrimoniales derivadas de esta garantía fiduciaria a favor del titular de la misma, esto es, Vesna Zorka Mimica Mimica.

Tercera. Que la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria, “Fiduagraria S.A.”, fue constituida en mora de pagar las obligaciones desde la fecha de presentación de esta demanda arbitral.

B. Consecuenciales o de condena

Primera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones debe la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuaria, “Fiduagraria S.A.”, pagar a Vesna Zorka Mimica Mimica, la obligación garantizada con el certificado de garantía fiduciaria así:

1. Por capital la suma de seiscientos millones de pesos moneda corriente (\$ 600.000.000), cantidad que se encontraba pendiente de pago al momento de exigirse a la fiduciaria el cumplimiento de la garantía o la suma que se pruebe en este proceso.
2. Los intereses moratorios que se liquiden sobre el capital indicado en el numeral primero anterior, esto es, sobre seiscientos millones de pesos moneda corriente (\$ 600.000.000) a partir del día siguiente de la constitución en mora de la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, “Fiduagraria S.A.”, y hasta el día de pago efectivo,

intereses que se liquidarán a la tasa moratoria indicada en el título de la obligación garantizada o a la tasa que determine el tribunal.

3. Que se condene a la fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., al pago de las costas agencias de derecho, gastos del tribunal de arbitramento, honorarios de los árbitros y del secretario”.

8. Los apoderados de las partes

La representación judicial de la sociedad convocante la tuvo durante el proceso, el doctor Luis Fernando Sarmiento Salcedo, conforme al poder a él otorgado.

Por parte de Fiduagraria, actuó el doctor Carlos Manrique Nieto, conforme al poder otorgado por la entidad demandada.

9. Las pruebas del proceso

9.1. El decreto de pruebas

En audiencia celebrada el 11 de mayo de 2001, el tribunal decidió sobre la solicitud de pruebas de las partes, y decretó mediante auto de la misma fecha, las pruebas a practicarse en el proceso, así (acta 3):

El tribunal decreta y ordena se practiquen las siguientes pruebas:

1. Pruebas aportadas y solicitadas por la convocante Vesna Zorka Mimica Mimica

1.1. Documentales

A) Aportadas

Tiéñense como pruebas en el valor que la ley les asigna los documentos acompañados con la demanda, relacionados en el capítulo IX Pruebas del escrito de demanda en el literal “A. Documentales” de la misma que obran a folios 7 a 8 del cuaderno principal 1.

1.2. Interrogatorio de parte

Se decreta la práctica de la prueba de interrogatorio de parte en los términos solicitados por la convocante en su escrito de demanda.

Para el efecto por secretaría se citará al señor Roberto Castillo Andrade representante legal de la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., o a quien en el momento de absolver el interrogatorio haga sus veces, y se encuentre autorizado para confesar, para que en audiencia pública, en el día y hora que el tribunal señale, conteste el interrogatorio que le será formulado.

El señor Castillo Andrade será citado en la carrera 7 N° 71-21 de esta ciudad de Bogotá, D.C.

1.3. Testimonios

Decrétanse los testimonios de las siguientes personas para los fines indicados en la demanda, los cuales deberán rendirse en audiencias que se llevarán a cabo en la sede del tribunal, en las fechas y horas que se señalan:

- a) Luis Carlos Rangel Franco, mayor de edad, a quien se le citará en la carrera 13 N° 38-47 oficina 801 de Bogotá;
- b) Blanca Myriam Figueroa G., mayor de edad a quien se le citará en la carrera 13 N° 38-47 oficina 801 en Bogotá;
- c) Álvaro Bejarano Alzate, mayor de edad, a quien se le citará en la carrera 7 N° 71-21, piso 8° torre B en Bogotá;
- d) Omar Fernando Ramírez Barón, mayor de edad, a quien se le citará en la carrera 7 N° 71-21, piso 8° torre B en Bogotá.

e) Walter Ricardo Merchán B., mayor de edad, a quien se le citará en la carrera 7 N° 71-21, piso 8° torre B en Bogotá.

f) Alfonso Villota, mayor de edad, a quien se le citará en la carrera 13 N° 93-67 oficina 201 en Bogotá.

1.4. Pericial

Se decreta la práctica de un peritazgo contable, con el objeto señalado por la convocante en el literal D. Inspección judicial con exhibición de documentos y con intervención de peritos del capítulo IXb Pruebas del escrito de demanda. A tal efecto, el tribunal designa como peritos contables a los señores Ana Matilde Cepeda y Ricardo Sabogal. Por secretaría comuníquesele su nombramiento y si aceptan se les dará posesión en audiencia que tendrá lugar el próximo 16 de mayo a las 11:30 a.m. en la sede del tribunal.

Se advierte a las partes su deber de colaboración con los señores peritos. Y facilitarles los datos y la información requerida por ellos para el cumplimiento de su encargo, en los términos del artículo 242 del Código de Procedimiento Civil.

1.5. Inspección judicial con exhibición de documentos y con intervención de peritos contables

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal aplaza la decisión sobre su decreto, hasta una vez practicada la prueba pericial decretada.

Notificado en audiencia el decreto de pruebas, el apoderado de la convocante manifestó que, “toda vez que el punto en controversia es eminentemente jurídico, desiste de los testimonios solicitados en el literal C capítulo IX del escrito de demanda, y cuya recepción ha sido decretada por el tribunal.

El apoderado de la convocada se opuso a este desistimiento, por considerar que el tema no es solo de orden jurídico sino que este proceso trata sobre la responsabilidad profesional de la fiduciaria, y por ello el acervo probatorio es pertinente y es válido oír los testimonios.

Oídos los apoderados, el tribunal resolvió en audiencia aceptar el desistimiento formulado por el apoderado de la convocante de la prueba testimonial decretada.

El tribunal de acuerdo con su facultad prevista en el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil resolvió aplazar la decisión sobre el decreto de la prueba de “Inspección judicial con exhibición de documentos y con intervención de peritos” solicitada por la convocante “hasta una vez practicada la prueba pericial decretada” (acta 3 de mayo 11/2001). Posteriormente, mediante auto del 7 de noviembre de 2001 se decretó la práctica de la mencionada prueba, la cual se llevó a cabo el 15 de noviembre de 2001 en las oficinas de Fiduagraria, sin la asistencia de peritos.

9.2. El decreto oficioso de pruebas

En ejercicio de su facultad oficiosa que le concede el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto del 16 de mayo de 2001, el tribunal ordenó la recepción del testimonio de la doctora María Claudia Vargas, funcionaria de Fiduagraria S.A. y mediante auto del 7 de noviembre de 2001 resolvió ordenar la incorporación al expediente de las pruebas aportadas con la contestación de la demanda.

9.3. La práctica de las pruebas decretadas

9.3.1. La prueba documental

a) Prueba documental aportada

Tal y como quedó consignado en el auto de decreto de pruebas del proceso (acta 3 del 11 de mayo de 2001), se tuvieron como pruebas los documentos aportados con la demanda de la convocante.

b) Prueba documental recaudada

En cumplimiento de lo dispuesto por el tribunal en el auto de decreto de pruebas (acta 4), rindieron declaración en este proceso, los señores Luis Ángel Roldán Bermúdez y María Claudia Vargas quienes aportaron documentación en apoyo de sus declaraciones. De la documentación aportada por los declarantes se corrió traslado en audiencia a los apoderados de las partes y se ordenó su incorporación al expediente (fls. 182 y 183 del cdno. ppal. del exp.).

9.3.2. Prueba testimonial

La doctora María Claudia Vargas rindió declaración ante el tribunal de arbitramento en audiencia realizada con dicho propósito el 21 de mayo de 2001, tal y como quedó consignado en el acta 5 de la misma fecha. De la versión escrita del testimonio recibido se corrió traslado a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, y fueron atendidas las observaciones por ellas formuladas, con el objeto de corregirlas; igualmente, se corrió traslado de los documentos aportados por los testigos durante sus declaraciones, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 446 de 1998.

9.3.3. Interrogatorio de parte al doctor Luis Ángel Roldán Bermúdez

La práctica de esta prueba se llevó a cabo en dos audiencias realizadas con tal propósito los días 21 de mayo de 2001 (acta 5) y 12 de junio del mismo año (acta 6).

En la debida oportunidad, se corrió traslado a los apoderados de la versión escrita de dicho interrogatorio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, y fueron atendidas las observaciones por ellas formuladas, con el objeto de corregirlas.

9.3.4. Prueba pericial

Mediante auto de decreto de pruebas (acta 3) se decretó, por solicitud de la convocante, un peritazgo contable, con el objeto señalado por la peticionaria de la prueba. A tal efecto, el tribunal designó como peritos contables a los señores Ana Matilde Cepeda y Ricardo Sabogal.

9.3.4.1. Posesión de peritos

En la audiencia realizada el 16 de mayo de 2001 (acta 4), los peritos contables designados por el tribunal, doctores Ana Matilde Cepeda y Ricardo Sabogal, quienes dentro del término legal habían aceptado la designación hecha, tomaron posesión de sus cargos en los términos de ley.

En esta misma audiencia el tribunal concedió un término de un (1) mes a los señores peritos para la realización del dictamen pericial decretado. Dicho término fue ampliado posteriormente por solicitud formulada conjuntamente por los peritos el 11 de junio de 2001 (fl. 186 del cdno. ppal. del exp.), por auto del 12 de junio de 2001 (acta 6), mediante el cual el tribunal concedió un término adicional hasta el 29 de junio del mismo año.

9.3.4.2. Presentación de los dictámenes periciales

El dictamen pericial contable rendido por los doctores Julio Villareal y Diego Hernández fue presentado ante el tribunal el 29 de junio de 2001. Del dictamen presentado por los expertos, se corrió traslado por secretaría por el término de ley, según lo solicitado por las partes y decretado por el tribunal en audiencia del 16 de mayo de 2001 (acta 4).

9.3.4.3. Aclaraciones y complementaciones a los dictámenes periciales

Dentro de la debida oportunidad procesal, las partes presentaron solicitudes de aclaración y complementación al dictamen pericial contable.

Mediante auto del 17 de julio de 2001, el tribunal ordenó las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial solicitados por los apoderados de las partes, advirtiendo que “los peritos no tendrán en cuenta las premisas de orden jurídico que se les plantean, de manera que no harán evaluaciones o calificaciones de orden jurídico”. A este efecto, el tribunal fijó como término a los señores peritos hasta el 1º de agosto de 2001 (acta 7).

El 1º de agosto de 2001, dentro del término establecido por el tribunal, los peritos presentaron el documento contentivo de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por los apoderados de las partes y decretadas por el tribunal. Del escrito de aclaraciones y complementaciones presentado por los expertos, se corrió traslado por secretaría por el término de ley, según lo solicitado por las partes y decretado por el tribunal en audiencia del 17 de julio de 2001 (acta 7).

De conformidad con lo ordenado por el tribunal el 6 de julio de 2001, los honorarios de los peritos se fijaron en auto del 10 de agosto de 2001, en consideración a que el traslado del dictamen, por determinación de las partes se surtió por secretaría (acta 8).

El 15 de noviembre de 2001, en la fecha y hora señalados por auto del 7 de noviembre, se practicó la inspección judicial con exhibición de documentos ordenada por el tribunal en las oficinas de Fiduagraria.

10. Los alegatos de conclusión

En audiencia del 21 de septiembre de 2001, previa manifestación de la inexistencia de ánimo conciliatorio, las partes presentaron oralmente ante el tribunal sus alegaciones finales.

La audiencia tuvo una duración de dos horas. Los apoderados presentaron por escrito sus alegaciones en documentos que en dos tomos hicieron parte del acta correspondiente (acta 9). Los argumentos de los mismos son referidos en las consideraciones del tribunal al avocar las decisiones correspondientes.

Concluido el trámite, procede el tribunal a proferir el laudo que pone fin al proceso.

II. Consideraciones del tribunal

1. Aspectos generales del debate

El presente proceso versa sobre un caso de responsabilidad contractual, pues en él se persigue que a la demandante Vesna Zorka Mimica Mimica se le indemnicen los perjuicios que se alega le fueron irrogados por la demandada —sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria— como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta última, en su carácter de fiduciaria, en el contrato de fiducia mercantil en garantía 0020, perfeccionado mediante escrito del 28 de febrero de 1995, contrato este celebrado entre la mencionada fiduciaria y los siguientes fideicomitentes: Inversiones Gallego Arbeláez S. en C.; Luz América Segovia de Gallego; Juan Pablo Gallego Segovia y Andrés Gallego Segovia.

En el mencionado contrato los fideicomitentes manifiestan constituir un patrimonio autónomo sobre 28.000 acciones ordinarias de la sociedad Car Center y Cía. S.A., para lo cual transfirieron las acciones en cuestión a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable de garantía, con el propósito de asegurar o garantizar con el patrimonio autónomo así conformado la obligación u obligaciones que adquieran Car Center y Cía. S.A.; Gallego Inmobiliaria S.A., Gallego Industrial S.A.; Inversiones Gallego Arbeláez S. en C. y/o Danilo Gallego Arbeláez con cualquiera entidad financiera, bancaria y/o natural, quien(es) será(n) el(los) acreedor(es) beneficiario(s)”.

Según la cláusula séptima del señalado contrato, el carácter de acreedores-beneficiarios lo tienen quienes hayan sido designados por escrito por los fideicomitentes, y hayan cumplido los requisitos exigidos por la fiduciaria. A tales acreedores-beneficiarios se les debía expedir, por parte de Fiduagraria, y en señal de haber sido aceptados, una certificación constancia en la que, entre otros, se acreditaba su condición de acreedores-beneficiarios, la cuantía de la obligación máxima garantizada, así como los derechos y obligaciones que les correspondían.

Por su parte, en la cláusula décima del contrato de fiducia se dispone que si se incumpliere en el pago del crédito garantizado, “Fiduagraria procederá a la venta de las acciones dadas en garantía”, mediante el procedimiento que la misma cláusula contiene.

El contrato de fiducia celebrado sirve de régimen general para que se lleven a cabo en adelante operaciones de garantía con los beneficiarios de los certificados que expida. Se trata, entonces, de un marco reglado dentro del cual se desarrollan sucesivos negocios, lo que significa que es un medio para la conclusión de otros contratos, por

lo que la doctrina moderna califica este tipo de relación mercantil como un contrato normativo, pues previene la celebración y ejecución de otros negocios, que habrán de regirse por las pautas generales señaladas en aquel. El rasgo principal del contrato normativo consiste en determinar el contenido mínimo o pleno de otro contrato futuro, que se celebrará entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros⁽⁴⁾.

De otra parte, en el mismo instrumento de constitución de la fiducia en garantía se lee, en la cláusula primera, que, “las acciones transferidas para la conformación del patrimonio autónomo tenían, al momento de perfeccionarse la fiducia, un valor intrínseco de \$ 30.672.23 por acción”, de acuerdo con certificación del revisor fiscal de Car Center, a Octubre 31 de 1994, de manera que el valor total del fideicomiso ascendía a \$ 858.822.440.

Ahora bien, en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, la fiduciaria expidió un certificado de garantía, de fecha 28 de febrero de 1995, en favor del señor Reynaldo Larrarte para respaldar el cumplimiento de obligaciones asumidas por los fideicomitentes frente al mencionado señor hasta por la suma de \$ 600 millones.

En el texto de este certificado se manifiesta que “en el evento de incumplimiento de la obligación de pago de cualquiera de las cuotas provenientes del crédito o cualquier tipo de obligación adquirida ante los acreedores-beneficiarios, Fiduagraria S.A., procederá a vender las acciones de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima del contrato de fiducia en garantía”.

Con las anteriores declaraciones la fiduciaria se obligó de manera firme y clara ante el beneficiario del certificado, mediante una manifestación unilateral de voluntad, efectuada en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, en el que las partes hicieron determinadas estipulaciones para otro, es decir, en favor de los terceros beneficiarios del mencionado mecanismo de garantía. De esta manera, tales beneficiarios tienen acción directa contra la fiduciaria, tanto por previsión legal como por los pactos contenidos en el contrato de fiducia.

Esto es así, por cuanto el N° 1 del artículo 1235 del Código de Comercio otorga al beneficiario el derecho de exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas.

Por su parte, el artículo 1506 del Código Civil reconoce expresamente la virtualidad que tiene la estipulación para otro de producir efectos jurídicos, al establecer que “cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado ...”.

La doctrina mayoritaria explica que en los casos de estipulación para otro se presenta, precisamente, un compromiso unilateral adherido a contrato, es decir, aquellas hipótesis en que una persona (promitente) se obliga en favor de un tercero (beneficiario) en virtud de convención celebrada con otro (estipulante). En estos supuestos, las obligaciones en favor del tercero solo se explican por la voluntad unipersonal del deudor, es decir, del promitente, quien no puede desligarse de su compromiso sino por causas legales. De esta forma, la ley permite que este acto unipersonal genere derechos para terceros que no participaron directamente, ni por representación, en su otorgamiento, a condición de que el tercero acepte la estipulación hecha en su favor. Así las cosas, ese beneficiario adquiere, desde un comienzo, el derecho correlativo al compromiso unilateral que contrae el promitente, pero sujeto a una condición potestativa consistente en su propia aceptación. Cumplida la condición, los efectos que produce son retroactivos, por cuanto se considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación.

La aceptación del beneficiario es un acto unilateral que consolida su derecho, a partir de la cual este puede ejercer la acción de cumplimiento, o la de indemnización de perjuicios, contra el promitente. Dicha aceptación, según se desprende de las voces del citado artículo 1506 del Código Civil, puede ser expresa o tácita, esta última entendida como la adopción de comportamientos o la ejecución de actos que solo se pueden efectuar en virtud de la estipulación, como es el instaurar demanda para exigir lo prometido.

Por tanto, el compromiso unilateral adherido a contrato es fuente de obligación para el promitente y de crédito para el beneficiario, aplicándosele a aquel las reglas de la responsabilidad contractual, en caso de incumplimiento del compromiso asumido, según lo tiene definido la doctrina⁽⁵⁾.

2. Elementos de la responsabilidad contractual

Entratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere del incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a este, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse el de la mora del deudor, si la obligación incumplida es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil.

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de las obligaciones a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, vale decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte, según la cual, “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”⁽⁶⁾.

En el mismo sentido se han pronunciado otras providencias de la Sala Civil, al puntualizar que los elementos configurativos de la responsabilidad contractual son “la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inexecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño”⁽⁷⁾.

2.1. Los negocios jurídicos que dieron origen a las obligaciones que se dice fueron incumplidas

En autos aparece fehacientemente probada la celebración del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía 0020 formalizado mediante escrito del 28 de febrero de 1995. También aparece demostrado el compromiso unilateral asumido por la fiduciaria ante el señor Reynaldo Larrarte, con la expedición del certificado de garantía del 28 de febrero de 1995, en el que este último aparece como beneficiario del mismo, hasta por un monto de \$ 600 millones.

2.2. Las obligaciones que se afirma fueron incumplidas

Las obligaciones derivadas de los mencionados actos jurídicos que la actora afirma fueron incumplidas por la demandada son varias, algunas de ellas de origen convencional y otras que encuentran su fuente en la ley, en particular en el artículo 1234 del Código de Comercio que especifica los deberes indelegables de los fiduciarios. Las primeras están plasmadas en la cláusula decimosegunda del contrato de fiducia, que versa sobre “Obligaciones de Fiduagraria”. Dentro de ellas se mencionan diversas prestaciones que para la convocante fueron abierta y reiteradamente inobservadas, entre otras, la de “seguir el procedimiento predeterminado para la enajenación de acciones dadas en garantía”; la de “actualizar los cálculos del valor intrínseco de las acciones” y la de “rendir, por lo menos cada seis (6) meses, un informe detallado y pormenorizado de la gestión adelantada”.

En cuanto a los deberes indelegables contemplados en el citado artículo 1234 del Código de Comercio, la demandante sostiene que la fiduciaria “violó un buen número de los preceptos allí contenidos”, como son el previsto en el N° 1, “al no haber realizado diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”. También habría infringido el numeral 2°, que ordena al fiduciario “mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios”. Habría desconocido, igualmente, el numeral cuarto, “al no haber propendido por la protección y defensa de los bienes fideicomitados”. En el mismo sentido se le endilga no haberle dado aplicación al numeral quinto “al no haber pedido instrucciones al superintendente bancario ante la situación que se presentó en Car Center S.A.”. Finalmente se le reprocha haber incumplido lo establecido en el numeral octavo, “al no rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

2.3. La alegada imputabilidad de la fiduciaria en el incumplimiento de sus obligaciones

En tanto, el numeral 1° del artículo 1234 del Código de Comercio indica que entre los deberes primordiales del fiduciario está el de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la

fiducia” se hace necesario determinar si en la celebración y ejecución del contrato de fiducia en garantía 20 de 28 de febrero de 1995, materia de la presente controversia, así como en la expedición del certificado correspondiente, Fiduagraria cumplió o no con todas las obligaciones que en su calidad de profesional prudente y diligente le imponían las disposiciones legales y contractuales aplicables.

Pues es indudable que en la medida en que el contrato materia de la litis es un contrato de fiducia en garantía suscrito entre unos fideicomitentes y una sociedad fiduciaria, a favor de unos acreedores beneficiarios, era responsabilidad de la sociedad fiduciaria, como bien lo dice la cláusula cuarta del contrato, poner “todo su conocimiento, diligencia y cuidado para la lograr el éxito de la gestión” encomendada, lo cual implicaba, entre muchas otras cosas, velar porque los beneficiarios contaran con una garantía eficaz, que lograra el propósito último de la misma, que no era otro que servir como instrumento real y suficiente de respaldo de los créditos otorgados al fideicomitente, todo ello en los términos pactados en el contrato de 28 de febrero de 1995.

En consecuencia, el ejercicio diligente de sus responsabilidades contractuales implicaba para Fiduagraria, además del cumplimiento riguroso de lo pactado en el contrato, y en particular en su cláusula décimo segunda, la realización de todos los actos propios e inherentes al cumplimiento de dicha finalidad, dentro de los que el tribunal quiere destacar los referentes a la necesidad de precisar la existencia del bien fideicomitado, así como percatarse de su titularidad y libre disponibilidad, de la inexistencia de gravámenes o limitaciones de dominio, y de verificar la correcta estimación de su valor.

En ese sentido y en cuanto al punto de valor se refiere, puesto que se trata de asunto fundamental de la presente controversia, el tribunal hace suyas las palabras del laudo de 26 de agosto de 1997, proferido en el Tribunal de Arbitramento surtido entre sociedad Fiduciaria FES S.A., Fidufes y Leasing Mundial S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, en el cual los árbitros, refiriéndose a la importancia de las responsabilidades del fiduciario en materia de determinación y protección del valor de los bienes fideicomitados en los contratos de fiducia en garantía, afirmaron⁽⁸⁾:

“Y lo propio puede decirse del avalúo del bien fideicomitado, que en la fiducia en garantía es otro aspecto de particularísima importancia, pues de él depende, en gran medida, la efectividad de los créditos garantizados, toda vez que el otorgamiento de los mismos estará en buena parte basado en la suficiencia del respaldo que ofrezca el patrimonio autónomo creado para responder en caso de que el obligado principal no lo haga.

“De ahí que la verificación de la razonabilidad del avalúo sea otra tarea indelegable del fiduciario, tal como lo ha resaltado la doctrina especializada, al señalar que corresponde a este “... no solo designar un evaluador profesional escogiéndolo con la prudencia y diligencia que su cargo le imponen y, además, vigilando razonablemente la calidad y el contenido del trabajo...” (Rodríguez Azuero. La Responsabilidad del fiduciario, 1ª edición, pág. 65 y ss). Incluso se explica que, de llegarse a considerar válido el pacto mediante el cual el fiduciario delega la elaboración del avalúo en un tercero experto, quien asume la completa responsabilidad por su trabajo, no podría, ni siquiera en ese caso, descargarse el fiduciario de su “obligación de diligente designación y adecuada vigilancia”.

“En igual sentido, se pronuncia la Asociación de Fiduciarias en el documento intitulado “Ayuda de memoria” citado por el apoderado de la parte actora en su alegato de conclusión, documento en el cual se encuentran afirmaciones del siguiente tenor: “... es fundamental que la fiduciaria se cerciore, hasta donde le sea posible, actuando en forma diligente, prudente y profesional de la razonabilidad de los avalúos que se les hubieren practicado a los bienes que recibe en fiducia en garantía ...”.

“Así mismo se puntualiza que es obligación de la fiduciaria “velar porque los avalúos que se practiquen sean hechos no solo por una firma especializada, sino también porque estos sean razonables, con base en aquellos aspectos que la firma especializada hubiera tenido en cuenta”.

“En el mismo orden de ideas se señala que la verificación del valor de los bienes fideicomitados “es una obligación principal tratándose de las fiduciarias”, con base en lo cual la asociación recomienda que la fiduciaria, por cualquier mecanismo, y obrando de forma profesional, se cerciore del avalúo practicado y su razonabilidad”.

El contrato materia de la presente controversia es un contrato de fiducia en garantía, en el cual los bienes

fideicomitidos en garantía, según lo explica la cláusula primera del contrato fueron veintiocho mil (28.000) acciones ordinarias de la sociedad Car Center S.A., con un valor intrínseco de treinta mil seiscientos setenta y dos pesos con veintitrés centavos (\$ 30.672.23) cada una. Con base en ellos Fiduagraria expidió el certificado 00020-1, en el cual se dice que él tiene como objeto “garantizar el cumplimiento de cualquier tipo de obligación que adquiriera Gallego Inmobiliaria S.A., Inversiones Gallego Arbeláez S. en C., Car Center S.A. y Danilo Gallego Arbeláez, con cualquier entidad bancaria o financiera o persona natural, quien será el acreedor beneficiario hasta por el setenta por ciento (70%) del valor intrínseco total de las 28.000 acciones transferidas en garantía que arrojan la suma de ochocientos cincuenta y ocho millones ochocientos veintidós mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 858.822.440) mcte., **valor intrínseco certificado por el revisor fiscal de Car Center S.A. y calculado con base en los balances a 31 de octubre de 1994** ” (el resaltado es nuestro). Teniendo en cuenta lo anterior, el certificado en mención garantizaba obligaciones hasta por la suma de seiscientos millones de pesos, en los términos de las condiciones que se comunican por escrito a Fiduagraria; y manifestaba que en el evento de incumplimiento de las obligaciones de pago a los acreedores beneficiarios, Fiduagraria procedería a vender las acciones de acuerdo con lo establecido en la cláusula décima del contrato de fiducia, es decir, aplicando para el efecto el procedimiento señalado en la Resolución 1242 de 1993 de la [\(*\)](#) Superintendencia de Valores y las demás normas aplicables.

De la simple lectura del contrato y del certificado de garantía, ambos de febrero de 1995, puede verse que la determinación del valor de los bienes fideicomitidos se basó en el certificado expedido por el revisor fiscal de Car Center S.A. con fecha febrero 20 de 1995, que obra en el expediente, en el cual el valor intrínseco de las acciones se calculó con base en los balances de dicha sociedad a 31 de octubre de 1994.

Analizado el acervo probatorio aportado al expediente, así como el dictamen pericial contable rendido por los expertos Ana Matilde Cepeda y Ricardo Sabogal Acosta, el tribunal observa que a 31 de octubre de 1994, fecha del balance que se usó como punto de referencia para la determinación del valor intrínseco de las acciones, la sociedad Car Center tenía el carácter de sociedad de responsabilidad limitada, y que su capital estaba dividido en cuotas o partes de interés social y no en acciones. Solo hasta noviembre 25 de 1994 cambió su naturaleza jurídica y se transformó en sociedad anónima; por ello, a 31 de octubre de 1994 su capital social estaba dividido en 10.000 partes o cuotas de interés social y no en las 30.000 acciones en que quedó dividido luego de la reforma estatutaria mencionada⁽⁹⁾. A diciembre 31 de 1994, un poco más de un mes después de la transformación de la empresa en sociedad anónima y antes de la firma del contrato de fiducia, el valor intrínseco de cada una de las 30.000 acciones en que quedó dividido el capital de la sociedad ascendía a la suma de sesenta mil trescientos treinta pesos con once centavos (60.333.11), según se desprende de lo informado en la página 4 del escrito de aclaraciones rendido por los expertos contables.

Así las cosas, es claro que a febrero 20 de 1995, fecha de la expedición del certificado mencionado por parte del revisor fiscal de Car Center S.A. y a febrero 28 de 1995, fecha de la firma del contrato de fiducia y del certificado de garantía expedido por Fiduagraria, el valor intrínseco de cada acción de esa sociedad no era la cifra mencionada ni en el certificado del revisor fiscal ni en el contrato o en el certificado de garantía. Sin embargo, Fiduagraria tomó como referencia para la determinación del valor de los bienes fideicomitidos la fecha de octubre de 1994 y le dio fe plena a una constancia equivocada del revisor fiscal, anterior en casi cuatro meses a la de la firma del contrato de fiducia, y con base en ella se suscribió el contrato y expidió el certificado de garantía.

En opinión del tribunal, el hecho de haberse fundamentado exclusivamente en una valoración como la aportada, sin haber realizado labor alguna de verificación o confirmación de la misma o de sus fundamentos, refleja una falta de diligencia de la sociedad fiduciaria, y un incumplimiento de sus obligaciones profesionales, pues si bien es cierto que Fiduagraria actuó con base en una certificación del revisor fiscal, expedida por este en desarrollo de las funciones y atribuciones consagradas en los artículos 207 a 217 del Código de Comercio, certificación que al amparo de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990 hace presumir la veracidad y exactitud de lo dicho, también lo es que una sociedad fiduciaria, cuya sola participación en un contrato de fiducia en garantía tiene por objeto, entre otros, asegurar a los acreedores beneficiarios “... la suficiencia del respaldo que ofrezca el patrimonio autónomo”, debería realizar una mayor y cuidadosa labor de verificación de lo que se somete a su cuidado y manejo.

En efecto, aún a pesar de la presunción de veracidad que la ley otorga a las certificaciones de los revisores fiscales

de una sociedad, la lógica y la prudencia más elementales indicaban que para efectos de la suscripción del contrato de fiducia y de la expedición del certificado de garantía a favor de un acreedor beneficiario, Fiduagraria ha debido, al menos, revisar la documentación adicional relacionada con la situación jurídica y con los estados financieros de la sociedad cuyas acciones iban a ser objeto de la garantía, para lo cual le habría bastado solicitar a los fideicomitentes, o a Car Center, los estados financieros que sirvieron como base para la certificación del revisor fiscal, o un certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, con el objeto de verificar su condición jurídica y económica. Al fin y al cabo, la certificación del revisor fiscal apenas daba fe del valor intrínseco de las acciones a una fecha determinada, bastante anterior a la del contrato, pero nada indicaba con respecto a, como antes se dijo, la condición jurídica o financiera de la sociedad.

La doctrina nacional se ha pronunciado en más de una ocasión con respecto al alcance del deber de verificación que tienen las sociedades fiduciarias, tanto en general, como especialmente cuando de fiducia en garantía se trata.

En el ya citado laudo de 26 de agosto de 1997, rendido en el proceso Fidufes - Leasing Mundial, los árbitros manifestaron que:

“... La fiduciaria tiene un deber de verificación de la razonabilidad de los avalúos, deber que es indelegable, como ya quedó dicho, y de señalada importancia, pues de la correcta valoración de los bienes fideicomitidos depende en buena medida la efectividad de la garantía ofrecida al mercado a través de los certificados correspondientes...”⁽¹⁰⁾.

Dentro de la misma línea, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero, también citado en el laudo anterior, dijo que:

“... dadas las finalidades de los negocios de fiducia en garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se avalúe al más alto precio ... Y, justamente, una actitud de un profesional prudente y avisado como es el fiduciario, no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y frente a su propio cliente, a tomar recaudos y precauciones enderezados a evitar que este le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamente elevado⁽¹¹⁾.”

El tribunal es consciente que en el caso *sub judice* la valoración de los bienes fideicomitidos no fue realizada ni por el fideicomitente, ni por un evaluador, sino constaba en un certificado expedido por un revisor fiscal, amparado por una presunción de veracidad. Empero, dado que la efectividad de la garantía otorgada dependía no solo del valor intrínseco de unas acciones, sino también de la certeza de su existencia, la validez de su transferencia, y de las condiciones del balance y demás estados financieros de la sociedad emisora de tales acciones, considera que la doctrina que se desprende de las citas anteriores es perfectamente aplicable en este caso, pues la labor de verificación del valor de los bienes fideicomitidos, particularmente cuando de acciones se trata, no se ha de limitar exclusivamente a la constatación de su valor intrínseco, sino ha de extenderse también a otros elementos que inciden en la calidad del respaldo ofrecido⁽¹²⁾.

En el presente caso el tribunal es de la opinión que Fiduagraria ha debido hacer al menos un análisis de los estados financieros de la sociedad, de las notas a los mismos, de sus anexos y de los informes de la Revisoría Fiscal, si se trataba de documentos auditados, pues todo ello le hubiera permitido estudiar la solidez, razonabilidad y coincidencia de lo declarado en la certificación sobre el valor intrínseco.

Con lo anterior, el tribunal no quiere decir que la fiduciaria deba realizar una labor de investigación económica similar a la que correspondería, verbigracia, a un banquero de inversión, o que ella deba, para efectos de una fiducia en garantía sobre acciones, realizar toda clase de análisis financieros sobre valores futuros, flujos de caja, perspectivas de desarrollo de la empresa emisora, etc., pues eso trasciende lo que dichas instituciones deben y están en capacidad de hacer. Pero sí considera que a ellas compete realizar una serie de evaluaciones mínimas para determinar la realidad de las cifras sometidas a su consideración, y la solidez de los estados financieros en que se sustenta la determinación del valor intrínseco de unas acciones, pues de su real valor dependerá la calidad de la garantía ofrecida a los beneficiarios. Al fin y al cabo, en tanto profesionales cuya responsabilidad y prestigio están comprometidos con la efectividad del servicio prestado, y cuya función es, entre otras, dar confianza sobre las condiciones de protección que brindan las garantías que ellas certifican, a las sociedades fiduciarias corresponde la realización de los estudios o análisis mínimos que permitan a los interesados o al público en general, disponer de certeza sobre la solidez y credibilidad de la fiducia en garantía.

Así las cosas, el tribunal es de la opinión de que una verificación con algún detenimiento de los estados financieros a octubre de 1994⁽¹³⁾ (que no necesariamente a diciembre, pues es factible que a febrero de 1995 estos aún no estuvieran aprobados⁽¹⁴⁾), y de un certificado de existencia y representación legal de Car Center, le habrían indicado que la certificación del revisor fiscal no era correcta, pues muy seguramente habría podido comprobar, de su simple análisis, que a octubre de 1994 el capital de esa sociedad no estaba representado en acciones sino en cuotas de interés social, o que apenas hasta noviembre 25 de 1994 se había dado su transformación en sociedad anónima⁽¹⁵⁾. Dicha gestión, bastante elemental por cierto y propia de la diligencia exigible a cualquier hombre de negocios, muy posiblemente habría disparado campanas de alerta a una sociedad fiduciaria responsable, que le habrían llamado la atención sobre las inconsistencias reflejadas en la certificación del revisor fiscal, inconsistencias que podían incidir en forma importante en la determinación de la naturaleza y valor de los bienes fideicomitidos.

Ahora bien, el hecho de que el valor del patrimonio autónomo, calculado inicialmente en la suma de \$ 858.822.440, no se hubiese visto afectado negativamente con la omisión mencionada, o de que se hubiese mantenido o podido incrementar con base en el nuevo valor intrínseco de las acciones reportado a diciembre 31 de 1994, en nada afecta lo dicho, puesto que ello no tiene la virtud de eliminar la presencia de la falla primigenia en la verificación de los elementos que le daban sustento a dicho valor, lo cual era elemental responsabilidad de la fiduciaria.

Además de la omisión antes mencionada, del acervo probatorio surgen otras que llaman la atención del tribunal sobre la falta de diligencia de Fiduagraria en todo lo relacionado con la suscripción del contrato estudiado. Pues es claro que seis días antes de la suscripción del contrato materia de este proceso, la misma fiduciaria había suscrito con Car Center otro contrato de fiducia en garantía, en desarrollo del cual esta última sociedad constituyó un patrimonio autónomo con varios inmuebles, que habrían de servir como garantía de otros acreedores de dicha sociedad⁽¹⁶⁾, hasta por la suma de \$ 1.059.592.014. Y si bien dicho contrato fuera terminado por mutuo acuerdo entre las partes unos pocos meses más tarde⁽¹⁷⁾, él estaba vigente en febrero 28 de 1995, fecha de suscripción del contrato materia de este tribunal.

En opinión de los árbitros, la sola existencia de dicho contrato anterior podía afectar la calidad y la protección ofrecida por las acciones fideicomitidas, pues implicaba al menos un riesgo latente sobre el valor intrínseco de las acciones de Car Center, el cual ciertamente se podía ver afectado negativamente en el evento de que los créditos que se otorgaran a esa sociedad no fueran pagados oportunamente por ella, y la garantía sobre los inmuebles se hiciese exigible⁽¹⁸⁾.

Y es tan claro que dicho contrato implicaba un riesgo latente para el contrato *sub judice*, que en junio 22 de 1995, es decir casi tres meses después de la firma de este último, Fiduagraria envió al revisor fiscal de Car Center S.A. un oficio (que obra en el exp. a fl. 220 del cdno. de pbas.), en el cual le solicitaba copia de los estados financieros de esa sociedad a 31 de diciembre de 1994, así como un cálculo del valor intrínseco de las acciones “excluyendo el valor de los inmuebles entregados en fiducia en garantía según escritura pública 880 de 22 de febrero de 1995”. Empero, dicha situación nunca fue informada al acreedor beneficiario, no obstante que ella podía jugar un papel determinante en la voluntad de dicho acreedor a efectos de aceptar o rechazar la garantía. No cabe duda que esta es la clase de información que un potencial acreedor beneficiario desearía recibir de la fiduciaria antes de manifestar su aceptación a la garantía ofrecida.

Además de lo anterior, Fiduagraria convino con los fideicomitentes un mecanismo de venta de las acciones inaplicable, ya que lo pactado en la cláusula décima del contrato era de imposible cumplimiento de manera autónoma por la fiduciaria, en la medida en que en ella se estableció un procedimiento de enajenación de los bienes fideicomitidos aplicable únicamente a las acciones inscritas en el Registro Nacional de Valores, que no era el caso de las acciones de Car Center, las cuales solo resultaban negociables en los términos del Código de Comercio y de los estatutos sociales. Inadvertencia grave, en la medida en que en el caso de que la garantía que nos ocupa debiera hacerse efectiva, la eventual venta de las acciones fideicomitidas hubiera requerido de la realización de todo un trámite previo de inscripción de las acciones en el Registro Nacional de Valores, lo cual dependía fundamentalmente de la administración de Car Center, o de la modificación del contrato de fiducia y de la aquiescencia de los fideicomitentes. En ese sentido, el procedimiento de venta pactado refleja desconocimiento

de la normatividad jurídica aplicable, lo que contradice las calidades de experiencia e idoneidad que debe poseer el profesional fiduciario, lo que a su turno le impidió dar consejo acertado y oportuno a los fideicomitentes respecto del método acogido para la enajenación de las acciones.

Finalmente, el tribunal es de la opinión de que así como la gestión de la fiduciaria fue poco diligente y cuidadosa durante la etapa de negociación y suscripción del contrato, también lo fue, aun cuando en menor grado, durante su ejecución.

Por una parte, el numeral 6° de la cláusula décima del contrato de fiducia exigía a Fiduagraria rendir informes detallados y pormenorizados de su gestión al menos cada seis (6) meses; sin embargo, obra en el expediente prueba⁽¹⁹⁾ de que desde la suscripción del contrato, hasta septiembre del año 2000, es decir, durante un poco más de cuatro años, la fiduciaria apenas hizo entrega de cuatro (4) informes, tres de ellos a los fideicomitentes, y uno al beneficiario. Lo cual demuestra, además de una falta de cuidado y diligencia, un incumplimiento de sus obligaciones por parte de la fiduciaria.

Por otra, los árbitros consideran que algo similar ocurre en lo atinente al cumplimiento de lo ordenado en el numeral 5° de la cláusula décima del contrato, al tenor de la cual le correspondía a Fiduagraria “actualizar los cálculos del valor intrínseco de las acciones”, obligación que, según se desprende del acervo probatorio y de lo afirmado por los peritos contables en las páginas 7 y 25 de su dictamen, no fue cumplida por la fiduciaria, pues según estos:

“En los informes anteriores no se evidencia la referencia a la variación presentada del valor intrínseco de las acciones de Car Center y Cía. S.A. Como lo expresó la pericia en la página 7 de este dictamen, el valor para el patrimonio autónomo de \$ 858. 822.440, no tuvo modificación alguna desde la fecha de su registro contable, esto es marzo 1° de 1995 hasta la fecha, tal como se muestra en los balances de cada año”.

Ahora bien, de la documentación que obra en el expediente, y particularmente de lo que se afirma en los oficios de abril 18 de 1995, dirigido por Inversiones Gallego Arbeláez S. en C. a Fiduagraria (en el que se solicitaba ampliar el cupo de la garantía o, en su defecto, liberar algunas de las acciones), de mayo 8 de 1995, dirigido por Fiduagraria a Danilo Gallego (en el que se solicitaba convocar una asamblea general de accionistas), de mayo 11 y 13, dirigidos por Danilo Gallego a Fiduagraria (en la cual informaba de la convocatoria a una asamblea general de accionistas para el 19 de mayo), y de mayo 25 de 1995, dirigido por Fiduagraria a Reynaldo Larrarte (en el cual le informa de la solicitud de ampliación de la garantía o de liberación de acciones), el tribunal colige que con ocasión de la nueva determinación del valor intrínseco de las acciones presentado por los fideicomitentes, el cual con base en los estados financieros a diciembre 31 de 1994, ascendía a la suma de sesenta mil trescientos treinta y tres pesos por acción⁽²⁰⁾, Fiduagraria entendió que entre octubre y diciembre de 1994 se había presentado una variación en el valor de las acciones fideicomitidas, y que dicha diferencia era de tal magnitud que podía implicar un cambio de importancia en los términos de la relación existente.

A partir de la fecha, y dado que la asamblea general de accionistas de Car Center no se celebró el 19 de mayo, fecha para la cual había sido convocada, Fiduagraria procedió a pedir a los fideicomitentes, en varias oportunidades, la realización de una nueva citación, la cual nunca se llevó a cabo⁽²¹⁾; adicionalmente, en varias ocasiones solicitó información financiera de la sociedad al revisor fiscal, la cual nunca fue suministrada. Ante tal situación, y casi un año después, Fiduagraria solicitó la intervención de la Superintendencia de Sociedades, entidad que ante la imposibilidad de obtener la información requerida, procedió a sancionar, en más de una oportunidad, al representante legal de Car Center.

Sin embargo, durante dicho período Fiduagraria no ajustó el valor intrínseco de las acciones fideicomitidas, posiblemente por cuanto no contaba con la información necesaria para ello, pues, como se vio, o no conoció o no tuvo en cuenta los estados financieros a diciembre de 1994, y a partir de mediados del año de 1995 le resultó imposible acceder a información más actualizada. Empero, según lo dictaminaron los peritos contables en su escrito de aclaraciones y complementaciones, en respuesta a la pregunta 3 de la parte convocante, Fiduagraria tampoco dio aplicación a lo ordenado en el artículo 17 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993, contentivo de los Principios de contabilidad generalmente aceptados, según el cual: “Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico, se debe optar por registrar la alternativa que tenga

menos probabilidades de sobreestimar los activos o los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos”.

En opinión del tribunal, dicha actitud es censurable, pues así como Fiduagraria disponía de informaciones concretas en el sentido de que los bienes fideicomitidos podían valer más de lo inicialmente determinado, también tenía indicios serios en el sentido de que algo inusual podía estar ocurriendo con la marcha de la sociedad emisora de las acciones fideicomitidas, representados en la renuencia reiterada del revisor fiscal a suministrar la información solicitada, y de la administración y los accionistas de Car Center a la convocatoria de la asamblea general de accionistas de dicha sociedad, aún a pesar de la insistencia de Fiduagraria. En tales condiciones, hubiera sido prudente aplicar los mecanismos del caso para proteger, o revisar el valor de los bienes objeto de la garantía expedida, aun si ello, en la práctica, resultara inocuo, en la medida en que el crédito garantizado ya se había desembolsado con base en el valor originalmente estimado.

En ese sentido, el tribunal es de la opinión que el deber de verificación que corresponde a una fiduciaria en materia de fiducia en garantía no se agota con la verificación inicial y con la expedición del primer certificado, pues es necesario velar porque la garantía siga teniendo la calidad y el valor necesarios para proteger los créditos respaldados por ella durante el período de su vigencia; por tanto, si ocurren hechos posteriores que la afecten o que puedan llegar a afectarla, es su responsabilidad dar aviso a los beneficiarios de lo que ocurre o del demérito de la misma, para que estos adopten las decisiones que sean del caso. Así, bien puede ocurrir que ante la pérdida de valor de los bienes fideicomitidos en garantía, el acreedor beneficiario tome la decisión de no renovar un crédito, o de solicitar al deudor el otorgamiento de garantías adicionales. Todo ello, a juicio del tribunal, es parte esencial del deber de las sociedades fiduciarias de proteger el patrimonio autónomo cuya custodia y manejo les ha sido encomendado y, por consiguiente, de defender la confianza y seguridad que la fiducia en garantía ha de ofrecer a los interesados y al público en general.

Para el tribunal, el conjunto de omisiones antes mencionadas representa, como ya se dijo, una falta de diligencia por parte de Fiduagraria en la ejecución de sus responsabilidades, y un incumplimiento de sus deberes legales y contractuales. Pero, además de las fallas en materia de verificación jurídica y financiera, de rendición de informes y de ajuste del valor de las acciones, llama también la atención la falta de información al acreedor beneficiario sobre los desarrollos y vicisitudes de la ejecución contractual, en materias que para este último podían ser de gran relevancia⁽²²⁾. Falla que implica el incumplimiento de uno de los deberes más importantes de un profesional, consagrado de manera expresa en el numeral 8° del artículo 1234 del Código de Comercio y en el título quinto, capítulo primero de la Circular 7ª de 1996 de la (*) Superintendencia Bancaria, el cual ha sido descrito y resaltado por la jurisprudencia arbitral en varias ocasiones, que si bien se han referido al “cliente” de una sociedad fiduciaria, son por igual aplicables al acreedor beneficiario de una fiducia en garantía.

Así por ejemplo, en el laudo emitido el 8 de junio de 1999 en el proceso de Inurbe contra Fiduagraria, los árbitros manifestaron que:

“La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información y para ello pedir al cliente las precisiones del caso, e indagar acerca de sus necesidades.

“Dentro de esta tarea la jurisprudencia ha precisado que el profesional tiene el deber de indicar a su cliente los aspectos negativos y contraproducentes de los bienes y servicios, o de las prestaciones que se le encomienden, así como de las limitaciones técnicas de tales bienes o servicios o de los riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de los peligros que corre y de la forma de evitarlos, (X, Perrón, L"Obligation de Conseil, 1992 N° 172 y ss).

“Incluso reseñan jurisprudencias en las cuales se ha dicho que el profesional no debe dudar en disuadir a su cliente de obrar en la forma que pretende hacerlo, debiendo llegar al extremo de rechazar el encargo que se le propone cuando dicho encargo exceda la competencia o las capacidades del profesional o cuando este considere que está condenado al fracaso ... (P. Le Toumeau, Loic Cadiet, Droit de Responsabilité, 1966, pág. 463)”.

Dentro de la misma línea, en el laudo proferido por el tribunal de arbitramento que dirimió las diferencias entre Inurbe y Fiducor, los árbitros afirmaron:

“Entre estos deberes fundamentales de lealtad a cargo de los profesionales, están aquellos que se orientan a informar de manera amplia y completa a sus clientes respecto de las múltiples situaciones que se pueden presentar en el curso de la ejecución contractual, deberes que, como lo señala la doctrina, no se agotan en la etapa meramente previa a la celebración del contrato sino que se perpetúan mientras el vínculo contractual tenga duración (Genevieve Viney y Patrice Jourdain: Les Conditions de la Responsabilité, en Traité de Droit Civil, Sous la Direction de Jacques Ghestin, 1998, pág. 412), porque encuentran su fundamento y razón de ser en el deber primordial de buena fe, que debe presidir la conducta de las partes, no solo en las tratativas previas” (C. Co., art. 863), sino a todo lo largo del contrato, como claramente lo preceptúan los ya citados artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.

“Se cuentan también dentro de los mencionados deberes, los que hacen relación al suministro de consejos u opiniones enderezados a formar en los clientes un grado tal de conocimiento del negocio, que les permita expresar un consentimiento suficientemente ilustrado acerca del mismo, en forma tal que los clientes puedan considerar los principales factores que militan en pro o en contra de un determinado negocio o asunto”⁽²³⁾.

Obligaciones que también, según se desprende del expediente, incumplió Fiduagraria, pues no existe prueba alguna en el sentido de que ella hubiera advertido al acreedor beneficiario sobre el tema de la valoración de las acciones fideicomitidas, sobre la existencia de otro contrato de fiducia que podría llegar a afectar la garantía, sobre las consecuencias que podría generar el procedimiento de venta de acciones pactado, y sobre las dificultades que se estaban presentando para la convocatoria de la asamblea general de accionistas de la sociedad emisora de las acciones fideicomitidas y para la obtención de datos financieros de importancia que debía suministrar el revisor fiscal, y que no había entregado aun a pesar de las repetidas solicitudes de la fiduciaria.

Como conclusión de todo lo dicho anteriormente, el tribunal es de la opinión que Fiduagraria incumplió con sus deberes de diligencia, verificación, control e información, así como con sus obligaciones legales y contractuales, pues no solo dejó de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”, de “rendir cuentas comprobadas de su gestión” cada seis meses, de “llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados contra actos de terceros, del beneficiario y aun del mismo constituyente”, tal como expresamente lo ordenan los numerales 1º, 5º y 8º del artículo 1234 del Código de Comercio y el capítulo primero del título quinto de la Circular 7 de 1996 de la (*) Superintendencia Bancaria, sino que además no actuó conforme a lo pactado en las cláusulas cuarta y decimosegunda, numerales segundo, quinto y sexto del Contrato de fiducia en garantía 0020 de febrero 28 de 1995. Amén de que, además, suscribió un contrato, cuya cláusula décima sobre procedimiento de venta de las acciones fideicomitidas, era prácticamente de imposible ejecución, y si bien a partir de mayo de 1995 fue diligente en sus esfuerzos para tratar de obtener información adicional sobre la situación de la sociedad emisora de las acciones fideicomitidas y para convocar una asamblea general de accionistas, ello no tiene la virtualidad de hacer desaparecer sus omisiones previas, ni sus incumplimientos posteriores.

Empero, tal como atrás se advirtió, si se considera que para obtener la indemnización pedida, el incumplimiento del contrato es uno de los requisitos que debe estar acreditado, corresponde analizar si se estructuran los restantes.

2.4. El vínculo de causalidad

La doctrina y la jurisprudencia reconocen, como elemento indispensable para que surja la responsabilidad civil contractual, que es menester la existencia de un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor. Dicho vínculo no se presume y corresponde probarlo al demandante, es decir, al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inexecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa —de causa a efecto— entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.

A este respecto la Corte ha puntualizado que el vínculo de causalidad “se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (C.C., art. 1616, inc. 1º)”⁽²⁴⁾.

La doctrina también señala que la relación de causalidad exigida es aquella que muestra que “el perjuicio cuya reparación se impetra obedece a la conducta del demandado”, pues “solo es resarcible el perjuicio causado por la persona a quien se solicita indemnización; no el proveniente de otras razones”⁽²⁵⁾.

En el presente caso la convocante le endilga a Fiduagraria el haber incumplido varias obligaciones a su cargo y haber violado la mayor parte de los deberes indelegables que la ley le impone al fiduciario. Ese cúmulo de imputaciones es, a juicio de la demandante, la causa compleja de los perjuicios cuyo resarcimiento persigue en este proceso.

Nos encontramos así ante varias causas generadoras de los perjuicios alegados, es decir, ante un problema de pluralidad de causas, el cual se presenta cuando concurren varias en la producción del perjuicio, debiéndose establecer cuál es la verdadera.

Teniendo en cuenta que todas las circunstancias que acompañan un hecho e inciden en su producción se denominan concausas, deben absolverse varios interrogantes: ¿cuál de dichas concausas produjo realmente el daño? Se pueden hacer distinciones entre ellas? o se debe considerar que todas intervienen de un mismo modo en la generación del daño? Para resolver estas dudas la doctrina, y en ello ha sido seguida por la jurisprudencia, ha elaborado varias tesis, dentro de las que se destacan la llamada de la “equivalencia de condiciones”, la de la “causalidad adecuada” y una más reciente que tiene relación con la anterior que es la de “causa eficiente”.

La teoría de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non*⁽²⁶⁾ es la que ha tenido un mayor reconocimiento en la jurisprudencia colombiana, la cual explica que, como quiera que todas las concausas concurren a la producción del daño, todas ellas deben ser consideradas como causas del mismo, sin que pueda distinguirse entre ellas en razón de la importancia. Por tanto, todas las concausas o condiciones preexistentes tienen el mismo valor, de manera que todas son equivalentes, lo que impide hacer diferenciaciones entre ellas, pues todas son indispensables para producir el resultado dañoso, lo que significa que si falta una, ese resultado no acaecería. Cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace final⁽²⁷⁾.

Por tanto, el daño es el resultado de la suma de concausas, en el sentido de que ninguna de estas puede suprimirse sin que aquel deje de producirse. Esto pone en evidencia que todas las concausas son igualmente necesarias para que la consecuencia perjudicial se produzca. De ahí que se afirme que “cuando varios eventos concurren a la realización de un daño cada uno de ellos es su causa entera, pues en ausencia de cualquiera de ellos el perjuicio no se habría producido ni siquiera en parte”⁽²⁸⁾. Así las cosas, la relación de causa a efecto existe, entre una concausa y el daño, cuando la consecuencia (daño) no habría podido tener lugar sin aquella concausa y cuando esta, por ende, no puede ser eliminada sin que aquel desaparezca. De esta característica proviene el nombre de la teoría, pues todas las concausas se miran como equivalentes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han propuesto un criterio o método para determinar cuándo una condición ha de considerarse causa de un resultado perjudicial. Según dicho criterio, para que el vínculo causal exista, es suficiente que pueda responderse negativamente a la siguiente pregunta: ¿sin el hecho (o incumplimiento) culposo en cuestión, el daño se hubiere producido?⁽²⁹⁾. En el evento de que sin la intervención de dicha condición el perjuicio se hubiere generado, tal condición es “causa” del perjuicio⁽³⁰⁾.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Corte ha reconocido expresamente que la teoría usualmente acogida en el país es precisamente la de la equivalencia de condiciones y sobre su mecánica operativa y método para aplicarla, ha precisado lo siguiente: “Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio, es decir, una relación tal, que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido ... se requiere el elemento de necesidad de la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si estos no se hubieran reunido, no habría daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para

que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que esta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin culpa del demandado no se habría producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño ...)”⁽³¹⁾.

En igual sentido la Corte en providencia de 1980⁽³²⁾ reitera que la doctrina generalmente aceptada en Colombia es la francesa de la equivalencia de condiciones o de la causalidad ocasional, para cuya aplicación ha de contestarse la pregunta de si, de no haberse presentado la culpa, se habría evitado o no el perjuicio; es decir, que se suprime hipotéticamente el hecho ilícito, de manera que si el perjuicio desaparece es porque el hecho ilícito es la causa del daño; si subsiste no hay relación causal.

A más de la teoría que viene de describirse, existen otras para la determinación del vínculo causal, en especial para el supuesto en que un daño sea la consecuencia de varias condiciones.

Es así como la teoría jurídica moderna sobre el derecho de daños utiliza la noción de la “causa eficiente” para determinar si existe la necesaria relación de causa a efecto entre los hechos u omisiones a los que se atribuye un determinado demérito patrimonial ajeno y este resultado nocivo.

A este respecto la doctrina explica que solo es causa eficiente aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado. Debe, por tanto, averiguarse cuál de los eventos intervinientes ha contribuido más poderosamente a que el efecto se logre⁽³³⁾. Se dice que esta noción se adapta al concepto vulgar de causa y coincide con la noción popular de justicia, dejando, además, campo al criterio del juez para apreciar la causalidad en los casos de concurrencia de culpas⁽³⁴⁾.

El punto central de esta teoría es la búsqueda del evento que contribuye más poderosamente a que la consecuencia dañosa se produzca, aspecto también acogido más recientemente por la doctrina francesa y la jurisprudencia, las que han dicho que no es suficiente que un evento haya desempeñado un papel en la realización de un daño para que, desde el punto de vista de la responsabilidad, sea considerado como causa de ese daño; por el contrario deben desecharse todos aquellos eventos que no han desempeñado un papel “preponderante” y que, por consecuencia, no han producido verdaderamente el daño, pues no han sido su “causa generadora”⁽³⁵⁾.

En síntesis, solo deben ser calificados como “causas” del daño, en el sentido jurídico del término, los hechos que han desempeñado un papel “preponderante”, “decisivo”, no aquellos que han sido simplemente la ocasión, sino los que han cumplido la función de “causa creadora”⁽³⁶⁾.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sin desechar la Teoría de la equivalencia de condiciones ha empleado paralelamente la mencionada noción de causa eficiente, para definir la existencia o no de vínculo causal entre el comportamiento imputable a una persona, en general, o a un contratante en particular, y los perjuicios que puedan derivarse de dicho comportamiento.

A este respecto la Corte en sentencias de las dos últimas décadas⁽³⁷⁾ ha dado cabida a la teoría de la causa eficiente, puntualizando que no todas las circunstancias que concurren en la producción del daño tienen la misma valoración jurídica, pues cabe hacer entre ellas discriminaciones, de suerte que no son consideradas como causas sino aquellas que hayan desempeñado un papel “preponderante y trascendente” o aquellas cuya intervención en el evento perjudicial haya sido “decisiva”, o solo se mira como responsable a la parte que por último tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo. Y con base en estos criterios se precisa que a ciertos hechos, aunque culposos, no se les reconoce como causa del daño, en virtud de haber sido inocuos, o lo que es lo mismo, cuando esos hechos u omisiones fueron secundarios o de segundo orden frente a la otra culpa esa sí trascendente, preponderante y decisiva.

Ahora bien, vistos los criterios para la determinación de la existencia del vínculo causal entre el incumplimiento de

la prestación —que, entratándose de obligaciones de medio, equivale a la culpa del deudor— y el daño experimentado por el acreedor, es del caso aplicar dichos criterios a los hechos que aparecen probados en el presente proceso.

Para este ejercicio ha de señalarse que algunas de las conductas negligentes que se le reprochan a la fiduciaria acaecieron en la etapa de la negociación o perfeccionamiento del contrato de fiducia y en las tratativas iniciales con el señor Reynaldo Larrarte, previas a la expedición del certificado de garantía, mediante el cual, y a través de la manifestación unilateral de voluntad contenida en él, manifestación esta adherida o derivada del mencionado contrato de fiducia, la fiduciaria se vinculó obligacionalmente con el beneficiario de dicho certificado. Dichas conductas negligentes estarían ubicadas, entonces, en la fase precontractual de la fiducia, la cual se refiere a las relaciones entre fideicomitentes y fiduciaria, así como en la etapa preliminar del negocio jurídico de garantía, expresado en el certificado, en el que la fiduciaria asumió ciertas obligaciones frente al beneficiario del mismo.

Estas omisiones culposas que la convocante le endilga a Fiduagraria, le podrían haber generado deméritos económicos, toda vez que, a su juicio, de haber obrado previsiva y diligentemente, habría advertido al beneficiario del certificado acerca de la precariedad e insuficiencia de la garantía, lo que seguramente habría impedido que el señor Larrarte hiciera el desembolso del préstamo otorgado a Car Center, evitándole así el daño que a la postre se dice que experimentó su patrimonio.

El primero de tales reproches —relativo a la fase precontractual de la fiducia— se refiere a la actitud pasiva mostrada en la evaluación de los bienes fideicomitidos, es decir, de las acciones, toda vez que aceptó sin reservas y sin haber efectuado ninguna confrontación ni análisis la certificación del revisor fiscal, mediante la cual se señaló el valor intrínseco de las acciones emitidas por Car Center. A juicio de la convocante, la carencia de una actitud más crítica y acuciosa le impidió a la fiduciaria contar con elementos de juicio más precisos respecto de la verdadera situación de negocios de la sociedad deudora y de sus perspectivas, elementos de que ha debido disponer para dárselos a conocer oportunamente al potencial beneficiario del certificado de garantía para cumplir así, en forma cabal, la obligación de información a cargo de los profesionales.

El segundo reparo formulado a la fiduciaria, se relaciona también con la inobservancia del deber de información. En efecto, se le reprueba haber guardado silencio en cuanto al perfeccionamiento —seis días antes de la expedición del certificado de garantía en favor del señor Reynaldo Larrarte— de otro contrato de fiducia de garantía, perfeccionado con la escritura pública 0880 del 22 de febrero de 1995, de la Notaría Segunda de Bogotá, celebrado entre Fiduagraria y Car Center, mediante el cual esta le transfirió a aquella ocho inmuebles, por un valor cercano a 1.600 millones de pesos, monto que superaba un tercio de los activos de la fideicomitente. Con esta fiducia se buscaba respaldar créditos que Car Center consiguiera en el mercado con el propósito de pagar pasivos de esa sociedad. A través de esta operación, explica la demandante, se habría incrementado el endeudamiento de la aludida sociedad, agravando con ello su estado de iliquidez e imposibilidad de pago.

Como se dijo, las dos críticas que se le hacen al comportamiento omisivo de la fiduciaria, convergen en la violación de la obligación a cargo de los profesionales de verificar la calidad del objeto de la fiducia, y de suministrar información idónea y oportuna, obligación que deben cumplir tanto en la etapa precontractual, como en la fase de ejecución de los negocios jurídicos en que intervengan. Se complementa la anterior argumentación manifestando que esos incumplimientos tuvieron una incidencia directa en la generación del daño cuyo resarcimiento se persigue, toda vez que, de habersele dado al señor Larrarte la información pertinente, este no habría desembolsado el crédito que le concedió a Car Center, con lo que habría evitado el demérito económico que se le irrogó.

Sin embargo, no está probado en qué momento se hizo el mencionado desembolso, esto es, si fue con anterioridad a la expedición del certificado de garantía, o si la entrega de los recursos por parte del mutuante estaba supeditada al perfeccionamiento de la garantía, vale decir, a la expedición y entrega de tal certificado, lo que impide emitir juicio acerca de la responsabilidad propia de la etapa precontractual, debido a que si la entrega de dinero fue anterior, para nada influye en el supuesto perjuicio la no observancia de los deberes iniciales a cargo de la fiduciaria.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo previsto en el párrafo primero de la cláusula séptima del contrato de

fiducia 0020, que dispone: “Los fideicomitentes deben señalar en forma expresa en dicha comunicación (se refiere a la comunicación en que los fideicomitentes le señalan a la fiduciaria quienes son los acreedores-beneficiarios) si la obligación que se va a garantizar por este fideicomiso es anterior o futura a la constitución del presente fideicomiso”.

Esa comunicación no se envió a la fiduciaria, o por lo menos no se aportó al proceso.

De otra parte, en el único escrito en que se mencionaron algunos de los términos y condiciones del crédito, vale decir, en el de 28 de febrero de 1995, dirigido por el señor Reynaldo Larrarte a Fiduagraria, no se precisó nada al respecto. La fecha de este escrito es la misma del contrato de fiducia y del certificado de garantía. En él manifestó el señor Larrarte que aceptaba la garantía fiduciaria sobre acciones de Car Center y puntualizó que el plazo del crédito eran 6 meses prorrogables, pero no precisó a partir de cuándo se contaba este término, ni manifestó si ya había hecho, o no, el desembolso correspondiente.

No es remoto pensar que el señor Larrarte —quien se comportó de manera independiente en las pocas actuaciones que llevó a cabo como acreedor-beneficiario de la fiducia en garantía— bien pudo haber concedido el crédito a Car Center con respaldo en una futura garantía fiduciaria sobre acciones de esta empresa, y también pudo haber analizado por sí mismo los estados financieros de la deudora y el certificado del revisor fiscal sobre el valor intrínseco de las acciones, de manera que es posible que hubiera hecho el desembolso sin aguardar la formalización de la fiducia y la expedición del certificado de garantía, esto es, sin depender de las informaciones o de la asesoría que la fiduciaria le habría podido suministrar sobre la situación financiera de la sociedad deudora y sobre sus perspectivas en el inmediato futuro.

El comportamiento independiente a que se ha hecho mención, se advierte, en particular, en la actuación cumplida por el señor Larrarte frente al incumplimiento de las obligaciones garantizadas. A este respecto, el citado señor envió a la fiduciaria una comunicación fechada el 9 de mayo de 1995, en la que da cuenta del incumplimiento, se opone a la solicitud de Car Center en el sentido de que, en razón del mayor valor intrínseco de las acciones, se expidieran certificados de garantía adicionales y pide que se haga efectiva la garantía.

Sin embargo, el señor Larrarte llegó a un acuerdo con los fideicomitentes y como resultado del mismo aquel y estos enviaron una comunicación a Fiduagraria de fecha junio 7 de 1995, en la que se le solicita no llevar a cabo la venta de las acciones “ya que el incumplimiento a la fecha se subsanó” y “liberar del contrato de fiducia en garantía 16.000 de las 28.000 acciones ..., quedando sujetas al contrato inicial solamente 12.000 acciones que siguen sujetas al contrato de fiducia en garantía, se acordó no autorizar la emisión de ningún otro certificado de garantía, prorrogando el actual hasta por seis meses más”.

Del texto de esta comunicación que contiene el acuerdo entre los fideicomitentes y el acreedor-beneficiario se deduce que este último aceptó que las acciones tenían un valor intrínseco que excedía el duplo del que se había tenido en cuenta para evaluar el patrimonio autónomo en el momento de constitución de la fiducia (de ahí que coadyudara la petición de liberar 16.000 de las 28.000 acciones fideicomitidas), lo que seguramente hizo después de analizar los estados financieros de Car Center, llegando a la conclusión de que la garantía, así reducida, era suficiente y adecuada para respaldar su crédito. El señor Larrarte no acudió a la fiduciaria para buscar su ayuda, esto es, su información y consejo, antes de concluir el acuerdo a que llegó por sí solo, de manera que no pidió la opinión de esta, ni le dio oportunidad de pronunciarse; simplemente la colocó ante un hecho cumplido vertido en el convenio que le dio a conocer con la comunicación a que nos referimos.

Como ya se señaló, este antecedente permite suponer, cómo una hipótesis plausible, que el señor Reynaldo Larrarte pudo hacer el desembolso del préstamo antes de que el certificado de garantía le fuera expedido. De ser esto así, las omisiones culposas en que incurrió la fiduciaria en la etapa precontractual, no habrían incidido en la generación del daño que se alega experimentó el aludido señor, toda vez que aun si la fiduciaria hubiera obrado diligentemente —ofreciéndole al potencial acreedor-beneficiario de la garantía una información especializada y oportuna sobre la realidad financiera de la sociedad deudora y sobre su probable evolución— en nada hubiera cambiado la situación, pues para cuando se perfeccionó la fiducia y se expidió el certificado de garantía ya el dinero del préstamo se habría desembolsado.

Con esto desaparece el vínculo causal entre las omisiones imputadas a la fiduciaria y los daños que a la postre pudo haber experimentado el titular del certificado de garantía.

Es verdad que no hay certeza acerca de si el desembolso se hizo o no antes del perfeccionamiento de la fiducia y de la expedición del certificado de garantía. Solo hay duda e incertidumbre al respecto, que se resuelve a favor del demandado, pues ello significa que no se demostró la existencia de un vínculo causal directo e inmediato entre el incumplimiento del deudor (que en el caso de las obligaciones de medio equivale a la culpa) y el perjuicio económico supuestamente irrogado al acreedor.

Según se precisó, ese vínculo entre el incumplimiento y el perjuicio no se presume y corresponde probarlo al demandante. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del demérito patrimonial sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que el daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa —de causa a efecto— entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.

En conclusión, por lo que respecta a perjuicios provenientes del alegado incumplimiento en la fase precontractual, no existe base probatoria que permita estimar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Los demás incumplimientos que se le endilgan a la fiduciaria se ubican en la fase de ejecución del contrato de fiducia, fase durante la cual la fiduciaria debía cumplir determinadas prestaciones en favor del acreedor-beneficiario individualizado en el certificado de garantía, prestaciones estas estipuladas en el mencionado contrato de fiducia.

En palabras de la convocante, que se expresan en su alegato de conclusión, la actividad negligente que desarrolló Fiduagraria condujo “a que la sociedad Car Center S.A. llegara a una situación de postración tal que, como es de presumir por lo que se desprende del proceso en cuanto dice relación a la práctica desaparición de la sociedad, sus acciones a la fecha no tienen ningún valor y, en caso de tenerlo, su enajenación para proveer los recursos destinados al pago de la obligación garantizada se hace imposible, debido al sistema que fue impuesto por Fiduagraria en el contrato de adhesión que contiene la fiducia en garantía”.

Además de las violaciones de la obligación de información de la etapa precontractual, a las cuales se ha hecho ya referencia, la demandante señala otros incumplimientos, propios de la fase de ejecución de la fiducia. A este respecto menciona la insuficiencia de los informes periódicos que debía rendir la fiduciaria, por cuanto “en un término de seis años apenas rindió cuatro deficientes informes, el último de los cuales fue presentado cuando ya le había sido notificada la iniciación del proceso arbitral”. También se le formulan reproches a Fiduagraria porque “se abstuvo de iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores y el revisor fiscal de Car Center S.A. por el incumplimiento reiterado de las obligaciones legales y estatutarias, nacidas a cargo de tales funcionarios” y porque “propuso un contrato plagado de errores legales, que al haber sido aceptado por los fideicomitentes se convirtió en un contrato de adhesión, habiendo entre otras consecuencias (i) conducido a que Car Center S.A. quedara incurso en la causal de disolución anticipada reglada por el numeral 3° del artículo 218 del Código de Comercio (número de asociados inferior al exigido por la ley) y (ii) hecho imposible la enajenación de las acciones que integran el patrimonio autónomo”.

Estas y otras imputaciones se desarrollan a lo largo del alegato de conclusión de la convocante, de cuyas argumentaciones es del caso subrayar las siguientes:

En relación con la obligación de rendir periódicamente cuentas de su gestión y en tal sentido de preparar y enviar informes con una frecuencia no mayor a seis meses, se le reprocha a Fiduagraria que no observó esa periodicidad ni le dio cumplimiento a la reglamentación vigente, en especial a la Circular Externa 006 de 1991 y a la Circular 007 de 1996, ambas de la (*) Superintendencia Bancaria, pues los informes eran incompletos y contenían inexactitudes, a más de que en ellos no se dio a conocer “los gravísimos hechos de carácter económico, jurídico, administrativo y contable presentados aún desde antes de la firma del contrato en el mes de febrero de 1995, hechos de los cuales tuvo conocimiento Fiduagraria y que ocultó durante todo este tiempo”.

De otra parte, la demandante puntualiza que Fiduagraria no actuó como un buen profesional en lo tocante con la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente, según se lo imponía la cláusula decimosegunda del contrato de fiducia, por cuanto afirma que “se limitó a elevar solicitudes reiterativas que no condujeron nunca al resultado esperado, pero que tampoco conllevaron el ejercicio de las acciones indemnizatorias procedentes en su momento”.

En relación con estas acusaciones, la convocante puntualiza que la fiduciaria no obró con diligencia para que se convocara oportunamente la asamblea ordinaria de accionistas de Car Center en el primer trimestre de 1995, o para que se llevara a cabo por derecho propio, y que tampoco cumplió con el deber que le correspondía, como accionista mayoritario, de examinar los resultados de la sociedad correspondientes al ejercicio de 1994.

Así mismo afirma que en ese momento, vale decir, en marzo y abril de 1995, ha debido detectar “que la administración estaba incumpliendo las obligaciones a su cargo”, lo que ha debido llevar a la fiduciaria a “acudir a los órganos de control y a las instancias judiciales, en protección del patrimonio autónomo”. También por esta época, explica la demandante, ha debido “tomar las determinaciones en cuanto a los cambios que fuera necesario introducir en la composición de la junta directiva, la administración de la sociedad y la propia revisoría fiscal, habida cuenta que estaba actuando como accionista mayoritario”.

Señala la convocante que, con posterioridad, Fiduagraria envió repetidas comunicaciones al gerente y al revisor fiscal de Car Center solicitándole información sobre la situación financiera, solicitudes que resultaron infructuosas. Con este propósito se dirigieron ocho comunicaciones durante 1995 y varias más durante los primeros cuatro meses de 1996. En octubre de 1995 Fiduagraria envió una comisión a las oficinas de Car Center pero esta no obtuvo ninguna información, ni pudo consultar los libros de contabilidad.

Ante este estado de cosas, arguye la demandante, la fiduciaria ha debido “acudir ante los jueces e iniciar las acciones de índole civil y penal que procedían contra los administradores y el revisor fiscal”.

En lugar de llevar a cabo esta actuación, Fiduagraria, según lo puntualiza la convocante, siguió dirigiendo peticiones escritas para que Car Center le suministrara información y solo en mayo de 1996, quince meses después de perfeccionado el contrato de fiducia, solicitó la intervención a la Superintendencia de Sociedades, lo que a la postre tampoco dio resultados.

Se resalta la negligencia y el descuido de Fiduagraria, pues, mientras ella trataba, infructuosamente, que se convocara a la asamblea extraordinaria de accionistas de Car Center, este órgano social se reunió varias veces para hacer designaciones de miembros de junta directiva y de revisor fiscal, sin que la fiduciaria se percatara de ello, lo que demostraría que ni siquiera pedía, a la Cámara de Comercio, certificados de existencia y representación de la sociedad en cuestión para enterarse de su marcha. En esos certificados aparece que entre febrero de 1995 y mayo de 1996 se registraron decisiones adoptadas en cuatro asambleas de accionistas, las tres primeras relativas a designaciones de miembros de la junta directiva y la cuarta de nombramiento de revisor fiscal. En mayo de 1998 se registró nombramiento de gerente, por parte de la junta directiva. De nada de esto se enteró la fiduciaria, de manera que no impugnó en tiempo las actas correspondientes, a pesar de que no se le convocó para asistir a las asambleas de accionistas y se le privó del derecho de nombrar miembros de la junta directiva, para así participar en la administración de la sociedad.

Por las mismas razones, precisa la demandante, tampoco supo del embargo de la razón social de Car Center, medida esta decretada por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá y registrada ante la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

En igual sentido, en el alegato de conclusión de la convocante se da cuenta de otras falencias de la fiduciaria, entre ellas su desgüeño administrativo por no tener en sus archivos documentos importantes sobre su propia gestión y por su deficiente labor contable, pues según lo señalado por los peritos, no se observaron, en su integridad, las normas legales vigentes, ni la técnica contable, llamándose la atención en el dictamen acerca de incorrecciones y vacíos en los registros, así como por el hecho de que los libros de contabilidad tienen fecha de registro ante la Cámara de Comercio, posterior a la fecha de los registros allí efectuados, lo que de acuerdo con la normatividad vigente impide que dichos libros puedan servir de prueba ante las autoridades. Se señala, en relación con el tema

contable, que sus errores e imprecisiones repercutieron, igualmente, en los informes que rindió la fiduciaria, a los cuales antes se hizo alusión.

Finalmente, se le reprocha a la fiduciaria su conducta frente a dos temas a los que la demandante da una especial relevancia: la generación y manejo de la causal de disolución de Car Center y el establecimiento, en el contrato de fiducia, de un sistema, imposible de cumplir, para la venta de las acciones fideicomitidas.

En cuanto al primer punto, se señala que la fiduciaria no tuvo en cuenta que con la transferencia de las acciones para la constitución del patrimonio autónomo, Car Center quedaba incurso en causal de disolución por no contar con el número mínimo de accionistas requerido por la ley, lo que unido al hecho de que no se tomaron las medidas correctivas pertinentes para enervar dicha causal, dentro del término de seis meses, colocó a la sociedad en condición de liquidación. Se le endilga a la fiduciaria, además, no haber informado de esto al señor Larrarte y que no hubiera consultado a las entidades de vigilancia y control sobre esta situación relacionada con la existencia misma de la sociedad, más aun cuando el gerente de Car Center aducía, como justificación para no convocar la asamblea de accionistas, el estado de disolución en que se hallaba esa sociedad.

En relación con el sistema de enajenación de acciones previsto en el contrato de fiducia, se dice que fue impuesto por la fiduciaria, por tratarse de un contrato de adhesión. Tal sistema, agrega la convocante, es imposible de cumplir, pues exige aplicar la reglamentación utilizada para la venta de acciones inscritas en el mercado público de valores (C. 1242/92 de Supervalores) condición que no tienen las acciones de Car Center, ni puede conseguirse sin la previa reforma de sus estatutos, toda vez que se requiere suprimir el derecho de preferencia pactado en tales estatutos, supresión que es condición ineludible para efectuar la inscripción de las acciones en el Registro Nacional de Valores. Por tanto, Car Center no cumplía, ni cumple, por lo demás, con los requisitos mínimos exigidos por la normatividad vigente para llevar a cabo la inscripción de sus acciones en el aludido mercado público de valores y la reforma de sus estatutos requiere del concurso de los fideicomitentes y de los demás accionistas de la mencionada sociedad, quienes no adquirieron compromiso alguno al respecto.

Con base en todas estas imputaciones, la demandante concluye que Fiduagraria violó varios de los deberes indelegables del fiduciario, consagrados en el artículo 1234 del Código de Comercio.

Corresponde ahora precisar si las imputaciones que vienen de señalarse tenían la virtualidad de causar el daño cuya indemnización busca la convocante y si en efecto concurrieron en la generación del mismo con un carácter determinante.

Según entiende el tribunal las argumentaciones de la convocante, para el análisis propuesto respecto de la existencia del vínculo causal entre los incumplimientos que se le endilgan a la fiduciaria, acaecidos durante la fase de ejecución del contrato fiduciario, y los deméritos económicos que dicha parte dice haber sufrido, debe partirse de la premisa de que, al momento del perfeccionamiento del aludido contrato, esto es, a la conformación del patrimonio autónomo y a la expedición del certificado de garantía, los bienes fideicomitidos tenían un determinado valor, el cual se fue deteriorando hasta prácticamente desaparecer, según lo afirma la demandante. Esa apreciable pérdida de valor sería atribuible a una mala gestión de los administradores de Car Center, y de ella se busca hacer responsable mediato al fiduciario, por no haber intervenido oportuna y eficazmente, en su carácter de accionista mayoritario, para impedir esa gestión desacertada, utilizando todos los medios jurídicos a su alcance, entre ellos adoptando las decisiones apropiadas en el seno de los órganos sociales de la aludida sociedad, removiendo a los miembros de la junta directiva, y a través de ella al gerente, acudiendo a las entidades de control y supervigilancia e instaurando las acciones judiciales pertinentes.

Al comienzo de la ejecución contractual, el patrimonio autónomo tenía un valor de \$ 858.822.440, según se lee en el dictamen pericial contable, página 7. Ese valor no tuvo modificación alguna a lo largo de la existencia de la fiducia, como también lo afirman los peritos.

Por su parte, el revisor fiscal de Car Center, en certificación expedida el 20 de febrero de 1995, señaló que el valor intrínseco de cada acción, conforme al estado financiero a 31 de octubre de 1994 ascendía a \$ 30.672.23. La demandante le reprocha a Fiduagraria su descuido, al no verificar la división que se hizo para calcular el valor intrínseco, toda vez que el patrimonio ha debido dividirse por 10.000, que era el número de cuotas de interés de

Car Center (que para la fecha de los Estados Financieros que se tomaron como base seguía siendo una sociedad limitada) y no por 30.000, como se hizo, que es el número de acciones emitidas luego por Car Center, una vez transformada en sociedad anónima.

Pero, en todo caso, a pesar del error en que se incurrió, el valor del patrimonio de Car Center era el mismo y era este el respaldo que en últimas tenía la fiducia en garantía, pues del monto de ese patrimonio depende el valor intrínseco de la acción, o el de la cuota social, de manera que siempre se hubiere llegado al mismo valor total del patrimonio autónomo porque, se reitera, la base para su cálculo era el patrimonio social.

La convocante pone en tela de juicio los estados financieros que se tomaron en cuenta para determinar el valor intrínseco y critica a la fiduciaria por no haberlos analizado, con lo cual habría advertido la delicada situación económica y financiera en que se encontraba Car Center.

A este respecto afirma la demandante que el valor intrínseco de los derechos sociales estaba respaldado, fundamentalmente, en el monto de las valorizaciones registradas en los estados financieros, sin que se conociera el soporte técnico de las mismas. Igualmente sostiene que el activo se había incrementado de manera apreciable con apoyo en obligaciones a cargo de accionistas, pero sin que se aportaran pruebas de las garantías constituidas para respaldarlas. Agrega que la capacidad de pago de nuevas obligaciones era prácticamente nula, al registrarse un índice de endeudamiento —excluidas las valorizaciones— superior al 100%.

Finalmente, que el rubro de deudores varios representaba más del 40% de los activos corrientes, pero sin que se contara con la información requerida para discriminar su composición y para evaluar las posibilidades de recaudo de la cartera.

Como puede apreciarse, el apoderado de la convocante formula dudas o se muestra escéptico respecto de algunos aspectos de los estados financieros, por faltar datos, informaciones o pruebas para comprobar su exactitud. Pero esas manifestaciones de escepticismo no son suficientes para demostrar de manera específica que tales estados financieros estuvieran equivocados y que, por ende, el valor del patrimonio de la sociedad fuese distinto.

Así las cosas, la actora —para cumplir con la carga de la prueba que le corresponde para la demostración del vínculo causal— entre el incumplimiento de los deberes de la fiduciaria y el perjuicio irrogado al acreedor-beneficiario, titular del certificado de garantía ha debido allegar el material probatorio necesario para demostrar fehacientemente lo siguiente: a) la pérdida patrimonial sufrida por Car Center y su cuantificación, a fin de acreditar así la reducción del valor intrínseco de sus acciones, y, por ende, la desmejora de la garantía fiduciaria otorgada a la actora; b) las causas puntuales de esa pérdida patrimonial, como podría ser, entre otras, la mala gestión de los administradores de Car Center, individualizando las acciones, y omisiones generadoras de los malos resultados financieros; c) La falta de diligencia en adoptar los medios correctivos que habría podido emplear en su condición de accionista mayoritario de Car Center, enderezados a evitar los daños que se alega experimentó esa sociedad o a impedir su extensión, o a reducir los ya acaecidos.

De estos elementos, los dos primeros no se probaron; respecto del tercero se demostraron ciertas omisiones y negligencias, pero que no tienen la entidad para explicar la producción de las supuestas pérdidas patrimoniales de Car Center, ni la consecuente desvalorización de la garantía fiduciaria.

Como ya se indicó, la convocante afirma en su alegato final que el comportamiento negligente que mostró Fiduciaria “condujo a que la sociedad Car Center S.A. llegara a una situación de postración tal que ... sus acciones a la fecha no tienen ningún valor ...”.

Esa es una imputación que no puede formularse a la fiduciaria de una manera directa e inmediata, pues ella no estaba encargada de la gestión de negocios de Car Center. Esta tarea le correspondía a los administradores de dicha persona jurídica, de manera que los eventuales resultados adversos de la sociedad son atribuibles a estos directamente. La responsabilidad de Fiduciaria sería mediata, en el sentido de que no habría tomado las providencias necesarias para evitar la mala marcha de los negocios de la sociedad deudora, cambiando por ejemplo a su gerente y miembros de junta directiva para imprimirle un nuevo dinamismo y darle otra orientación financiera, comercial y administrativa.

Pero todo esto es mera especulación, pues no se sabe si los administradores actuaron mal y en tal caso qué fue lo que ejecutaron equivocadamente o qué fue lo que dejaron de hacer y en qué medida esas supuestas acciones u omisiones afectaron negativamente el patrimonio de Car Center. Por tanto, tampoco se sabe qué es lo que Fiduagraria no hizo pudiendo hacerlo, o qué pudo haber hecho mejor.

Independientemente de estas consideraciones —de por sí determinantes para concluir que la actora no probó el vínculo causal— es del caso subrayar que los incumplimientos de las obligaciones de Fiduagraria no parecen tener por sí solos la potencialidad de causar los daños económicos que se pretende atribuirles, esto es, la pérdida de todo, o de buena parte, del patrimonio de Car Center.

Esto es así por cuanto este efecto nocivo no podía desprenderse de ninguna de las acusaciones que se le hacen a la fiduciaria y ni siquiera de la combinación o de la acumulación de varias o de todas ellas, a saber: el no haber logrado, a pesar de las peticiones que formuló, que se convocara la asamblea de accionista de Car Center para la celebración de sus reuniones ordinarias y algunas extraordinarias que propuso la fiduciaria; las infructuosas solicitudes para que el revisor fiscal y el gerente de la señalada sociedad suministraran información sobre la situación financiera y económica de la misma; el haber acudido tardíamente a la superintendencia de sociedades para que esta entidad interviniera con el fin de lograr lo que Fiduagraria no había podido obtener; el no haber examinado los estados financieros del ejercicio correspondiente a 1994; el envío retardado de una comisión a Car Center que tampoco tuvo éxito en sus indagaciones; el no haber podido designar otros miembros de junta directiva y otro revisor fiscal; el no haber advertido que se hicieron inscripciones en el registro de la cámara de comercio, relativas a designación de miembros de junta directiva, revisor fiscal y gerente, nombramientos en los que no se le permitió participar; el no haberse percatado del embargo de la razón social de Car Center, no obstante haberse inscrito en el registro mercantil.

Todos estos hechos permitirían deducir que los administradores no observaban las disposiciones legales y estatutarias relativas a la adecuada marcha administrativa de Car Center o relacionadas con el apropiado funcionamiento de los órganos sociales. Esto podría dar lugar a la imposición de las sanciones correspondientes por parte de los órganos estatales encargados del control y supervigilancia de las sociedades mercantiles. Pero ese comportamiento descuidado e irregular en la parte administrativa no da bases para sostener que los negocios —vale decir los aspectos comerciales y financieros— estuvieran mal manejados, o que en ejecución del objeto social principal de la empresa los administradores obraran con mala fe, negligencia, impericia o temeridad, causando con ello desmedro al patrimonio social. Nada de esto se puede inferir, pues no hay ninguna prueba que sustente esa deducción, pues ni siquiera está acreditada la pérdida del valor patrimonial de Car Center.

De ahí que tampoco tenga asidero la argumentación de la convocada enderezada a reprocharle a la fiduciaria el no haber iniciado acciones indemnizatorias contra los administradores para la reparación de los daños causados a Car Center. Aquí cabría preguntar: ¿Cuáles son los hechos u omisiones concretos que se le imputan a los administradores como generadores de daños ciertos? ¿Cuáles son los perjuicios específicos que le irrogaron a la sociedad? ¿Cuál es la cuantía de esos perjuicios? Todos estos interrogantes han debido ser resueltos por la convocante en cumplimiento de la tarea probatoria que le correspondía para la demostración de los elementos configurativos de la responsabilidad civil, entre ellos el daño experimentado y su vínculo causal con el incumplimiento endilgado a la demandada.

Por lo demás, las aludidas acciones judiciales contra los administradores no podían ser ejercidas de manera directa e independiente por la fiduciaria. Nótese que la demandante habla de acciones que han debido instaurarse para el resarcimiento de los perjuicios irrogados a Car Center y consecuentemente al patrimonio autónomo (alegato de conclusión, pág. 28, lit. g)). Se trata entonces de una acción social, esto es, perteneciente a la persona jurídica, y no una acción individual de los accionistas, pues el patrimonio directa e inmediatamente golpeado por el supuesto proceder irregular de los administradores es el patrimonio social. Por ello quien primeramente debe ejercitar las acciones correspondientes es la persona jurídica a través de sus representantes. Esto se desprende de lo previsto en el artículo 200 del Código de Comercio, el cual vino a ser complementado con la reglamentación contenida en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. De acuerdo con esta normatividad, la asamblea general de accionistas debe decidir el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores. Si habiéndose ordenado tal ejercicio, este no se efectúa en un lapso de tres meses, la acción puede entonces instaurarse por cualquier

administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los accionistas, en interés de la sociedad.

En consecuencia, la fiduciaria no tenía legitimación para iniciar las acciones judiciales resarcitorias, sin que se hubiera surtido previamente el trámite descrito.

Si los reproches anteriores —relativos todos a lo que la fiduciaria podría haber hecho como accionista mayoritaria de Car Center— no tienen la virtualidad de producir los daños que se dice sufrió dicha sociedad, menos aún lo tienen otros alegados incumplimientos, que se refieren a las relaciones entre la fiduciaria y el acreedor-beneficiario de la garantía fiduciaria.

En este sentido es evidente que esa connotación dañosa no la pueden tener las siguientes imputaciones que se le hacen a Fiduagraria: la deficiente rendición de cuentas que debía hacer periódicamente y, en concordancia con esta obligación, la insuficiencia, inexactitud y vacíos de los esporádicos informes que elaboró; las falencias encontradas en la contabilidad de la fiduciaria y la inobservancia de las disposiciones que rigen esta materia; el desgreño administrativo por no tener en sus archivos los documentos que acrediten las gestiones que dice realizó.

Especial mención merecen las consecuencias que podrían haberse derivado del comportamiento de la fiduciaria frente a la causal de disolución en que habría quedado colocada Car Center, en razón de la transferencia del 93% de sus acciones a Fiduagraria para la conformación del patrimonio autónomo, con lo que, al decir de la demandante, se redujo el número de los asociados por debajo del mínimo exigido por la ley para las sociedades anónimas.

Sobre esta materia, el apoderado de la convocada arguye que jamás entró Car Center en la señalada causal de disolución, y allegó para corroborar su aserto el oficio 07410 de la Superintendencia de Sociedades, en el cual se precisa que “el Código de Comercio reconoce una representación de los derechos que todavía le corresponden al fideicomitente no obstante la transmisión fiduciaria de la titularidad de las acciones, así como también le da personería al fiduciario para defender el patrimonio autónomo”, concluyendo que en virtud de esa representación en casos como el que nos ocupa no se presenta la causal de disolución por reducción del número de socios, por cuanto el fiduciario es titular de los bienes y al mismo tiempo representante de los fideicomitentes en las asambleas de accionistas.

En todo caso, para los efectos que interesan en este aparte del laudo, ha de decirse que no se probó la influencia que pudo haber tenido la causal de disolución —en el evento hipotético que hubiera ocurrido— sobre el desarrollo del objeto social de Car Center, por ejemplo, si esto impidió o trastornó la realización de los negocios de esa firma; si afectó la consecución de créditos o aceleró el pago de los existentes; si hizo más difícil la obtención de los suministros de vehículos, etc., y en tal sentido ha debido probarse el daño puntual derivado de esa situación y su cuantía, para ver en cuanto se alteró el patrimonio social, con la consiguiente baja en el valor intrínseco de las acciones objeto de la garantía fiduciaria.

Finalmente, la convocante en su alegato de conclusión le da un especial relieve al sistema previsto en el contrato de fiducia para la venta de las acciones fideicomitidas, en caso de incumplimiento de los fideicomitentes en el pago de los créditos respaldados con la aludida garantía. Se da un especial relieve a ese sistema, pues con ello quiere demostrar la demandante el desconocimiento palpable de la fiduciaria en estas materias, toda vez que, como ya se explicó, sometió la venta al régimen establecido para la enajenación de acciones inscritas en el mercado público de valores, condición que no tienen las acciones emitidas por Car Center, con lo cual se hace imposible llevar a cabo la venta contemplada en el contrato de fiducia. Con apoyo en estas premisas, la convocante, en el alegato de conclusión manifiesta que si las acciones aún conservan algún valor económico, “no es posible lograr su enajenación por cuanto Fiduagraria pactó, a través de un contrato de adhesión, un procedimiento de imposible aplicación para el caso, impidiendo así en forma directa que el acreedor beneficiario tuviera la más mínima posibilidad de recibir el pago de su acreencia”.

Para el tribunal el error de apreciación en que incurrió la fiduciaria no se compadece con la experiencia e idoneidad que debe poseer un profesional, porque, además, le haría perder al acreedor-beneficiario las ventajas de un procedimiento ágil, expedito y manejado por especialistas para la venta de las acciones, en caso de que fuera necesario hacer efectiva la garantía, así no tuviera incidencia en el valor de la misma, porque esas incomodidades y

dilaciones no necesariamente conllevan la pérdida o reducción del valor intrínseco de las acciones, pues, a pesar de esas vicisitudes el valor patrimonial de Car Center aparentemente sigue siendo el mismo, toda vez que no se demostró lo contrario y es aún factible contar con las acciones como respaldo del crédito concedido por el señor Larrarte.

Es verdad que el sistema de enajenación de las acciones previsto en el contrato de fiducia no puede ponerse en ejecución; pero no es menos cierto que las acciones existen, tienen un valor y están afectas al cumplimiento de determinadas prestaciones; en consecuencia, bien hubiera podido acudirse a la (*) Superintendencia Bancaria en solicitud de instrucciones para la disposición de la garantía o a la justicia ordinaria para que el juez ordenara su venta en pública subasta y con su producto el pago de las obligaciones garantizadas. No procedía entonces la venta especial estipulada en el contrato de fiducia, pero sí existían otros medios para lograr el cumplimiento del propósito perseguido.

Así las cosas, las distintas imputaciones formuladas contra el proceder de la fiduciaria, aun siendo ciertas muchas de ellas, no tienen el carácter de causas del daño alegado, es decir, que no existe vínculo causal entre tales imputaciones y dicho daño, pues ninguna de ellas por separado, ni todas en conjunto tienen la virtualidad material para hacerle perder todo o gran parte del valor a las acciones que conforman el patrimonio autónomo. En otras palabras, si en gracia de discusión se admitiera la pérdida de ese valor, tendría también que decirse que los incumplimientos que se le reprochan a la fiduciaria no pueden mirarse como causa eficiente de ese demérito patrimonial, pues no se probó que tales falencias y omisiones hubieran jugado un papel preponderante, o decisivo en su producción, ni que hubieran sido su origen o causa creadora o generadora.

En síntesis, pues, la parte actora no demostró el vínculo causal entre los incumplimientos que le reprocha a la fiduciaria y el daño que la primera afirma haber sufrido. No está presente, entonces, este requisito que es esencial para poder atribuir responsabilidad civil a la demandada.

2.5. El daño

Respecto del análisis encaminado a determinar la existencia de este elemento esencial para la conformación de la responsabilidad civil, el tribunal formula las siguientes precisiones:

Ante todo cabe señalar que el actor tiene la carga de la prueba del señalado elemento, tarea que comprende la demostración de la ocurrencia de un demérito patrimonial cuya reparación se persigue, así como la naturaleza del mismo, lo que significa que debe acreditar que se trata de un perjuicio cierto, directo y en principio previsible —a menos que el incumplimiento de las obligaciones asumidas obedezca a dolo o culpa grave, pues en este evento, según las voces del artículo 1616 del Código Civil, también se deben resarcir los daños imprevisibles—. Y finalmente, le corresponde también al demandante, probar la cuantía del desmedro sufrido.

De la interpretación armónica de la demanda, y en especial de las pretensiones de condena formuladas en la misma, el tribunal infiere que la acción ejercida por la convocante está enderezada a que se le reparen los perjuicios que alega le fueron irrogados como consecuencia del incumplimiento culposo de las obligaciones contraídas por la fiduciaria, mediante el contrato de fiducia en garantía que ha dado lugar a este debate. Por tanto, no es procedente solicitar el pago del crédito otorgado por el señor Larrarte a Car Center, sino la indemnización de los daños que se arguye son atribuibles a Fiduagraria —por no haber actuado con la diligencia e idoneidad propia de un profesional— toda vez que, según el demandante, la garantía habría perdido todo o buena parte de su valor.

Como se dijo, no sería procedente demandar de la fiduciaria el pago del crédito insoluto —así el monto de este y el de los perjuicios mencionados, pudieran llegar a coincidir— pues aquella no es deudora principal y exclusiva, ni deudora solidaria de dicha obligación, ni tampoco obligada subsidiaria, pues no tiene el carácter de fiadora. En otras palabras, Fiduagraria no asumió ninguna obligación personal de garantía para respaldar las obligaciones a cargo de Car Center, ni de los demás fideicomitentes. Las prestaciones contraídas por la fiduciaria, dentro del marco de la fiducia irrevocable de garantía, consisten, en caso de incumplimiento del deudor en el reembolso del crédito garantizado, en vender las acciones de acuerdo con el procedimiento estipulado en el contrato (cláusula décima) y con su producto pagar al acreedor las obligaciones insolutas.

Según las pretensiones y los hechos formulados en la demanda, la convocante —para la apropiada demostración del perjuicio— debía acreditar la existencia actual del crédito del que se dice titular y que afirma está aún pendiente de solución. De igual manera, le correspondía allegar los medios de prueba conducentes para producir en los árbitros la certeza de que la garantía constituida perdió todo o gran parte de su valor, así como la medida precisa de esa pérdida.

En cuanto a lo primero, en la parte inicial de la demanda se advierte que la señora Vesna Zorka Mimica Mimica, actúa en calidad de “adjudicataria, en la sucesión de su difunto esposo Reinaldo Larrarte Mendoza, de los derechos que como acreedor beneficiario tenía el causante en el contrato de fiducia mercantil en garantía 0020 de febrero 28 de 1995 suscrito entre la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., de una parte y Danilo Gallego Arbeláez, la sociedad Inversiones Gallego Arbeláez S. en C., Luz América Segovia de Gallego, Juan Pablo Gallego Segovia y Andrés Gallego Segovia, de la otra parte, como consta en el trabajo de liquidación de sociedad conyugal y liquidación de herencia contenida en la escritura pública 2145 de mayo 29 de 2000 de la Notaría 19 del Círculo de Bogotá”.

En la referida escritura pública 2145, cuya copia se anexó como documento 17 de la sección destinada a las pruebas documentales de la demanda, se consignó en aparte 24 del trabajo de partición, textualmente lo siguiente:

“Crédito a cargo de la sociedad de derecho privado conocida con el nombre de Car Center S.A. y a favor del causante correspondiente a un mutuo con interés, junto con el contrato de fiducia en garantía número cero cero veinte (0020) de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995) por el cual se afectaron veintiocho mil acciones (28.000) de esta sociedad entregadas en garantía del crédito, siendo el fiduciario la entidad conocida como Fiduagraria con domicilio en esta ciudad.

Esta partida comprende todos los documentos que le son propios como los títulos valores representativos del mutuo, todos los derechos y acciones que correspondan y se deriven de tales títulos y del contrato de fiducia en garantía ya mencionado. Esta partida tiene un valor de veintiocho mil pesos (\$ 28.000)”.

Al rompe se observa que lo adjudicado como principal, y así tenía que ser, fue el “Crédito a cargo de la sociedad de derecho privado conocida con el nombre de Car Center S.A. y a favor del causante correspondiente a un mutuo con interés”; además, se adjudicó la garantía que había sido establecida en el contrato de fiducia, con lo que claramente surge la referencia a lo principal, el crédito, y a lo accesorio, la garantía derivada del contrato de fiducia, como derechos objeto de la partición y asignación dentro de ella.

Lo anterior determina que a este respecto, son dos los aspectos que han debido ser probados, a saber: el uno, la existencia del crédito, aspecto frente al cual el partidor adjudicó “todos los documentos que le son propios como los títulos valores representativos del mutuo, todos los derechos y acciones que correspondan y se deriven de tales títulos”; el otro, la existencia del contrato de fiducia.

Con suficiencia la parte demandante acreditó la existencia del contrato de fiducia; al respecto obran en el expediente, incluso de manera repetitiva, copias del certificado 00020-1, expedido por la sociedad demandada el día 28 de febrero de 1995, documento que no ha sido objeto de tacha por Fiduagraria S.A. de manera que así se acreditó cabalmente la existencia del contrato de fiducia en garantía, y está probado que la citada fiducia garantizaba obligaciones a favor del señor Reinaldo Larrarte “Hasta por la suma de seiscientos millones de pesos (\$ 600.000.000 mcte.)”⁽³⁸⁾.

Empero, no está probada la existencia del crédito, requisito indispensable para el ejercicio exitoso del derecho de acción aquí empleado, pues si se quiere derivar derechos de la garantía, lo accesorio, se debe acreditar la existencia de lo principal, el crédito.

Ciertamente, a través de la amplia presentación de documentos realizada dentro del expediente y de los que el tribunal de oficio dispuso tener como involucrados al proceso, no aparecen los adjudicados “títulos valores representativos del mutuo” provenientes de los deudores, ni ninguna otra prueba que sin tener esa especial característica, diera cuenta de que los fideicomitentes y en especial Car Center S.A. fueran actualmente deudores del señor Reynaldo Larrarte y, por lo mismo, tal como se expresó en el trabajo de partición, se radicaran en la

causahabiente “todos los derechos y acciones que correspondan y se deriven de tales títulos”, dentro de los que obviamente se hallan los que pueden ser ejercitados respecto de la fiduciaria, pues se reitera que el contrato de fiducia por ser en este caso de garantía, implica que se acredite la existencia de la obligación al momento de pedir la realización de esta, pues el certificado por sí solo no hace las veces de documento contentivo del crédito, como bien lo entendió el partidor al hacer la adjudicación pertinente en cabeza de la señora Vesna Zorka Mimica Mimica. También lo evidenció el apoderado especial de esta doctor Luis Carlos Rangel, al dirigirse el día 21 de junio de 2000 a Fiduagraria, para efectos de solicitar la ejecución de la garantía porque “se halla en mora de dar cumplimiento a la obligación de mutuo garantizada por el contrato de fiducia en garantía 0020”.

Y es que no puede ser pasado por alto que desde cuando el señor Reynaldo Larrarte, revocó su carta de mayo 9 de 1995 en la que informa a la sociedad fiduciaria que le incumplieron y solicita que se proceda a hacer efectiva la garantía, lo que hizo en comunicación de julio 7 del mismo año, donde afirma no solo que los deudores cesaron en su situación de incumplimiento sino que, incluso pide que se liberen 16.000 de las 28.000 acciones dadas en garantía, hasta cuando el señor Larrarte murió, en septiembre 2 de 1996, transcurrieron más de catorce meses sin que dicha persona hiciera manifestación alguna de incumplimiento por parte de los fideicomitentes, lo que ante su acuciosidad inicial permite inferir que es posible que el crédito le hubiera sido cancelado, o que se hubiera reducido sustancialmente, como lo permitiría deducir el valor de \$ 28.000 pesos asignado a este crédito en la partición de la sucesión del señor Larrarte. Por tanto, nos encontramos ante una incertidumbre que nos coloca en el terreno de las conjeturas y que se supera solo con prueba idónea de la existencia de la obligación, cuya carga tenía radicada la parte demandante con la presentación de los documentos a los que se hizo referencia en la partición ocurrida con ocasión del proceso de sucesión del señor Larrarte.

No sobra recordar que tal como textualmente consta en el acta de 10, en la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos practicada en las instalaciones de Fiduagraria el pasado 15 de noviembre de 2001, el doctor Fernando Sarmiento, “precisó el interés de su solicitud de exhibición Fiduagraria que demostraran la existencia de un título valor que respaldan el préstamo del acreedor beneficiario, y de aquellos en que Fiduagraria fundamentaba su posición respecto de la creación de títulos valores. Lo anterior, porque, en su criterio, aun quedaban puntos abiertos en relación con la responsabilidad de la fiduciaria y la existencia de la obligación, tema sobre el cual el peritazgo no arroja luces”. Sin embargo, en esa diligencia no se encontraron tales documentos, y aun si en gracia de discusión se admitiera que nunca se crearon, en nada cambia la apreciación del tribunal ante la incertidumbre de lo ocurrido con el crédito luego del 7 de junio de 1995.

Ante la ausencia de prueba idónea de la existencia de la obligación principal, e independientemente de cuál haya sido el comportamiento de la sociedad fiduciaria en la ejecución del contrato, no es posible realizar ningún pronunciamiento de fondo en contra de Fiduagraria, pues se llega siempre al mismo interrogante atinente a si la obligación estaba vigente a la muerte del señor Reynaldo Larrarte, única forma de sentar la base para determinar la existencia de los perjuicios reclamados.

Se advierte que para el tribunal no hay duda acerca de que el crédito existió: la expedición del certificado de fiducia, las cartas del señor Reynaldo Larrarte de febrero 28 de 1995 donde informa las condiciones del crédito y la de mayo 9 del mismo año, donde solicita la ejecución de la garantía, aunadas a la de junio 7, suscrita también por Danilo Gallego donde se hace mención a un acuerdo cuyo contenido se desconoce, son base probatoria para aseverar que el crédito existió. No obstante, de lo que no existe registro probatorio alguno es acerca de si siguió vigente y era carga procesal de la demandante probar ese aspecto, lo que no ocurrió.

El tribunal reitera que admitiendo que el crédito siguió vigente luego de la carta de junio 7 de 1995, lo fue por seis meses más, pues aun cuando no existe registro alguno del “acuerdo al que hemos llegado”, se pide ampliación de la garantía por seis meses más, es decir hasta el 6 de diciembre de 1995. El señor Larrarte murió accidentalmente en septiembre de 1996, es decir diez meses más tarde sin que hubiese presentado reclamación alguna a la fiducia, lo que se erige como un indicio grave de que pudo ser cancelado. Además, la inexistencia de documento que de cuenta del mismo, no obstante que se anuncia en la partición constituye otro indicio acerca de la cancelación del crédito debido a lo señalado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo

acto...”, sin que en este caso puedan predicarse las circunstancias exceptivas que señala la norma dada la cuantía de la obligación y la calidad de las partes.

A este respecto el tribunal subraya que si el demandado fuera el deudor, vale decir, Car Center, le bastaría al actor demostrar la existencia inicial del crédito, y alegar que no le había sido pagado, en cuyo caso, por tratarse de una negación indefinida, le correspondería al obligado demostrar el pago total o parcial de la deuda. Pero esta regla probatoria no puede operar frente a un tercero en la relación obligacional, como es Fiduagraria, de manera que a la actora no le era suficiente acreditar el nacimiento del derecho de crédito, pues debía probar su subsistencia y su valor actual.

De otra parte, la convocante ha puntualizado reiteradamente en el proceso que los perjuicios que le fueron irrogados provienen de la pérdida sustancial de valor que han experimentado las acciones que conforman el patrimonio autónomo.

A este respecto el tribunal ya ha señalado que al momento de formalizarse la fiducia y de expedirse el certificado de garantía, el patrimonio autónomo tenía un valor de \$ 858.822.440, calculado con base en el valor intrínseco de la acción, certificado por el revisor fiscal de Car Center el 20 de febrero de 1995. Ese valor ha permanecido inalterado en los registros de la fiduciaria a lo largo de la ejecución del contrato, lo cual, aún si, como antes se dijo, pudiera reflejar un incumplimiento de sus responsabilidades en materia de ajuste de dicho valor, nada indica que el mismo hubiera sufrido en efecto modificación, pues, la demandante no aportó prueba alguna que demuestre cuál es el valor actual de las mencionadas acciones, de suerte que no está acreditado el demérito económico que alega como fundamento del resarcimiento que persigue.

En síntesis la convocante no tuvo éxito en la demostración del daño, en ninguno de los dos aspectos a que antes se refirió el tribunal.

Lo anterior es suficiente para concluir que en este caso se impone una sentencia absolutoria, toda vez que no fueron demostrados los elementos esenciales para el surgimiento de la responsabilidad civil, dado que, si bien se demostró el incumplimiento por parte de la fiduciaria de sus obligaciones legales y contractuales, no se acreditó ni el vínculo causal ni el daño, cuyo resarcimiento se perseguía en el proceso. A esta conclusión llega el tribunal, independientemente del análisis de circunstancias exceptivas adicionales que puedan surgir como probadas, dado que salvo las excepciones de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deben ser alegadas, cualquier otra se puede reconocer aun de oficio, lo que para tales fines determina que no contestar la demanda oportunamente no quita esa posibilidad de reconocimiento de hechos exceptivos al fallador, tal como lo previene el inciso primero del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, ni impide declarar las consecuencias propias de la no observancia del artículo 177 del mismo estatuto.

Por último, deja sentado el tribunal que la sanción procesal que se deriva del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil consistente en apreciar la no contestación de la demanda como un indicio grave en contra del demandado, no permite por sí solo sustentar una sentencia estimatoria de las pretensiones de condena contenidas en la demanda, porque no es suficiente un indicio grave para tener como acreditados todos los elementos configurativos de la responsabilidad civil.

III. Costas

Considerando que prosperó una pretensión puramente declarativa de la demanda, así como el hecho de la falta de contestación oportuna de la misma por la demandada, el tribunal ordena que las costas del proceso, tal como ellas fueron decretadas en la audiencia de instalación, sean pagadas por las partes en proporción del 60% la parte demandante, y el 40% la parte demandada.

En consecuencia, dado que la partida decretada por concepto de honorarios, gastos de protocolización, gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y conciliación ascendió a la suma de cuarenta y siete millones de pesos (\$ 47.000.000), la cual fuera consignada en partes iguales por las partes, el tribunal condenará a la parte demandante a pagar a la parte demandada la suma de cuatro millones setecientos mil pesos (\$ 4.700.000), con lo cual se cumple la proporción a la que se refiere el párrafo anterior.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo afirmado en el primer párrafo, se fija como agencias en derecho, a favor de la parte demandada la suma de cinco millones de pesos mcte. (\$ 5.000.000).

IV. Parte resolutive

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre la señora Vesna Zorka Mimica Mimica y la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario, Fiduagraria, con ocasión del contrato de fiducia mercantil en garantía 0020 de 28 de febrero de 1995, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que el certificado de garantía fiduciaria 0020-1 de febrero 28 de 1995 expedido por la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., “Fiduagraria S.A.”, cuya beneficiaria es la señora Vesna Zorka Mimica Mimica, existe y es eficaz.
2. Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones consignadas en la parte motiva de este laudo.
3. Condenar en costas a la parte convocante, señora Vesna Zorka Mimica Mimica, en la suma de nueve millones setecientos mil pesos mcte. (\$ 9.700.000), por los conceptos discriminados en la parte motiva de este laudo.
4. Expídanse copias auténticas de este laudo con destino a las partes y al Ministerio Público.

Dado en Bogotá, D.C., a 28 de noviembre de 2001.

Notifíquese y cúmplase.
