

Tribunal de Arbitramento

Banco Davivienda S.A.

v.

Alianza Fiduciaria S.A.

Abril 20 de 2004

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., abril 20 de 2004.

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre Banco Davivienda S.A., parte convocante, y Alianza Fiduciaria S.A., parte convocada, profiere el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso objeto de controversia.

Para efectos de precisión metodológica se aclara que cuando en este laudo se haga referencia a Delta Bolívar, se entenderá que es Delta Bolívar S.A. Así mismo, cuando se haga referencia a TMA, Alianza y Davivienda, se entenderá que se está haciendo referencia respectivamente a Tierra Mar y Aire S.A., Alianza Fiduciaria S.A. y Banco Davivienda S.A.

## **I. Cláusula compromisoria**

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el “contrato de fiducia mercantil de garantía” suscrito entre Tierra Mar y Aire S.A. y Fiduciaria Alianza S.A. (hoy Alianza Fiduciaria S.A.), dentro del cual se pactó la cláusula compromisoria, contenida en la cláusula décima cuarta del contrato. La cláusula compromisoria contenida en el contrato de fiducia mercantil de garantía, dice textualmente:

“Décima cuarta: tribunal de arbitramento: cualquier diferencia que surja entre las partes enunciadas en la cláusula primera, con ocasión de este contrato o de su ejecución se someterá a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por tres árbitros que designará la Cámara de Comercio de Bogotá. Su decisión será en derecho y deberá regirse por lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1989, o demás normas que lo modifiquen, adicionen o deroguen”.

## **II. Síntesis del proceso**

Tuvo el proceso, como es de rigor, dos fases: la pre-arbitral y la arbitral.

### **1. Fase pre-arbitral.**

A. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 30 de agosto de 2002, Banco Davivienda S.A. presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, un escrito que contenía la convocatoria arbitral que dio origen al proceso.

B. La demanda fue admitida mediante auto del 3 de septiembre del mismo año, proferido por el director de dicho Centro de Arbitraje y Conciliación. La anterior decisión fue notificada mediante edicto emplazatorio a la parte convocada Alianza Fiduciaria S.A., toda vez que según consta en el expediente no se pudo llevar a cabo la notificación personal.

C. El 4 de diciembre de 2002, estando dentro de la oportunidad legal y actuando mediante apoderado, la parte convocada contestó la demanda presentada en su contra, formulando excepciones de mérito, sobre las cuales, la parte convocante se pronunció en escrito presentado el 2 de mayo de 2003.

D. Al tenor de lo previsto en la cláusula décimo cuarta del contrato de fiducia mercantil de garantía suscrito entre las partes, el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo público realizado el día 17 de diciembre de 2002, procedió al nombramiento de los árbitros, designando como

principales a los doctores Pilar Salazar, José Orlando Montealegre y Antonio Aljure Salame. Como suplentes numéricos fueron designados los doctores Sergio Rodríguez Azuero, Carlos Lleras De La Fuente y Jorge Iván Villegas. La doctora Pilar Salazar inicialmente aceptó la designación pero posteriormente manifestó su renuncia. Los doctores Antonio Aljure y José Orlando Montealegre se declararon impedidos, por lo que se notificó a los doctores Sergio Rodríguez y Jorge Iván Villegas quienes no aceptaron la designación. Por lo anterior, el día 11 de febrero de 2003, se procedió a realizar un nuevo sorteo de árbitros resultando designados los doctores Stella Villegas de Osorio, Alfonso Ortiz del Hierro y Santiago Jaramillo Villamizar como principales y como suplentes los doctores Jorge Lara, Gabriel Melo y Carlos Esteban Jaramillo. Los doctores Stella Villegas De Osorio, Alfonso Ortiz Del Hierro y Santiago Jaramillo aceptaron su designación en la debida oportunidad.

E. El centro de arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del tribunal el 25 de marzo de 2003 a las 3:30 p.m. En la fecha y hora señaladas se inició la audiencia de instalación a la cual asistieron los árbitros Alfonso Ortiz del Hierro, Stella Villegas de Osorio y Santiago Jaramillo Villamizar y los señores apoderados de las partes.

En dicha audiencia el tribunal nombró como presidente al doctor Alfonso Ortiz del Hierro, quien aceptó y como secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres. Así mismo se declaró legalmente instalado el tribunal y se fijaron las sumas a cargo de las partes por concepto de honorarios para los árbitros y la secretaria, gastos de funcionamiento y administración a favor de la Cámara de Comercio de Bogotá, gastos de protocolización y registro y otros, para ser canceladas por las partes dentro del término legal.

F. Las partes consignaron oportunamente la totalidad de las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del tribunal determinados en el acta número uno (1).

G. Previa citación de las partes y sus apoderados, al tenor de lo previsto en la Sentencia C-1038 de la Corte Constitucional de fecha diciembre de 2002, el 19 de mayo de 2003 a las 2:30 p.m., en la sede del centro de arbitraje y conciliación, el tribunal en pleno llevó a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa pre-arbitral, la cual fue suspendida por solicitud de las partes. La continuación de esta audiencia se llevó a cabo el día 27 de mayo de 2003 a las 8:00 a.m., oportunidad en que quedó clara la imposibilidad de las partes de alcanzar un acuerdo.

## **2. Trámite arbitral.**

A. La primera audiencia de trámite tuvo lugar en dos sesiones del tribunal, celebradas el 18 y el 25 de junio de 2003, respectivamente. En la primera, mediante auto 5, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes. En la segunda oportunidad, mediante auto 7 el tribunal decretó las pruebas del proceso.

B. El presente proceso se llevó a cabo en 29 audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio. Por último, las partes expusieron sus alegatos de conclusión.

C. Mediante auto 32 proferido el 16 de marzo de 2004, el tribunal citó a las partes para audiencia de fallo el día 20 de abril de 2004 a las 2:30 p.m., estando dentro del término legal para proferirlo.

D. Las partes solicitaron al tribunal una primera suspensión del término de duración del trámite arbitral, por ocho días hábiles a saber, entre el 24 de septiembre y el 5 de octubre de 2003, para reiniciar el día hábil 6 de octubre de 2003. Tal solicitud fue concedida por tribunal, como consta en auto 14 proferido el 23 de septiembre de 2003. Posteriormente, las partes solicitaron una nueva suspensión durante el período comprendido entre el 4 de diciembre de 2003 y el 13 de enero de 2004, es decir por 25 días hábiles, la cual fue también concedida, según consta en el auto 20 del 3 de diciembre de 2003. Comoquiera que la primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 25 de junio de 2003, teniendo en cuenta las anteriores suspensiones, el término de duración del tribunal habría vencido el 12 de febrero de 2004. Sin embargo, por solicitud expresa de los apoderados de las partes, quienes contaban con facultades para el efecto, dicho término fue posteriormente prorrogado hasta el 30 de marzo de 2004, según consta en auto 23 del 21 de enero de 2004. Posteriormente, las partes solicitaron al tribunal una nueva

prórroga del término hasta el 30 de abril, la cual fue concedida por el tribunal mediante auto 30 proferido el 2 de marzo de 2004.

### **3. Las partes, sus diferencias litigiosas y la necesidad de resolverlas mediante arbitraje.**

#### **A. Partes.**

Las partes en el presente trámite arbitral son las siguientes:

a) **Convocante:** el Banco Davivienda S.A., comparece a este proceso a través del señor Mauricio Valenzuela Grueso, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la (\*) Superintendencia Bancaria (fl. 35 del cdno. ppal. 1), quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor Juan Carlos Varón Palomino (fls. 33 y 34 del cdno.ppal. 1). La existencia de la sociedad convocante se acredita mediante certificado de existencia emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, (fls.37 a 42 del cdno.ppal. 1).

b) **Convocada:** Alianza Fiduciaria S.A., comparece a este proceso a través de la señora Angela María Echeverri Ramírez, representante legal, condición que consta en el certificado de representación legal expedido por la (\*) Superintendencia Bancaria (fl.63 del cdno. ppal. 1), quien otorgó poder para la actuación judicial al doctor Ricardo Vanegas Beltrán, (fl. 62 del cdno. ppal. 1). La existencia de la sociedad convocada se acredita mediante certificado de existencia emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 64 a 67 del cdno. ppal. 1).

Es sobre estas partes sobre quienes recaerán los efectos de este laudo arbitral.

#### **B.Causa petendi.**

A continuación se resumen los hechos que ha presentado la convocante, como soporte de sus pretensiones:

1. Entre Tierra Mar y Aire S.A. —en adelante TMA— como fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A. —en adelante Alianza— como fiduciario, el 2 de junio de 2003 en documento privado, se celebró un contrato en virtud del cual se constituyó el fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II. Dicho contrato fue elaborado por la sociedad convocada.
2. Del tenor literal del contrato en mención se extractó que este tenía como finalidad exclusiva que el patrimonio autónomo que se constituyó, sirviera de garantía frente a los beneficiarios por los créditos que le suministraran directamente al fideicomitente o que le otorgaran directamente al patrimonio autónomo.
3. El patrimonio autónomo, afirma el convocante, se constituyó mediante la transferencia por parte del fideicomitente a título de fiducia mercantil de garantía, de la suma de novecientos treinta y un millones de pesos (\$ 931.000.000), suma representada en títulos valores (facturas).
4. Se previó adicionalmente en el contrato, que el fideicomitente podía entregar otros títulos valores cuyo endoso se hacía en propiedad.
5. Por otra parte se definió que para cumplir la finalidad del fideicomiso se formaría una masa de títulos valores de propiedad del patrimonio autónomo que el fideicomiso adquiriría del fideicomitente con el patrimonio originalmente fideicomitado, y con los créditos que los beneficiarios otorgaran bien fuera al fideicomiso o al fideicomitente, caso este último en el que el patrimonio autónomo asumiría la posición de codeudor cambiario frente a los beneficiarios. Los desembolsos que los deudores hicieren al fideicomitente tendrían como contrapartida el 130% del valor del crédito en títulos valores que el fideicomitente transferiría en propiedad al fideicomiso y que este cobraría a través de TMA, y cuyo producto se destinaría al pago de los créditos otorgados por los beneficiarios.
6. Se pactó que el fideicomitente debía cobrar las facturas en las fechas indicadas en cada título valor y que el fiduciario invertiría las sumas recibidas en la compra de títulos valores emitidos a favor del fideicomitente o atendería, si estuviesen vencidos o si se lo solicitaba el fideicomitente, los créditos vinculados al fideicomiso.
7. Se previó el compromiso del fideicomitente de incrementar el fideicomiso en efectivo o con facturas, a más

tardar el tercer día hábil siguiente al que el fiduciario así se lo solicitara, cuando la garantía estuviera en peligro de deteriorarse.

8. Así mismo, se previó como obligación del fideicomitente, garantizar al fiduciario el debido recaudo de la cartera que le hubiese transferido en propiedad fiduciaria, por lo que, de no poderse obtener la totalidad del recaudo, el fideicomitente, dentro de los tres días hábiles siguientes al requerimiento del fiduciario, debía hacer entrega a este, en efectivo o en facturas el faltante del recaudo.

9. El contrato de fiducia mercantil suscrito no especificó el procedimiento que debía seguirse para la ejecución del fideicomiso.

10. El 2 de junio de 1993 Alianza celebró otro contrato con TMA, en esta ocasión de prestación de servicios, en virtud del cual la primera encomendó a la segunda la cobranza, judicial o extrajudicial de las facturas que conformaban el patrimonio autónomo. En el texto de este acuerdo se consignó expresamente que se llevaba a cabo en desarrollo del contrato de fiducia 1643-0367 II TMA.

11. En desarrollo de tal contrato de prestación de servicios, TMA debía entregar el valor de las obligaciones consignadas en cada título, dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del plazo del título o de los instalamentos pactados en estos, independientemente de haberse o no recaudado el dinero.

12. Desde el año de 1992 Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial, en adelante Delta Bolívar, tuvo una relación crediticia con la sociedad TMA, inicialmente mediante créditos puntuales y posteriormente mediante la asignación de un cupo de crédito rotativo, que en mayo de 1997, en su última renovación, tuvo un cupo de doscientos cincuenta millones de pesos (\$ 250.000.000), respaldado con la garantía fiduciaria a través del fideicomiso en mención.

13. En diversas oportunidades la sociedad convocada ratificó a Delta Bolívar su condición de beneficiaria del fideicomiso, certificándole que los créditos tenían una contrapartida del ciento treinta por ciento de su valor, mediante títulos valores que conformaban el patrimonio autónomo.

14. El 30 de octubre de 1998, Alianza certificó que a la fecha el fideicomiso tenía un valor de dos mil doscientos cuarenta y siete millones ochocientos setenta y dos mil novecientos diez y seis pesos con cuarenta centavos (\$ 2.247.872.916,40).

15. TMA incumplió los pagos a sus acreedores por lo que inició conversaciones para reestructurar las deudas, en particular las contraídas con Delta Bolívar, aquellas identificadas con los números 7048926 y 7047375 por \$ 211.000.000 y \$ 39.000.000 respectivamente, que se recogieron en dos nuevos pagarés, números 7049151 por \$ 250.000.000 por capital reestructurado a tres años y 7049136 por \$ 53.831.820 por saldo de intereses pagaderos en ocho meses, cuyos deudores eran TMA, sus accionistas y el patrimonio autónomo, este último bajo la vocería de Alianza.

16. Las obligaciones se debían pagar a Delta Bolívar el 30 de agosto de 1999, circunstancia que fue informada al fiduciario.

17. Sin embargo, en la fecha señalada el deudor no canceló sus obligaciones por lo que Delta Bolívar informó al fiduciario y le solicitó instrucciones para proceder a la ejecución de la garantía.

18. Ante la solicitud de TMA, Delta Bolívar reestructuró nuevamente las obligaciones y para el efecto suscribió con los obligados cambiarios un otrosí a los pagarés, consignando como fecha de pago el 15 de diciembre de 1999.

19. En esa fecha TMA incumplió con el pago de sus obligaciones a favor del Delta Bolívar.

20. El 7 de febrero de 2000, mediante informe de gestión, Alianza comunicó que el valor de la cartera representada en facturas cambiarias ascendía a la suma de dos mil ochocientos noventa y dos millones doscientos siete mil doscientos cinco pesos con treinta y dos centavos (\$ 2.892.207.205,32.).

21. El 16 de marzo de 2000, Alianza informó a Delta Bolívar que el 14 de marzo había recibido una comunicación

de TMA en la que se afirmaba que se había realizado el recaudo de 5.900 facturas de propiedad de fideicomiso por valor de \$ 2.652.700.455, sin que se hubiese entregado al fideicomiso ese valor recaudado, y que dicha sociedad se había limitado a entregar facturas por valor de \$ 547.543.422, con lo cual el valor del fideicomiso a la fecha era de \$ 789.455.890, generándose en consecuencia un déficit de \$ 1.982.744.635.

22. En tal comunicación Alianza afirmó haber requerido de TMA el reintegro del faltante. Así mismo, informó haber recibido de otro beneficiario, Inversora Pichincha, el requerimiento del pago de las obligaciones en su favor que se encontraban garantizadas a través del fideicomiso, y manifestó que en la medida en que se produjera el recaudo de la cartera y se obtuviera el reintegro del faltante, el fideicomiso cancelaría a todos los acreedores a pro-rata de su participación en el total de las obligaciones que a la fecha se encontraran incumplidas.

23. La disminución de la garantía se originó por el deficiente seguimiento y control de Alianza sobre la cartera del fideicomiso.

24. El 22 de marzo de 2000, Delta Bolívar solicitó hacer efectiva la garantía, ante el incumplimiento del deudor TMA.

25. El 28 de marzo de 2000, Alianza presentó un informe a solicitud de Delta Bolívar en el que comunicó haber declarado terminado el contrato de recaudo de cartera suscrito con TMA y haber notificado a todos los deudores de las facturas, que el pago debía realizarse únicamente a Alianza. Adicionalmente solicitó a los acreedores una liquidación individualizada de las obligaciones garantizadas, para con ello establecer el respectivo porcentaje de participación para el pago.

26. El 10 de abril de 2000, Delta Bolívar remitió la liquidación que se le solicitaba, pese a que este no era un requisito establecido en el contrato, para proceder a ejecutar la garantía.

27. Tal liquidación fue nuevamente remitida el 30 de mayo de 2000, por una nueva solicitud de Alianza.

28. El 14 de julio de 2000, la Superintendencia de Sociedades aceptó a TMA en la promoción de un acuerdo de reestructuración, cuyo posterior fracaso fue declarado el 18 de abril de 2001. Meses más tarde, la Superintendencia de Sociedades, el 25 de mayo de 2001, convocó a TMA a trámite de liquidación obligatoria.

29. Alianza incurrió en incumplimiento del contrato al no haber ejecutado la garantía con anterioridad al 14 de julio de 2001. Adicionalmente, no adelantó acciones contra TMA por la no entrega de los dineros provenientes del recaudo de facturas y, no se presentó al trámite de reestructuración para hacer valer las obligaciones a cargo del fideicomiso.

30. El día 9 de junio de 2000, Delta Bolívar inició un proceso ejecutivo contra TMA., sus accionistas y el patrimonio autónomo fideicomiso 1643-0367 TMA II. Este proceso en el que se habían librado mandamientos de pago, fue suspendido cuando la sociedad deudora entró en trámite de reestructuración.

31. El 21 de julio de 2000 Delta Bolívar y Trámites y Cobranzas S.A. celebraron un contrato de compraventa de activos en el que la primera, entre otros, enajenó los pagarés 7049136 por \$ 53.831.820, junto con intereses de mora liquidados a la tasa de 3.4% mensual desde el 1° de septiembre de 1999 y hasta cuando el pago se verificara, más \$ 11.075.599 por concepto de intereses de plazo de la anterior obligación; el pagaré 7049151 por valor de \$ 250.000.000 y sus intereses de mora liquidados a la tasa del 2.4% mensual desde la presentación de la demanda y hasta cuando el pago se verificara y \$ 130.015.197 por concepto de intereses de plazo.

32. El 25 de julio de 2000 Alianza entregó a Delta Bolívar sumas por valor de \$ 63.746.043, como abonos a las obligaciones garantizadas, pagos que Delta Bolívar entregó a Trámites y Cobranzas S.A. Dichas sumas, en cumplimiento de acciones de tutela, fueron posteriormente requeridas a la fiduciaria y en tal virtud fueron así mismo devueltas a esta por su destinatario.

33. El 28 de agosto de 2000 se formalizó la adquisición de Delta Bolívar por parte de Banco Davivienda S.A.

34. Ante la existencia del trámite liquidatorio, Alianza informó a Trámites y Cobranzas S.A. que resultaba

imposible continuar con el trámite de ejecución de la garantía. Esta última se hizo parte en el proceso liquidatorio pero no se le reconoció la calidad de acreedora, por no contar con los originales de los títulos valores en donde constaban las obligaciones a su favor.

35. El 21 de julio de 2000, el contrato suscrito entre Trámites y Cobranzas S.A. y Delta Bolívar se resolvió con la absorbente de esta, Banco Davivienda S.A., en adelante Davivienda, respecto de las obligaciones de TMA. En cumplimiento de la obligación de saneamiento se aceptó la recompra de la cartera de TMA por un valor de \$ 303.831.820. En tal virtud los créditos a cargo de TMA fueron cedidos a favor de Davivienda sociedad que en consecuencia fue registrada como beneficiaria del fideicomiso 1643-0367 TMA II respecto de la suma de \$ 303.831.820.

36. Los activos existentes en el patrimonio autónomo son insuficientes para atender el pago de las obligaciones garantizadas. Así mismo los activos de la sociedad TMA en liquidación son insuficientes para atender el pago de las obligaciones a favor de Davivienda y por ello esta sociedad no podrá obtener recuperación alguna de tales obligaciones a través del proceso ejecutivo que instauró.

### **C. Pronunciamientos de la parte convocada.**

La convocada, al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

### **D. Pretensiones y excepciones formuladas por las partes.**

El ejercicio del derecho de acción y de réplica se ha presentado así:

#### **a) Pretensiones de la parte convocante.**

Con apoyo en su relato de los hechos, en su escrito de demanda, la parte convocante solicita al tribunal que decrete lo siguiente:

“Primera. Que existe y es eficaz como fuente obligaciones (sic) entre las partes el contrato de fiduciaria mercantil de garantía recogido en el documento privado de fecha 2 de junio de 1993, en virtud del cual se constituyó el fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, negocio jurídico celebrado entre Tierra Mar y Aire S.A., como fideicomitente, y Fiduciaria Alianza S.A. (hoy Alianza Fiduciaria S.A.), como fiduciario, del cual es beneficiario el Banco Davivienda S.A.”.

“Segunda. Que Alianza Fiduciaria S.A. obró de manera culposa en la estructuración y constitución del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, al no regular dentro del contrato el procedimiento que debía seguirse para la ejecución del fideicomiso, en caso de hacerse necesario el pago con cargo al mismo de las obligaciones garantizadas con dicho fideicomiso”.

“Tercera. Que Alianza Fiduciaria S.A. obró de manera culposa en el manejo del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II e incumplió el contrato, al no haber un adecuado seguimiento y control de los activos radicados en el patrimonio autónomo, lo cual dio lugar a la disminución del valor de la garantía fiduciaria, hasta el punto de hacerse la misma insuficiente para atender el pago de las obligaciones garantizadas con la misma, en perjuicio del acreedor beneficiario Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial S.A. (luego Trámites y Cobranzas S.A., hoy Banco Davivienda S.A.)”.

“Cuarta. Que Alianza Fiduciaria S.A. obró de manera culposa en el manejo del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II e incumplió el contrato, al haber exigido a los beneficiarios la entrega de las liquidaciones de las obligaciones garantizadas, como requisito para pagar dichas obligaciones con los recursos existentes en el fideicomiso, sin que tal requisito se hubiera pactado en el contrato y sin explicarles en forma oportuna y precisa los parámetros que debían observar en la elaboración de tales liquidaciones, lo cual dio lugar a la demora injustificada en la ejecución del contrato, en perjuicio del acreedor beneficiario Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial S.A. (luego Trámites y Cobranzas S.A., hoy Banco Davivienda S.A.)”.

“Quinta. Que Alianza Fiduciaria S.A. obró de manera culposa en el manejo del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II e incumplió el contrato, al no haber destinado oportunamente los recursos líquidos existentes en el patrimonio autónomo al pago de las obligaciones existentes a favor del beneficiario Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial S.A. (luego Trámites y Cobranzas hoy Banco Davivienda S.A.) en la proporción y monto que a este correspondía de acuerdo con el contrato”.

“Sexta. Que Alianza Fiduciaria S.A. incumplió el contrato y sus obligaciones legales al no haber presentado crédito alguno al trámite de reestructuración económica del fideicomitente Tierra Mar Aire S.A., adelantado ante la Superintendencia de Sociedades en los términos de la Ley 550 de 1999, con el fin de obtener el reconocimiento de las obligaciones existentes a cargo de Tierra Mar Aire S.A., y a favor del fideicomiso”.

“Séptima. Que como consecuencia de la conducta culposa de Alianza Fiduciaria S.A. en la estructuración y el manejo del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II y de los incumplimientos contractuales declarados conforme a las pretensiones segunda y/o tercera y/o cuarta y/o quinta y/o sexta precedentes, Alianza Fiduciaria S.A. es civilmente responsable frente al Banco Davivienda S.A. por los perjuicios económicos que le irrigió a este como consecuencia de dicha conducta e incumplimientos”.

“Octava. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones Alianza Fiduciaria S.A. debe pagar al Banco Davivienda S.A., a título de indemnización de perjuicios, un valor equivalente al de las obligaciones respaldadas en virtud del contrato de fiducia mercantil de garantía recogido en el documento privado de fecha 2 de junio de 1993, en virtud del cual se constituyó el fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, así:

“8.1. Por daño emergente, la suma de trescientos tres millones ochocientos treinta y un mil ochocientos veinte pesos moneda legal colombiana (\$ 303.831.820), correspondiente al valor de las obligaciones a favor de Delta Bolívar Compañía de Financiamiento Comercial S.A. (luego Trámites y Cobranzas S.A. hoy Banco Davivienda S.A.) garantizadas con el fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, mismo valor que fue pagado por el Banco Davivienda S.A. a Trámites y Cobranzas S.A. como precio de la cesión de derechos de fecha 8 de mayo de 2002, o la suma que en su lugar determine el tribunal de arbitramento por este concepto”.

“8.2. Por lucro cesante, la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico sufrido por mi representada al haber sido injustamente privada, por causa de la conducta culposa de Alianza Fiduciaria S.A., de la oportuna disponibilidad del pago de las obligaciones a su favor y a cargo de Tierra Mar Aire S.A. que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria con cargo al fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, en su condición de vocera y administradora del mismo, determinada mediante estimación efectuada por peritos, o la suma que el tribunal de arbitramento determine por este concepto”.

“Novena. En subsidio de la pretensión recogida bajo el numeral 8.2 de la pretensión octava precedente, solicito que se condene a Alianza Fiduciaria S.A. a pagar al Banco Davivienda S.A. la suma de dinero correspondiente a la actualización del valor de la condena pecuniaria proferida por el tribunal por concepto de daño emergente, con base en la variación registrada por el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, causada durante el período comprendido entre el 15 de diciembre de 1999 y la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o por el período que determine el tribunal de arbitramento y;”

“Décima. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocada”.

#### **b) Contestación y excepciones de la parte convocada.**

Frente a las pretensiones, la parte convocada se pronunció formulando, además de la genérica, las siguientes excepciones, que identificó como de mérito:

1. Falta de jurisdicción y competencia del tribunal de arbitramento.
2. Excepción de contrato cumplido.
3. Excepción de ausencia de nexo causal.

4. La culpa exclusiva de Delta Bolívar (hoy Davivienda).
5. Delta Bolívar (hoy Davivienda) se expuso imprudentemente al daño que dice haber sufrido.
6. Cualquier perjuicio sufrido por Davivienda tiene como causa la actuación desleal de Tierra Mar y Aire S.A.
7. Davivienda no se hizo parte en legal forma en la liquidación de Tierra Mar y Aire S.A.
8. Por razón de las culpas o incumplimientos de que se acusa a Alianza esta no está en mora.
9. Desistimiento de la acción ejecutiva contra el fideicomiso TMA II.
10. Prohibición legal y de autoridad competente para ejecutar el contrato de fiducia.
11. Prescripción.

#### **4. Pruebas practicadas.**

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones y excepciones, las partes aportaron varios documentos, solicitaron la recepción de testimonios, la práctica de experticios y la realización de una inspección judicial con exhibición de documentos. Por su parte el tribunal, de oficio, decretó algunas pruebas adicionales. Todas ellas obran en el expediente y fueron aportadas en los términos de las solicitudes formuladas por las partes y en atención a la disposición oficiosa del tribunal.

Según consta en el acta 7, que obra a folios 266 a 284 del cuaderno principal 1 del expediente, en audiencia que tuvo lugar el 25 de junio de 2003, el tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en la forma que se explica a continuación.

#### **A. Testimonios.**

El día 8 de julio de 2003 rindió testimonio la señora Beatriz Alexandra Villa. La correspondiente transcripción obra a folios 835 a 906 del cuaderno de pruebas 3.

El día 15 de julio de 2003 rindieron testimonio los señores Luis Alberto Camargo Puerto y Diana Zorro Sánchez, cuyas transcripciones respectivamente obran a folios 928 a 938 y 939 a 949 del cuaderno de pruebas 3.

El día 16 de julio de 2003 rindió la declaración de parte el señor Álvaro Arango Gutiérrez, en su calidad de representante legal de la sociedad Alianza. La correspondiente transcripción obra a folios 909 a 927 del cuaderno de pruebas 3.

El día 17 de julio de 2003 rindió testimonio el señor Roberto Holguín Fety. La correspondiente transcripción obra a folios 1236 a 1268 del cuaderno de pruebas 3.

El día 21 de julio de 2003 rindieron testimonio los señores María del Pilar Molina y Carlos René Hernández, cuyas transcripciones respectivamente obran a folios 1269 a 1291 y 1292 a 1314 del cuaderno de pruebas 3.

El día 2 de septiembre de 2003 rindió testimonio el señor Jorge Enrique Buitrago Alfaro. La correspondiente transcripción obra a folios 2233 a 2248 del cuaderno de pruebas 5.

#### **B. Documentales.**

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos enunciados en el acápite de pruebas documentales del escrito de demanda, aquellas enunciadas en la contestación de la demanda y los documentos aportados por algunos de los testigos, los allegados por las partes con motivo de las exhibiciones de documentos decretadas, así como los que se recaudaron en la inspección judicial.

#### **C. Dictámenes periciales.**

- a) Se recibió un dictamen pericial, rendido por la perito Martha Helena Orozco, practicado en los términos

solicitados por las partes, el cual fue precisado en la audiencia celebrada el 16 de julio de 2003, acta 10. El correspondiente dictamen fue presentado al tribunal el día 15 de septiembre del año 2003 y obra a folios 1317 a 1848 del cuaderno de pruebas 4 y 1849 a 2199 del cuaderno de pruebas 5.

Las partes convocante y convocada solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales, junto con las adiciones y precisiones que requirió el tribunal, fueron rendidas el día 24 de octubre del año 2003 en documento que obra a folios 2385 a 2531 del cuaderno de pruebas 6. La parte convocante formuló objeción por error grave, solicitando se decretara un nuevo dictamen pericial y requiriendo el nombramiento de otro perito para el caso.

Mediante auto 19 emitido en la audiencia celebrada el 24 de noviembre de 2003, el tribunal decretó la práctica de un nuevo dictamen pericial, nombrando al perito Eduardo Jiménez Ramírez para el efecto. El correspondiente dictamen fue entregado a tribunal el día 14 de enero de 2004 y obra a folios 2682 a 2790 del cuaderno de pruebas 7 y 2791 a 2867 del cuaderno de pruebas 8.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales, junto con las adiciones y precisiones que requirió el tribunal, fueron respectivamente rendidas el 28 de enero y el 23 de febrero del año 2004 en documento que obra a folios 3165 a 3409 del cuaderno de pruebas 10.

### **5. Alegatos de conclusión.**

Agotada la etapa probatoria, el 16 de marzo de 2004, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, ambas partes, por conducto de sus respectivos apoderados, expusieron oralmente sus alegatos finales, los cuales fueron resumidos en escritos que se allegaron al expediente y obran a folios 565 a 667 del cuaderno principal 2.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso, durante la cual las partes tuvieron amplia oportunidad de controvertir las pruebas y la posición de su adversario, en los términos de ley.

### **III. Presupuestos procesales**

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, es decir, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permitan proferir decisión de fondo.

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el tribunal que las partes en el presente proceso a saber, Banco Davivienda S.A., convocante y Alianza Fiduciaria S.A., convocada, son personas con capacidad para transigir, ambas como sociedad anónima. Igualmente se confirma que ambas han estado legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en la cláusula compromisoria contenida en el contrato de fiducia mercantil de garantía suscrito entre TMA y Alianza y tal como se expuso en el capítulo de antecedentes de este laudo, el tribunal se integró en debida forma, se instaló y en las oportunidades que establece la ley, las partes procedieron a consignar la totalidad de los gastos y honorarios del tribunal.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme con lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, este es de seis meses contados desde la primera audiencia de trámite, la cual se llevó a cabo el 25 de junio de 2003. Sin embargo, las partes solicitaron al tribunal dos suspensiones, la primera, por ocho días hábiles a saber, entre el 24 de septiembre y el 5 de octubre de 2003, para reiniciar el día hábil 6 de octubre de 2003. Tal solicitud fue concedida por el tribunal, como consta en auto 14 proferido el 23 de septiembre de 2003. Posteriormente, las partes solicitaron una segunda suspensión durante el período comprendido entre el 4 de diciembre de 2003 y el 13 de enero de 2004, es decir por 25 días hábiles, la cual fue también concedida, según consta en el auto 20 del 3 de diciembre de 2003. Comoquiera que la primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 25 de junio de 2003, teniendo en cuenta las anteriores suspensiones, el término de duración del tribunal habría vencido el 12 de febrero de 2004. Sin embargo, por solicitud expresa de los apoderados de las partes, quienes contaban con facultades para el efecto, dicho término fue posteriormente prorrogado hasta el 30 de marzo de 2004, según consta en auto 23 del 21 de enero de 2004. Posteriormente las partes solicitaron una nueva prórroga hasta el

30 de abril de 2004, solicitud que el tribunal aceptó mediante auto 30 proferido el 2 de marzo de 2004. Por tanto, la emisión del laudo en el día de hoy es oportuna.

#### **IV Consideraciones del tribunal**

##### **1. Competencia del tribunal.**

Procede en primera instancia el tribunal a pronunciarse sobre su competencia, tema que se absolvió en desarrollo de la primera audiencia de trámite, pero al cual ha de referirse en esta oportunidad por haber sido expuesto como excepción de mérito por la parte convocada. El argumento expuesto se centra en la afirmación de que la parte convocante no es parte del contrato de fiducia en garantía suscrito entre la Sociedad Tierra Mar y Aire S.A. y la parte convocada el 2 de junio de 1993.

Dicho contrato previó en su cláusula primera lo siguiente:

“Este es un contrato de fiducia mercantil que se rige por el Código de Comercio, especialmente por los artículos 1226 a 1244, y cuya finalidad exclusiva es que el patrimonio autónomo que se constituye y que se describe más adelante, sirva de garantía frente a los beneficiarios, por los créditos que le suministren en forma directa al fideicomitente o que le otorguen directamente al patrimonio autónomo”.

Es evidente a todas luces que el citado contrato, en el momento de su otorgamiento, no fue suscrito por la parte convocante, ni por sus antecesores en la posición contractual, ni por ningún otro de los beneficiarios. Sin embargo tal circunstancia no permite que se contemple a la sociedad convocante como un tercero respecto del contrato y que en tal virtud se le niegue la condición de parte en el contrato como se explica a continuación.

En efecto, la definición del contrato de fiducia contenida en el artículo 1226 del Código de Comercio, a la letra dice:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario quien se obliga a enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario (...)”.

La definición transcrita permite concluir que en este tipo de contrato además del fiduciante y del fiduciario, participa el beneficiario, que es aquel en cuyo provecho se cumple la finalidad determinada por el primero. El beneficiario o fideicomisario, tiene entonces la calidad de acreedor, lo que le genera una serie de derechos y obligaciones, que, por demás, como se expondrá más adelante, han sido expresamente reconocidos en el contrato de fiducia en garantía.

Resulta evidente a todas luces que en el momento en que se suscribe el contrato de fiducia las partes intervinientes son solo el fiduciante y el fiduciario. Sin embargo, quienes en un principio lo suscriben, contractualmente han previsto el posterior ingreso de una parte adicional, el beneficiario, pues han radicado en cabeza suya una serie de derechos y obligaciones, que como es obvio, solo serán efectivos una vez el beneficiario adhiera al contrato.

Es este un típico caso del contrato por otro o contrato para otro, concepto al que, en auto de fecha 8 de julio de 1999, se refirió el tribunal de arbitramento de Basf Química Colombiana y otros v. Fiduciaria Anglo S.A. haciendo las siguientes precisiones:

“Estas figuras, la estipulación para otro, la estipulación por otro y el contrato por otro, tienen, pues, un claro rasgo en común, y es que un tercero que al momento de la celebración del contrato era ajeno al mismo, cambia de posición jurídica al aceptar la estipulación o el contrato”.

Ahora bien, es claro para el tribunal que el contrato de fiducia en garantía no tendría razón de ser sin la existencia del beneficiario, pues es en su provecho, como lo ha establecido la ley, que se realizan los actos de transferir una serie de bienes y de determinar una finalidad.

Las anteriores consideraciones teóricas tuvieron aplicación en el contrato de fiducia que motivó la convocatoria de

este tribunal de arbitramento. En efecto, tal como se analizó en el momento en que el tribunal determinó su competencia para dirimir el conflicto que le fue sometido, el contrato denominado 1643-0367 TMA II, además de establecer como finalidad exclusiva que el patrimonio autónomo había de servir de garantía frente a los beneficiarios por los créditos que le suministraran al fideicomitente, reconoce la condición de parte del beneficiario. En efecto, en el párrafo de la cláusula primera, radicó en cabeza del beneficiario la facultad de ceder el contrato, y en este particular aparte del texto contractual, lo identifica en forma precisa como “parte”. Dice el párrafo en mención:

“La parte beneficiaria podrá ceder en todo o en parte el presente contrato (...)”.

Es evidente que solo quien es parte en un contrato tiene la facultad de cederlo. No obstante haber identificado al beneficiario como parte en este párrafo, el contrato fue aún más allá, y en su cláusula quinta titulada “Obligaciones y derechos de las partes” nuevamente incluye, en su numeral segundo, los “derechos del beneficiario”, derechos que se entiende, son derivados del contrato que motiva este trámite arbitral y hacen referencia, entre otros, al derecho a recibir las rentas o bienes del fideicomiso, exigir el cumplimiento de las obligaciones del fiduciario, impugnar los actos anulables del fiduciario, exigir rendición de cuentas del fiduciario, exigir responsabilidades del fiduciario etc. Esta previsión contractual constituye un nuevo reconocimiento expreso de la calidad de parte que, en virtud del contrato mismo, ostenta el beneficiario.

Sin embargo, tal como se ha expuesto, las anteriores previsiones del contrato por sí solas no serían suficientes para que el beneficiario sea considerado parte en el contrato. Se requiere entonces de su vinculación. Al respecto se refirió el auto de fecha 8 de julio de 1999, del citado tribunal de arbitramento, en los siguientes términos:

“Hay situaciones en las cuales, y es el caso de autos, al momento de celebrarse el contrato, ese tercero beneficiario no está determinado ni es determinable sin una nueva expresión de voluntad. La posición jurídica del beneficiario dentro del contrato y sus derechos y obligaciones contractuales se encuentran allí definidos, pero para incorporarse al contrato y convertirse en parte del mismo es necesario que el tercero sea previamente invitado a ingresar y que este acepte la invitación. Ese proceso de oferta y aceptación, no la simple estipulación original, es lo que determina su ingreso”.

En el caso *sub examine* esta adhesión se materializó mediante un pronunciamiento expreso de la sociedad convocante, que se da por cierto, a solicitud de la parte convocada. En efecto, mediante comunicación de fecha 16 de julio de 2002, (fl. 140 del cdno. de pbas. 1), la sociedad convocada requirió a la convocante “ratificar mediante comunicación escrita su intención de aceptar los derechos que le están siendo cedidos por Trámites y Cobranzas S.A., así como el conocimiento y aceptación del estado del fideicomiso 1643-0367 TMA y de los bienes que lo conforman”.

Tales derechos fueron cedidos a la sociedad convocante por parte de Trámites y Cobranzas S.A., según consta en el contrato de cesión de crédito de fecha 8 de mayo de 2002, (fl. 137 del cdno. de pbas. 1), contrato que en el numeral segundo de la cláusula primera, previó que la cesión abarcaba “todos los derechos como beneficiario del fideicomiso 1643-0367 TMA II donde su vocera es Alianza Fiduciaria S.A.”.

Ante tal solicitud, la parte convocante, en comunicación escrita de fecha 14 de agosto de 2002, dirigida a la Sociedad Fiduciaria Alianza S.A., declaró que “(...) asumimos el crédito y los bienes cedidos en el estado en que se encuentran, **con todos los derechos facultades y prerrogativas del cedente** inherentes a los mismos.” En tal declaración, como se evidencia, no se hizo reserva alguna, con lo cual se entiende que hubo una adhesión expresa al contrato de fiducia, y por ende a la cláusula compromisoria allí contenida.

De lo expuesto resulta claro para el tribunal que la sociedad convocante es parte en el contrato de fiducia que nos ocupa y por ende que resulta jurídicamente válida la convocatoria que formuló, toda vez que, en su condición de parte, se encuentra cobijada por la cláusula compromisoria pactada, y por demás, tal cláusula le impone una jurisdicción de la que no puede sustraerse.

## **2. El contrato celebrado entre las partes.**

El contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía celebrado el 2 de junio de 1993, entre Alianza y TMA,

denominado fideicomiso 1643-0367 T.M.A.II, se encuentra plenamente establecido en el acervo probatorio (fl. 1 a 8 del cdno. de pbas. 1) y las partes aceptan su existencia y validez directamente o por medio de sus representantes, según consta en documentos, declaraciones y testimonios recogidos en el expediente (fls. 3 y 68 del cdno. de pbas. 1).

### **3. Obligaciones de medio y de resultado derivadas de los contratos de fiducia.**

El tribunal ha de ocuparse en primer término de los efectos que sobre la responsabilidad civil contractual del fiduciario resultan de la clasificación tripartita de la culpa, siendo como se encuentra definido en el Estatuto Mercantil (art. 1243) que: “El fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”. Para ello es indispensable enmarcarse, además, en la clasificación doctrinaria sobre responsabilidad de medio y de resultado, suficientemente desarrollada en la jurisprudencia y la doctrina, así como en los efectos que sobre las pruebas resultan determinantes para cada una de estas.

Ante un evento de incumplimiento, en las obligaciones de medio se establece la responsabilidad a partir de la prueba de la culpa, mientras que en las de resultado esta se presume y solo se libera el deudor si su conducta se encuentra excusada por fuerza mayor o caso fortuito. Y es relevante tal distinción, ante la connotación que para el fiduciario tiene su actividad, sea en los fideicomisos de inversión en los cuales por su naturaleza no puede comprometerse con el resultado, o en los fideicomisos de administración —dentro de los que se enmarca la materia objeto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía celebrado el 2 de junio de 1993 entre Alianza y TMA— respecto de los que no ha sido tan clara la definición doctrinaria, ni consecuente la orientación de la ley contenida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 29, numeral 3°.

Con suficiente fundamento la jurisprudencia arbitral ha destacado este vacío, que surge principalmente de la prohibición a la que en principio se encuentra sometido el fiduciario para comprometerse con obligaciones de resultado. Algunos doctrinantes interpretan que dicha limitación en principio aplica solamente a la fiducia de inversión y a aquellas que tengan finalidad similar, posición reiterada en múltiples fallos jurisprudenciales.

En efecto, la jurisprudencia arbitral se ha ocupado del tema con profundidad, acotando los elementos que han de tenerse en cuenta para determinar cuando se está ante obligaciones de medio o ante obligaciones de resultado. Se dispuso en el laudo proferido en el trámite arbitral de *Ecopetrol v. Stewart & Stevenson Operations Inc.* del 28 de enero del 2000<sup>(1)</sup>, lo siguiente:

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

Por su parte, el tratadista Guillermo Ospina Fernández, citado por el apoderado del convocante en su alegato de conclusión, precisa el alcance de las obligaciones de medio y de resultado, en los siguientes términos:

“Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza. Tal es la del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de este, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel. La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así como pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato”<sup>(2)</sup>.

Estos conceptos fueron objeto de posterior precisión en el laudo arbitral proferido dentro del arbitramento de

Inurbe contra Fiducor S.A., del 29 de septiembre de 1998, cuando se expone:

“Así, el criterio más seguro para distinguir cuándo la obligación de un profesional es una obligación de medio o es una obligación de resultado, consiste en determinar el carácter aleatorio o no vinculado al resultado de la obligación, de modo que cuando el resultado buscado por las partes con la celebración del contrato puede, razonablemente, alcanzarse mediante la utilización normal de los medios de que dispone o debe disponer el profesional, este adquiriría una obligación de resultado”.

Por otra parte, en el citado laudo de Ecopetrol, al cual se hizo referencia anteriormente, se citó al profesor Antonio Rocha, quien en su obra “De la prueba en derecho” se refirió a la teoría de la responsabilidad contractual basada en la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, teoría formulada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 31 de mayo de 1938, en los siguientes términos:

“En las obligaciones de resultado, el mero incumplimiento equivale a la culpa o es la misma culpa, por lo cual el papel del juez es sencillo, debido a que no tiene que analizar la conducta del deudor, puesto que la responsabilidad resulta del mero incumplimiento. Probado por el acreedor el derecho y afirmado (afirmación sin prueba) el incumplimiento, el deudor no se exime de responsabilidad sino demostrando el caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable”<sup>(3)</sup>.

Observa el tribunal que en el caso objeto de la presente litis, Alianza, de manera explícita, se comprometió mediante el contrato de fiducia en garantía celebrado el 2 de junio de 1993: a constituir un patrimonio autónomo con facturas cambiarias de compraventa producto de las operaciones mercantiles realizadas por TMA, con sus propios clientes, así como con el producto de las mismas; a efectuar su cobranza directamente o a través de TMA; a mantener los bienes fideicomitidos separados de los propios y de los que conforman otros negocios fiduciarios; en caso de mora, a contratar el recaudo de los títulos; a solicitar los estados financieros del fideicomitente; a llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos; a realizar los actos para cumplir el objeto del contrato y, a rendir cuentas comprobadas de su gestión, cada seis meses calendario, entre otras<sup>(4)</sup>.

Resulta evidente que las actividades antes relacionadas corresponden a las típicas de una fiducia en garantía. Estas, por expresa indicación del regulador bancario, son propias de las fiducias de administración, en las que el fiduciario alcanza su finalidad dependiendo del buen ejercicio de su experiencia profesional. Tal premisa fue sentada en el laudo proferido dentro del tribunal de arbitramento de beneficencia de Cundinamarca contra Banco Central Hipotecario y Fiduciaria Central S.A., de fecha 31 de julio de 2000, providencia que fundamenta su argumentación en dicho elemento, sobre el cual este tribunal profundizará en el caso concreto, aceptando que de suyo el fiduciario enmarca su actividad en un ejercicio especializado con características propias, que según lo precisó el laudo en mención, corresponden a las siguientes:

“[...] en primer lugar, el profesional ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular, de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores y usuarios profanos en su materia. El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva”<sup>(5)</sup>.

Advierte el tribunal que la responsabilidad de medio es más exigente que la de resultado y aplica a los profesionales cuando se comprometen con obligaciones, incluidas las que se derivan de contratos de prestación de servicios, en los que se demanda una atención particularmente cuidadosa. A las actividades fiduciarias se les predicen todos los planteamientos que han sido expuestos anteriormente y les son aplicables en atención a los especialísimos deberes que caracterizan sus compromisos, todos ellos enmarcados en la confianza que es la esencia de su actividad y que confluye a poner todo su empeño en orden a conseguir la finalidad determinada a la que se refiere el artículo 1234 del Código de Comercio. Ahora, si bien el fiduciario, en desarrollo de las obligaciones de medio que asume, no puede garantizar que el valor de los activos sea suficiente para servir el pago de los créditos garantizados, sí le corresponde desplegar todo su juicio y experiencia para atender las obligaciones instrumentales

contraídas.

Esta circunstancia reafirma que al fiduciario no se le tolera la ineficacia o la tardanza en lo que hace a las actividades necesarias para alcanzar la finalidad, en la medida en que razonablemente ha debido cumplir, dado que la responsabilidad de medio no equivale a irresponsabilidad según lo anteriormente dicho. Por el contrario, los deberes profesionales a cargo del fiduciario son diferenciadores de este con otro tipo de entes que actúan en el campo de los negocios.

En consecuencia, sin ninguna duda, en los contratos de fiducia este tipo de actividades a cargo del fiduciario, conjuga como obligaciones de medio, lo que se confirma también en los contratos de fiducia en garantía, en los cuales va implícita el alea de lograr una fuente de pago efectiva. Lo dicho implica que los deberes del fiduciario han de traducirse en acciones para cumplir esa finalidad, acciones que no pueden eludirse o retardarse por simple negligencia, pues ello generaría que los contratos fiduciarios pierdan la seguridad y eficacia que los agentes de mercado les han reconocido y la jurisprudencia y la doctrina han confirmado.

En este orden de ideas y como conclusión de lo expuesto, de acuerdo con la normativa que aplica para la determinación de la responsabilidad del profesional en virtud del incumplimiento de obligaciones de medio, la culpa no se presume, lo que implica que debe ser probada por el acreedor.

A título meramente ilustrativo, el médico o el abogado asumen indiscutiblemente obligaciones de medio, en tanto que, si bien no pueden garantizar el éxito de su gestión, sí son responsables por ciertas actividades que se convierten en finalísticas para la obtención del resultado, lo que depende de su buen juicio y de la eficacia y eficiencia con que las cumplan. En efecto, el médico es responsable por la oportunidad de los exámenes que debe ordenar a su paciente y el abogado por no dejar vencer los términos de los procesos encomendados.

Conviene también resaltar la apreciación que se trae en el laudo del 31 de julio de 2000, antes mencionado, en materia de los deberes de los profesionales, en el sentido que estos no han de ser extraordinarios, posición que comparte este tribunal. El fallo referido señala:

“Ahora bien, en cuanto al modelo o patrón de conducta que debe utilizarse, del cual depende el grado de diligencia exigible en cada caso al deudor profesional, ha de decirse que, en nuestro derecho, los puntos de referencia que señala el legislador no son nunca excesivos, ni particularmente rigurosos, ni requieren de actitudes extremas. Por eso no puede decirse que se exija una extraordinaria pericia, prudencia y diligencia; ni un especialísimo nivel de acuciosidad; ni una absoluta y ejemplar dedicación, pues deudores que sean dechado de virtudes y paradigma de la sociedad se encuentran con gran dificultad y son más escasos aún en el agitado mundo de los negocios mercantiles. Por eso nuestro régimen jurídico busca al hombre medio, al que actúa con un cuidado ordinario o usual, sin imponer prototipos abstractos de difícil imitación. Es por esto que en nuestro ordenamiento —con excepción de los casos en que el acreedor no deriva ninguna ventaja del contrato, por ejemplo en el depósito civil— la regla general es que en los contratos bilaterales el deudor responde hasta la culpa leve, lo que significa que no se exige un cuidado o previsibilidad extraordinarios, o en grado sumo, sino una conducta corrientemente o normalmente prudente”<sup>(6)</sup>.

Definido el fundamento sustantivo en la materia de naturaleza de las obligaciones del fiduciario, que como se ha dicho son de medio, el tribunal considerará los argumentos de las partes, para determinar si Alianza actuó con la diligencia exigida a este tipo de profesionales o, si por el contrario, incurrió en omisiones de tal naturaleza que la ubiquen dentro conductas culposas que puedan afectar su responsabilidad, en los términos establecidos en el Código de Comercio, para lo cual ha de revisar el acervo probatorio en orden a determinar la forma como realizó su gestión.

Precisa también advertir el tribunal que el contrato de fiducia objeto de análisis en la presente litis se orienta precisamente a la consecución de la finalidad definida por las partes, cual es la de conformar una garantía y servir de fuente de pago de las acreencias registradas en el fideicomiso, conforme se estableció en la cláusula primera del contrato de junio de 1993 (fl. 1 del cdno. de pbas. 1). En este sentido, las obligaciones que adquirió la fiduciaria para conseguir el fin propuesto son de medio. Al mismo tiempo, se definieron en el mencionado contrato una serie de obligaciones instrumentales a cargo de Alianza, necesarias para conseguir la finalidad antes mencionada, de

cuya profesional realización dependía la suerte del contrato.

En este orden de ideas, el tribunal determinará si la convocante como parte acreedora logró demostrar que la deudora incumplió con sus obligaciones contractuales y legales, es decir, si Alianza, con su conducta dejó de actuar en forma razonable, esto es, de manera prudente y diligente, como corresponde a un buen profesional o lo que es lo mismo, a un buen hombre de negocios en los términos de la Ley 222 de 1995<sup>(7)</sup>.

#### **4. Indelegabilidad de los deberes del fiduciario.**

El contrato de fiducia mercantil de garantía, celebrado el 2 de junio de 1993 entre Alianza y TMA, al cual Delta Bolívar adhirió en condición de beneficiario y cuya finalidad fue definida en el mismo instrumento determinándose que el patrimonio autónomo que se constituía había de servir de garantía frente a los beneficiarios “por los créditos que le suministren en forma directa al fideicomitente o que le otorguen directamente al patrimonio autónomo”.

Los contratos fiduciarios según se desprende del Estatuto Mercantil (D. L. 410/71) deben constar por escrito y sus cláusulas pueden ser acordadas libremente por las partes, salvo en los de adhesión o en aquellos que correspondan a negocios masivos, sobre los cuales la <sup>(\*)</sup> Superintendencia Bancaria tiene la facultad de autorizar sus modelos o formatos.

La fiducia mercantil como contrato típico se encuentra regulado en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio. Se entiende por tal, el negocio jurídico en virtud del cual el fideicomitente transfiere uno o más bienes al fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario. A su vez, el artículo 1233 de dicha normativa establece que, “para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo” (Se resalta).

Por su parte, la <sup>(\*)</sup> Superintendencia Bancaria se refiere a los negocios fiduciarios como actos de confianza, en virtud de los cuales, si hay transferencia de la propiedad, se está ante la denominada fiducia mercantil y en ello radica su diferencia con el encargo fiduciario, en el que solo se da una mera tenencia, definida en el artículo 775 del Código Civil como aquella que se ejerce sobre una cosa, “en lugar o a nombre del dueño”.

Como consecuencia de las definiciones anotadas, cabe resaltar algunos atributos del contrato de fiducia mercantil que corresponden a su naturaleza, como es la calidad que debe tener el fiduciario, cuya actividad se autoriza por el Superintendente Bancario y se reserva a sociedades con objeto exclusivo. Esta calidad implica una profesionalidad que ha de ser reconocida por el Estado y que se encuentra definida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, referida a la cualidad de la persona que ejerce su actividad con relevante capacidad y aplicación.

Es elemento diferenciador de este tipo de negocio jurídico, como ya se expresó, la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la finalidad establecida por las partes, cuya principal característica radica en la transferencia del dominio del bien fideicomitado por parte del fideicomitente y la separación absoluta con los activos del fiduciario y con los del fideicomitente, con la consiguiente seguridad para las partes. Por esta razón, los activos que conforman el patrimonio autónomo, no pueden confundirse con los del fideicomitente, ni con los del fiduciario, ni ser perseguidos por acreedores distintos a los del propio patrimonio. Además, deben estar afectos únicamente a los fines de la fiducia, según se establece en el citado artículo 1233 del Código de Comercio. El patrimonio autónomo, elemento de la esencia del contrato de fiducia mercantil, debe preservarse en su constitución y en el desarrollo del negocio de que se trate, a efectos de asegurar la finalidad buscada por los intervinientes, incluidos los beneficiarios, como parte que son del contrato de fiducia.

En el caso que nos ocupa, las partes determinaron en la cláusula segunda del contrato de fiducia mercantil, el tipo de activos que constituirían el patrimonio autónomo, los que se restringieron a títulos valores (facturas cambiarias) y a dinero en efectivo. De este modo, para cumplir la finalidad de garantía de los créditos otorgados por los beneficiarios al fideicomitente o al fideicomiso y siendo como era fuente de pago para cancelar esos créditos, el patrimonio autónomo debía tener en su poder, en todo tiempo, facturas cambiarias vigentes y endosadas o el dinero

proveniente de su recaudo.

En efecto, a los beneficiarios les fue ofrecida una garantía fiduciaria sobre las facturas transferidas por el fideicomitente para la conformación de un patrimonio autónomo. De manera que si el fideicomitente como obligado principal, o el fideicomiso como deudor solidario que era, incumplían, la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo tendría los fondos provenientes del recaudo de las facturas o las facturas mismas, con los cuales debía cancelar las obligaciones registradas como garantizadas. Y en ese escenario, el riesgo que los beneficiarios estaban dispuestos a asumir sobre la garantía fiduciaria era el de crédito, derivado de la calidad de las facturas. El contrato de fiducia imponía expresamente estas condiciones, al establecer que: (i) el valor de las facturas vigentes (no vencidas) debía ser cuando menos el 130% del valor de los créditos respaldados por el fideicomiso; (ii) el fideicomitente debía garantizar a la fiduciaria el debido recaudo de la cartera transferida en propiedad al patrimonio autónomo y (iii) la fiduciaria podía negarse a recibir títulos valores que provinieran de deudores que hubiesen presentado mora en cualquier oportunidad en el pago de sus obligaciones.

Igualmente, resulta importante resaltar que en el numeral 1° del párrafo primero de la cláusula tercera del contrato tantas veces mencionado, se previó la forma de llevar a cabo la cobranza de las facturas, señalando en forma expresa que: **“el fideicomitente deberá cobrar las facturas entregadas en los días indicados en cada título valor”**. Con ello delegó entonces en TMA tal actividad, mediante un mandato restringido que apuntaba a reconocer que la cobranza se haría dentro del plazo estipulado en cada título valor.

De otro lado, el propio contrato de fiducia, en el literal a) numeral 1.1 de la cláusula quinta, consagró una obligación a cargo del fideicomitente, con la pretensión de proteger el patrimonio autónomo contra la insolvencia de los deudores originados en las facturas fideicomitidas. En virtud de tal obligación, TMA debía responder por las facturas impagadas, dentro del plazo y bajo las condiciones allí pactadas, garantizando así la totalidad del debido recaudo.

El mecanismo de cobranza en cabeza del fideicomitente que autorizó el contrato de fiducia mercantil, se desarrolló mediante un **“contrato para la prestación de servicios para cobranzas”** suscrito el 2 de junio de 1993 entre Alianza, actuando como vocera del patrimonio autónomo y TMA (fls. 9 a 11 del cdno. de pbas. 1). Aprecia el tribunal que las actividades delegadas a TMA por parte de Alianza fueron más allá de lo previsto en el referido contrato de fiducia mercantil, en tanto que en la cláusula segunda del citado contrato de prestación de servicios para cobranzas, se autorizó a TMA para **“remitir a Alianza el valor de las obligaciones a cargo de cada uno de los deudores dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo del pagaré (sic)...”**.

Parte de la base el tribunal que cuando el citado contrato establece que se deberá efectuar la cobranza y “remitir a Alianza el valor de las obligaciones a cargo de cada uno de los deudores”, se refiere al producto de las facturas fideicomitidas y no necesariamente a pagarés como equivocadamente se establece, por no ser estos los activos previstos para hacer parte del patrimonio autónomo.

Ahora bien, en ninguna cláusula del contrato de prestación de servicios de cobranzas, se exige que el recaudo a cargo de TMA se satisficiera con la consignación de las sumas recaudadas en cuentas abiertas a nombre del patrimonio autónomo, en el mismo momento de la cancelación por parte del obligado de las facturas, como se ha debido establecer. Por el contrario, el hecho de permitir contractualmente Alianza que las sumas quedaran en poder del fideicomitente TMA, por 5 días hábiles (en este caso actuando como mandatario para el recaudo), implicó que los recursos se desviarán de su destino contractual que era el patrimonio autónomo, con los riesgos e inseguridades que ello conllevaba y que el tribunal concretará más adelante.

A este respecto es pertinente recavar sobre el contenido de la instrucción impartida por la (\*) Superintendencia Bancaria cuando califica como inequitativas e ilegales las cláusulas de los contratos fiduciarios en las que se prevea la posibilidad de que la gestión encomendada al fiduciario sea delegada en otra persona, sustituyéndose así como obligado, con la salvedad de actividades que por su especialidad requieran de la participación de expertos, lo que fue consagrado en el literal e) numeral 1.4 del capítulo primero del título quinto de la Circular Básica Jurídica 7 de 1996. La citada normativa fue expedida con posterioridad a la constitución del fideicomiso objeto de examen. No obstante y dado que la precisión de la superintendencia desarrolla un principio de las obligaciones del fiduciario incluido en el ordenamiento mercantil (C. Co., art. 1234), esta restricción resulta aplicable al contrato

objeto de la presente litis.

Volviendo al caso en examen, considera el tribunal que no puede dejarse de lado que, para efectos del recaudo de títulos valores lo usual es que los deudores —como sucede en la práctica comercial— consignen en cuentas bancarias o paguen en dinero en efectivo; por lo tanto, lo correcto habría sido que la recepción de los recursos materia de la cobranza de las facturas se hubiese materializado en cuentas del fideicomiso. Esta precaución no se tomó por parte de Alianza. Muy por el contrario, TMA estaba facultada contractualmente por aquella para recibir directamente los recursos y mantenerlos a su disposición durante cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo del título o de los instalamentos pactados en ellos. Con lo anterior se generó la consiguiente permisibilidad para que estos recursos se administraran en cuentas del propio fideicomitente.

Esta facultad inadecuadamente se concedió desde que se celebró el contrato de prestación de servicio para cobranzas y con ella se generó una exposición a un riesgo inadmisibles para este tipo de garantía y en todo caso previsible en lo que finalmente afectó su seguridad, en virtud de posibilitar con dicho mecanismo, la confusión de los activos afectos al patrimonio autónomo con los bienes propios del fideicomitente. Tal confusión generó la posibilidad de disposición y aún la falta de entrega de los recursos por parte del mandatario, en este caso TMA, como en efecto ocurrió. Esta circunstancia quedó acreditada mediante la comunicación dirigida por Alianza a Delta Bolívar el 16 de marzo de 2000 (fls. 48 y 49 del cdno. de pbas. 1), en la que se hace referencia a aquella que fuera enviada por TMA a Alianza para informar que no haría entrega de los recursos provenientes de facturas recaudadas.

Advierte el tribunal que Alianza mantuvo este inaceptable sistema hasta el 14 de marzo de 2002, según lo confiesa el apoderado de la convocada. En tal fecha, ante la ocurrencia del siniestro, dio por terminado el contrato de prestación de servicios para cobranza con TMA. La circunstancia de haber tomado esta decisión solo en el momento en que TMA desvió los fondos, confirma lo inadecuado del procedimiento que se había construido desde el inicio del fideicomiso (fls. 582 y 583 del cdno. de pbas. 2).

El dinero es un bien fungible por naturaleza, (C.Co., art. 663) de tal manera que ingresa al patrimonio del que lo recibe. En el caso que nos ocupa, no puede desconocerse que el ingreso del dinero, respecto de TMA en su condición de mandatario para el recaudo, generó un efecto de unidad de caja con el dinero que era de su propiedad, con los resultados negativos sobre la debida independencia que deben mantener los bienes fideicomitados en la fiducia mercantil, conforme se dispone en el artículo 1233 del Código de Comercio.

Como es reconocido, otro de los deberes indelegables del fiduciario es proteger y defender los bienes fideicomitados, inclusive contra actos del constituyente (C.Co., art. 1234, num. 4º), previsión que por tener sustento legal no necesita consagrarse de manera expresa en los contratos fiduciarios. Por su lado y dado que de la fiducia se desprende la obligación profesional de actuar en forma leal y prudente, el deber de gestión del fiduciario respecto de los bienes fideicomitados se extiende durante toda la vida de los contratos, vale decir desde su preparación, celebración, desarrollo, ejecución y aun para la época de la restitución de los bienes del fideicomiso, lo que resulta indispensable para garantizar que se cumpla con la finalidad establecida en el correspondiente contrato.

Se encuentra debidamente probado que Alianza incumplió el requisito legal y contractual de proteger los bienes del fideicomiso, desde el mismo momento en el que pactó un mecanismo para el recaudo de los títulos valores fideicomitados, que dejaba a TMA en capacidad de disponer de los recursos recaudados. Con ello se obstruyó por voluntad de estas dos partes la separación de los bienes que integran el activo del patrimonio autónomo al permitir que, así fuera por cinco (5) días hábiles, los recursos estuvieran en poder del fideicomitente quien, además, según consta en el expediente (fls. 2018 a 2199 del cdno. de pbas. 5) estaba en situación financiera precaria de tiempo atrás, circunstancia que le era posible conocer a la fiduciaria directamente, toda vez que el contrato le facultaba para solicitar los estados financieros del fideicomitente en cualquier momento (num. 11, par. primero de la cláusula tercera del contrato).

En consecuencia de todo lo expresado y aun cuando no se aportaron al expediente documentos que hubiesen aclarado las circunstancias que acompañaron la etapa precontractual, lo que hubiera facilitado el análisis, resulta evidente para el tribunal que de las actuaciones de la fiduciaria precisadas en el presente aparte, se deduce que esta

incumplió la obligación legal de proteger el activo fideicomitido. En efecto, la indebida delegación de la fiduciaria a TMA para la operación de recaudo, hizo nugatoria, en primer lugar, la previsión de integrar inicialmente el fideicomiso con títulos valores por \$ 931.000.000, como en efecto se había establecido en la cláusula segunda del contrato fiduciario, según la cual se recibieron a satisfacción por la fiduciaria facturas por la suma indicada (fl. 2 del cdno. de pbas. 1), cláusula segunda del contrato fiduciario. La figura contractual definida por Alianza no preservó el activo fideicomitido en las condiciones de seguridad previstas en la ley y en el contrato.

Así mismo, no aparece en el expediente ningún sustento que permita establecer que los acreedores garantizados fueron informados sobre esta modalidad de operación de recaudo autorizada por Alianza. Ha de concluirse, entonces, que la fiduciaria asumió la responsabilidad de ampliar el procedimiento indicado en el contrato fiduciario, con prescindencia de la opinión de dichos beneficiarios, lo que implica que al exceder los límites que se establecieron en el fideicomiso para los efectos de la constitución y conservación del patrimonio autónomo, Alianza debe responder por las circunstancias en las que permitió a TMA mantener en su haber recursos del fideicomiso.

En el alegato de conclusión el apoderado de la convocada se extiende en argumentos para tratar de demostrar que Delta Bolívar (hoy Davivienda) había sido informada suficientemente, al igual que los demás acreedores garantizados, sobre el mecanismo de recaudo implementado en el contrato de prestación de servicios para cobranzas. Aduce el apoderado de Alianza que el precitado mecanismo, que él mismo califica de adecuado, “[Era una] especie de fondo de facturas generado en el patrimonio autónomo y que regularmente se iban reemplazando por TMA” (fl. 634 del cdno. ppal. 2).

En concreto, en el citado alegato de conclusión se transcribe la comunicación del director financiero de TMA, del 19 de mayo de 1993, dirigida a Alianza, en la que se ofrece a la fiduciaria un convenio para el manejo de facturas que, según el firmante, toma como referencia uno previamente convenido con Delta Bolívar. Con lo anterior, pretende la convocada insinuar que Delta Bolívar conocía desde el inicio del contrato el procedimiento definido entre TMA y Alianza para el recaudo y entrega de los recursos del fideicomiso. Expresa la citada comunicación:

“Igualmente y para el cumplimiento de los requisitos exigidos por la parte financiera Delta Bolívar para la negociación se han colocado los sellos “original” y “factura cambiaria de compra-venta” en el frente de la misma y en el reverso el sello de endoso así como la firma del representante legal de Tierra Mar y Aire”.

“Como puede darse cuenta estamos en posibilidad de garantizar que la facturación cumpla con los requisitos legales exigidos, igualmente para la negociación con ustedes, podremos efectuar el manejo de las facturas en las mismas condiciones que con Delta Bolívar o si es del caso efectuar las modificaciones que consideren”.

No encuentra el tribunal que la aseveración de la parte convocada, ni la comunicación reseñada, constituyan fundamento para determinar que la decisión que tomó Alianza para el recaudo de facturas y la autorización para remitir los recursos dentro del plazo establecido en el contrato de 2 de junio del 93, hubiese sido compartida con la parte convocante. De la lectura de esta comunicación citada queda claro que lo presuntamente acordado con Delta Bolívar, era el mecanismo propio de la instrumentación de facturas cambiarias, más no el mecanismo de recaudo.

De allí que el tribunal al examinar este cargo, al igual que los argumentos de Alianza en orden a tratar de refutarlo, considera que es indiscutible la responsabilidad que le cabe a quien indebidamente se desprendió de una gestión que nunca debió haber delegado, por que la ley no se lo permitía. Así lo enfatiza el Superintendente Bancario cuando expresa, refiriéndose a los deberes del fiduciario, que: “en la ley se le exige a aquel (se refiere al fiduciario) la especialidad y profesionalidad que permita confiar en su preparación y experiencia; y ello explica por qué la gestión encomendada y los deberes inherentes a su labor son indelegables, tal como se dispone imperativamente en el artículo 1234 del Código de Comercio”<sup>(8)</sup>.

El tribunal no puede aceptar como eximente de la responsabilidad, como lo pretende Alianza, los efectos del incumplimiento de un contrato de mandato por parte de TMA, contrato en el cual se desconocieron las reglas establecidas por el propio constituyente en el contrato de fiducia del 2 de junio de 1993. Tal contrato de mandato en lo atinente a las obligaciones del fiduciario fue celebrado por fuera del marco regulatorio, artículo 1234 del Código de Comercio, que establece que este debe (i) actuar con diligencia para conseguir la finalidad establecida

en el contrato fiduciario; (ii) preservar la separación de los bienes fideicomitidos y (iii) defender los intereses del fideicomiso, aun ante actos del propio constituyente, entre otros.

El mecanismo de recaudo que la fiduciaria escogió y acordó con el fideicomitente, no resultó jurídica ni operativamente adecuado para cumplir la finalidad del fideicomiso, en tanto que expuso al patrimonio autónomo a un riesgo frente al fideicomitente, que precisamente era el que los beneficiarios pretendían cubrir, y para eso les fue ofrecida y aceptaron la garantía fiduciaria, cuando con esta se han debido independizar los recursos provenientes de la cartera de TMA, para ser trasladados al patrimonio autónomo, para su administración y control por parte de la entidad fiduciaria.

A manera de conclusión, resulta claro para el tribunal que el contrato de fiducia mercantil de garantía, fue estructurado indebidamente por parte de Alianza, por cuanto se desvirtuó la constitución del patrimonio autónomo, esencial al negocio fiduciario.

## **5. Deber de protección y control de los activos fideicomitidos.**

Respecto de la suerte que sufrió el activo fideicomitado, en la pretensión tercera de la demanda arbitral la convocante califica la actuación de la fiduciaria como culposa en el manejo del fideicomiso “al no haber hecho un adecuado seguimiento y control de los activos radicados en el patrimonio autónomo, lo cual dio lugar a la disminución del valor de la garantía fiduciaria, hasta el punto de hacerse la misma insuficiente para atender el pago de las obligaciones garantizadas con la misma, en perjuicio del acreedor beneficiario (...)”.

Al respecto, en la contestación de la demanda en el aparte 3.2.2 (fl. 77 del cdno. de pbas. 1), el apoderado de Alianza controvierte la pretensión de la convocante aduciendo que su representada efectuó “un adecuado seguimiento de los activos radicados en el fideicomiso TMA II”. Agrega el apoderado en el mismo aparte que, “la causa de la disminución del mismo —se refiere al patrimonio autónomo— no es atribuible a Alianza”, y afirma que **“la conducta de TMA de cobrar \$ 2.562.700.475 y no entregar dicha cifra al patrimonio autónomo es la fuente de tal disminución”** (el resaltado no corresponde al texto).

Debe ahora el tribunal proceder a analizar si los mecanismos que utilizó la fiduciaria para el seguimiento y control de los activos fideicomitados fueron adecuados o si, por el contrario, le asiste la razón a la convocante en sus argumentos.

El tribunal aprecia que la dificultad que aquejó al fideicomiso en cuestión, también proviene del inadecuado control que, por cierto, acaeció y en materia grave. Esto se deduce de la declaración de parte rendida por el representante legal de Alianza (fls. 912 y 913 del cdno. de pbas. 3) y de las comunicaciones que obran a folios 48 y 52 del cuaderno de pruebas 1 y del reconocimiento que hace el apoderado de la parte convocada, según cita anterior, todo lo cual será objeto de análisis.

El procedimiento previsto en el contrato de fiducia mercantil para el recaudo de los bienes afectos a la fiducia, no permitió cumplir con la finalidad del fideicomiso, al no precaver el ingreso inmediato del producto de las facturas y de sus rendimientos al activo del fideicomiso, lo cual únicamente se hubiera producido si el recurso se hubiera consignado directamente en cuentas del patrimonio autónomo, lo que nunca ocurrió. El tribunal considera que la falta de un adecuado seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de TMA por parte de Alianza durante el desarrollo del contrato, agravó el riesgo al que fue sometido el fideicomiso de garantía. Ciertamente consta en el expediente que la fiduciaria no fue diligente en el cumplimiento de la obligación de controlar a TMA en su gestión de cobro y entrega efectiva y oportuna de los recursos del fideicomiso. Al contrario, fue abiertamente omisiva en relación con las mínimas actividades que ha debido ejercer para asegurar que los bienes fideicomitados ingresaran al patrimonio autónomo.

La fiduciaria se limitó a afirmar que había realizado su gestión de forma diligente mediante **un adecuado seguimiento y control de los activos radicados en el patrimonio**. Sin embargo no probó su dicho, limitándose a mostrar que el revisor fiscal de TMA certificaba periódicamente que ninguna de las facturas había sido recaudada con anterioridad<sup>(9)</sup>.

Para el tribunal es claro que las certificaciones que expiden los revisores fiscales gozan de presunción de veracidad

y exactitud sobre el contenido de las mismas, según se establece en el artículo 10 de la Ley 43 de 1990<sup>(10)</sup>. No obstante, en el caso en comento las certificaciones que expedía el revisor fiscal de TMA se limitaban a indicar que las facturas que se remitían no habían sido recaudadas, según lo acepta la propia convocada (fls. 280 a 282 del cdno. de pbas. 1), lo que llevó a que el control al cual se hace alusión fuese inocuo a la finalidad que se requería.

El mecanismo que estableció Alianza a todas luces no era el adecuado para evidenciar que las facturas existían, que no se encontraban vencidas y que los recursos provenientes del recaudo de las mismas no hubieran sido utilizados por TMA. De suyo, el tipo de certificación que se escogió y que el tribunal califica como meramente formal, no era suficiente para que se asegurara que no se estaba ante una simple apariencia del activo fideicomitido.

El deber de diligencia de un fiduciario y del cual Alianza no puede excluirse, implica que los mecanismos utilizados para el control de los activos deben ser idóneos, de ahí que esta ha debido por lo menos realizar periódicamente la revisión física de las facturas, mediante inventario debidamente detallado y evidenciar a partir de este su fecha de vencimiento, su correspondencia con los valores recaudados y los títulos en poder de TMA, la efectividad de la entrega de las respectivas sumas, cuando menos. La simple certificación del revisor fiscal, en la forma y contenido establecido, se insiste, no permitía de ninguna manera obtener la información necesaria para el conocimiento de las variables anotadas.

El apoderado de la convocada destaca la conducta de su representada calificándola como “prudente y diligente en la forma exigible de un fiduciario colocado en las mismas condiciones objetivas (...)”, para lo cual se atiene a las siguientes actividades seguidas por Alianza, así: al seguimiento que se efectuó al fideicomiso a través de certificaciones del representante legal y del revisor fiscal de TMA (fls. 1771 a 1848 cdno. de pbas. 4 y fls. 17 a 47 del cdno. de pbas. 1); a las instrucciones impartidas a TMA el 14 de marzo de 2000 para que le entregue en un plazo de dos días los recursos obtenidos del recaudo de las facturas —se refiere a los recursos indebidamente apropiados por el fideicomitente— so pena de iniciar acciones penales si no se cumple con ello; a la terminación del contrato de cobranza entre TMA y Alianza, a partir de la fecha de la comunicación (fls. 582 y 583 del cdno. de pbas. 2). También se advirtió a TMA en comunicación del 15 de marzo de 2000, que debía consignar en determinada cuenta y se le informa el dato de la misma y se le anuncia la realización de un arqueo físico de las facturas, según consta en “acta de entrega de facturas pendientes TMA” del 16 de marzo del mismo año<sup>(11)</sup>.

Considera el tribunal que la conducta referente con la que aspira compararse el apoderado de la convocada, sería precisamente la que asumió a partir del 14 de marzo de 2000, que resume en su alegato de conclusión y que se sintetiza en el aparte inmediatamente anterior. Infortunadamente, las precisas y adecuadas instrucciones que impartió en la última etapa la fiduciaria a TMA y a los obligados de las facturas fideicomitidas, resultaron extemporáneas. Solo cuando se evidenció que TMA se había apropiado de recursos y facturas, la fiduciaria reaccionó intentando adoptar procedimientos que estaban a su alcance desde el inicio de la relación contractual y que resultaban efectivos para defender los activos.

Ahora bien, precisamente cuando se está ante una fiducia en garantía y fuente de pago, las obligaciones a cargo del fiduciario en lo que hace al deber de verificar la suficiencia de los activos que respaldan la garantía, exigen el cuidado del buen hombre de negocios y, este no ha de ser mínimo, sino el que se requiera para cumplir con sus obligaciones de manera cabal. Ello se evidencia con acciones adecuadas de seguimiento verificación e información, que se traducen en obligaciones de contenido profesional, entendiéndose por tales, en casos como el presente, las que aseguran la diligencia en las gestiones de control y vigilancia, aspecto que se tratará a espacio en esta providencia.

Este deber no se entiende cumplido, se reitera, con acciones que signifiquen una mera formalidad, sino que implica una serie de actividades encaminadas a evidenciar la existencia del activo, las seguridades para mantenerlo y demás condiciones propias de una garantía, lo que le permite a los acreedores garantizados confiar no solamente en la razonabilidad de la información, sino también en las condiciones de seguridad que tendría el activo. Por ello, la obligación de verificación es compleja y comporta una serie de exigencias de constatación y seguimiento que han de ser efectivas y que desde luego sirvan a la finalidad del fideicomiso.

En reciente fallo arbitral, se revisó la conducta de una sociedad fiduciaria en materia de las evaluaciones y

verificaciones a las cuales estaba obligada, cuandoquiera que estaban de por medio contratos de fiducia en garantía, en los que el deber de diligencia es esencial frente a las responsabilidades que se asumen. La providencia se expresa en los siguientes términos:

“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” (Laudo arbitral Vesna Zorka Mimica v. Fiduagraria S.A. noviembre 28 de 2001).

En idéntico rumbo, el laudo antes citado insiste en que el deber de verificación aplica en todas las etapas contractuales y, en apoyo de su tesis expresa: “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 continúa el tribunal:

“... 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”<sup>(12)</sup>.

En el laudo citado se hace una completa referencia al deber del fiduciario consagrado en el numeral 1° del artículo 1234 del Código de Comercio, según el cual, debe “realizar diligentemente todos los actos necesarios para conseguir la finalidad de la fiducia”. Dicha obligación, se reitera, por expresa disposición legal, es indelegable.

Resulta claro, que Alianza no actuó como un buen profesional en lo tocante con la protección y defensa de los bienes fideicomitidos, contra actos del constituyente, no obstante las obligaciones legales y las propias del contrato establecidas en el numeral 4° de la cláusula quinta, literales a), b) y d), en lo relativo a las actividades que se requerían para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato, la preservación de los bienes fideicomitidos y la defensa de los mismos.

Con base en todo lo anterior el tribunal considera procedente la pretensión de la convocante en lo que hace al inadecuado control y seguimiento de los activos fideicomitidos por parte de Alianza, lo cual dio lugar a la disminución e insuficiencia del valor de la garantía, contenido en la pretensión tercera (fl. 3 del cdno. Ppal. 1), lo que queda suficientemente analizado y probado en este capítulo, restando por avocar a esta corporación lo correspondiente al cargo de no haber establecido Alianza en el texto del mismo contrato el procedimiento a seguir para la ejecución de la garantía, según se duele la parte convocante, aspecto que por orden procesal se atenderá en el capítulo siguiente.

## **6. Procedimiento de ejecución en el contrato de fiducia de garantía.**

El contrato materia de la presente controversia, como ya quedó expuesto ampliamente, es un contrato de fiducia en garantía legalmente celebrado entre las partes que reúne los elementos que le son propios, en el cual los bienes fideicomitidos, según lo establece la cláusula primera, son facturas cambiarias de compraventa (títulos valores) y el importe de las mismas, con la instrucción de respaldar los créditos que los beneficiarios le otorguen al fideicomitente o los que le otorguen directamente al fideicomiso y, por ende, la facultad de la fiduciaria de disponer de los activos para servir el pago de las deudas garantizadas.

La (\*) Superintendencia Bancaria en la Circular 006 de 1991 (num. 9.2), al regular la forma como las sociedades fiduciarias debían efectuar la rendición de cuentas a la que se encuentran obligadas por la ley, definió el fideicomiso de garantía como “aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere, generalmente de manera

irrevocable, la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ello y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitidos para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato” (el resaltado no es del texto). La previsión anterior se tomó de manera casi integral en la Circular Básica Jurídica 7 de 1996<sup>(13)</sup>.

Quedó establecido en el presente laudo que Alianza y TMA celebraron un contrato de fiducia en garantía y que la (\*) Superintendencia Bancaria estableció parámetros para este tipo de contratos a los que deben someterse las Sociedades Fiduciarias desde 1991. Por esta razón el tribunal no comparte la aseveración del apoderado de la convocada cuando pretende sustraer este contrato fiduciario de la reglamentación que estableció la superintendencia en circulares externas de obligatorio cumplimiento, una de ellas vigente a la fecha de la celebración del contrato, a saber, la Circular 6 de enero de 1991, a la cual ya se refiere este laudo y cuya esencia fue preservada en la Circular Básica Jurídica 7 del año 1996.

El apoderado de Alianza incurre en una imprecisión de fondo cuando afirma, que:

“El contrato —se refiere al fideicomiso celebrado con TMA— tiene la finalidad de servir de garantía frente a los beneficiarios, por los créditos que le suministren al fideicomitente. No quiere ello decir, que este contrato corresponda al típico contrato de garantía que fue regulado años después de la celebración de este, en la Circular Básica Jurídica 7 a partir de la cual concurren una serie de requisitos que no corresponden al que da origen a este proceso”.

Se repite que si bien la finalidad del contrato de fiducia tal como se dijo era la de servir de garantía a los beneficiarios, este contrato de garantía, no es un típico contrato de fiducia de garantía de aquellos regulados por normatividad expedida años después de la celebración del mismo, en los cuales es indispensable prever instrucciones en el contrato a efecto de que el fiduciario realice o venda los bienes fideicomitidos “... para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ellas...”<sup>(14)</sup>.

Retomando la normatividad general, se tiene que la fiducia en garantía implica transferencia de la propiedad del activo fideicomitado o de su producto, a favor de los acreedores registrados en el fideicomiso, ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, dado el carácter de fuente de pago que lleva consigo. Dicha transferencia debe surtirse cuando se incumplan las obligaciones garantizadas, acorde con las instrucciones irrevocables contenidas en el acto constitutivo. De modo que la concreción de la finalidad de garantía de un fideicomiso depende de la suerte de la obligación garantizada. Es manifiesto que los contratos de fiducia de garantía se constituyen en beneficio de terceros y es a ellos, además, a quienes principalmente debe responder el fiduciario, por sus omisiones no justificadas, sin perjuicio de los derechos del fideicomitente. De otro lado, es pertinente traer a colación el contenido del literal e) del artículo 4º del Decreto 2360 de 1993, el cual le dio a los contratos irrevocables de fiducia mercantil de garantía, la calidad de garantía admisible.

El Superintendente Bancario en la conferencia reseñada anteriormente, se ocupó igualmente de la bondad de la fiducia en garantía sobre bienes futuros, destacando que es mecanismo que asegura la permanencia de empresas con dificultades financieras, así: “... los flujos de caja de las empresas forman parte de patrimonios autónomos que son a los ojos de los banqueros riesgos crediticios adecuados, y que aseguran y garantizan con éxito importantes reestructuraciones de empresas, inclusive durante la negociación y ejecución de acuerdos de reestructuración, momentos en los cuales resulta crítico para el deudor contar con capital de trabajo” (Conferencia del Superintendente Bancario, Jorge Pinzón Sánchez, XIII Congreso Latinoamericano de fideicomiso, Cartagena 2003). Resaltamos este aporte del Superintendente Bancario, quien con la autoridad que le asiste, reconoce que la fiducia en garantía también es mecanismo adecuado aun para empresas que se encuentren en dificultades económicas o en procesos de reestructuración, situaciones que no significan que el acreedor que lo utilice pueda ser calificado por ese solo hecho como negligente.

Desde luego la fiducia en garantía en la que el activo se encuentre representado en bienes rotativos demanda del fiduciario especiales y complejas acciones sin las cuales no es posible asegurar la finalidad del fideicomiso, que no

pueden ser distintas a establecer los mecanismos necesarios para preservar los bienes fideicomitidos y asegurar los ingresos con destino al mismo fideicomiso. Así mismo ha de responder por un principalísimo derecho de información que les asiste a las distintas partes del negocio fiduciario, que se concreta como mínimo en las rendiciones de cuentas periódicas que exige el Código de Comercio, lo cual implica según instructivos de la (\*) Superintendencia Bancaria, la identificación y estado de los bienes fideicomitidos y de las obligaciones garantizadas, entre otras (Circular Básica Jurídica 7 de 1996, ibídem).

Concordante con lo mencionado en este capítulo precisa al tribunal referirse a uno de los puntos de la demanda, en la que el convocante a través de su apoderado formula como una de las pretensiones principales, declarar que: “Alianza Fiduciaria S.A. obró de manera culposa en la estructuración y constitución del fideicomiso mercantil 1643-0367 TMA II, al no regular dentro del contrato el procedimiento que debía seguirse para la ejecución del fideicomiso, en caso de hacerse necesario el pago con cargo al mismo de las obligaciones garantizadas con dicho fideicomiso”<sup>(15)</sup>.

A este respecto corresponde al tribunal interpretar el texto del contrato denominado fideicomiso mercantil celebrado entre TMA y Alianza, el 2 de junio de 1993, el cual constituye ley para las partes en atención a lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil. En aplicación de las reglas de interpretación de los contratos contenidas en el título XIII del libro cuarto del Código Civil, artículos 1618 y siguientes, procede el tribunal a estudiar los argumentos de la parte convocante, en orden a dilucidar su procedencia, dado que la pretensión antes señalada resulta fundamental para determinar su incidencia en las responsabilidades que se le endilgan a la sociedad fiduciaria. En efecto, una de las reglas de interpretación contenidas en el citado título, lleva a que en los contratos debe aplicarse la interpretación que resulte acorde con su naturaleza, además de que “las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 871 del Código de Comercio, implica que los contratos obligan “no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.

En primer término es necesario precisar si en los contratos de fiducia en garantía al igual que en los demás tipos de contratos fiduciarios, se requiere formalidad especial, distinta de constar por escrito y cuando incorporen bienes inmuebles que estos se inscriban en el registro correspondiente, según se establece en el artículo 1228 del Estatuto Mercantil. Le corresponde adicionalmente al tribunal, en el caso presente, observar los aspectos de hecho y de derecho que aparecen en el expediente, a fin de aplicar las reglas de interpretación anotadas, así como la voluntad de las partes, conforme a la ley.

Resulta incuestionable que dada la finalidad de la fiducia de garantía que no puede ser otra que servir de fuente de pago a las obligaciones registradas según definición de la (\*) Superintendencia Bancaria, el fiduciario debe atender la solicitud de los acreedores garantizados de ejecutar la garantía cuando a estos no se les satisfagan las obligaciones materia del amparo fiduciario, mediante la venta o la dación en pago, aun cuando no se encuentre establecido contractualmente dicho mecanismo. Las disposiciones que regulan la materia en Colombia exigen sobre el denominado proceso de ejecución de la garantía, que las instrucciones consten en el contrato. Tales instrucciones no son otras, en principio, que aquellos pasos que cumple el fiduciario a partir del momento en el que cualquiera de los acreedores registrados da aviso del incumplimiento de obligaciones garantizadas. Ahora bien, su ausencia no vicia el contrato, no lo hace ineficaz, por no ser este un elemento de la esencia del mismo. Al tenor de lo previsto en el artículo 1226 del Código de Comercio, son elementos de la esencia del contrato de fiducia mercantil, la transferencia de los bienes por parte del fideicomitente al fiduciario para la conformación de un patrimonio autónomo, y el señalamiento de una finalidad por parte del constituyente, que determina el marco de acción del fiduciario. Al mismo tiempo la ley exige que los contratos deben interpretarse de tal manera que estos produzcan efectos, tal como lo prevé el artículo 871 del Estatuto Mercantil, en concordancia con el artículo 1621 del Código Civil.

El tribunal acepta que puede haber actividades no determinadas en el acto constitutivo, vale decir que pueden presentarse vacíos en el contrato sobre la forma como se debe proceder para el cumplimiento de la finalidad acordada, caso en el cual, si la fiduciaria tiene dudas sobre la naturaleza y alcance de sus obligaciones, tiene el deber de pedir instrucciones al Superintendente Bancario, salvo que el contrato contemple una instancia anterior —por ejemplo consultas al propio fideicomitente o a los beneficiarios— para absolver sus dudas. (C.Co, art. 1234,

num. 5º). Si el fiduciario no pide instrucciones y escoge unilateralmente los medios para cumplir la finalidad del contrato de fiducia, debe responder por la eficacia de dichos mecanismos, los que deben corresponder idóneamente a la consecución de resultados esperados por las partes, de tal manera que queda a cargo del juzgador analizar la forma como ejerce esta discrecionalidad y su contribución al resultado esperado, valorándola para efectos de determinar su responsabilidad, en el evento de que ocurra un daño.

Por tanto, el hecho de no consagrarse de manera expresa procedimientos tendientes a la ejecución del fideicomiso para poder materializar la entrega de los bienes fideicomitidos a favor de los acreedores garantizados, si bien desconoce instrucciones de la (\*) Superintendencia Bancaria que no vician el contrato en sí mismo, coloca al fiduciario en condición culposa en lo que hace a su obligación de estructurar y constituir debidamente un fideicomiso, pero no por ello puede abstraerse de asegurar el cumplimiento de la finalidad de la fiducia en garantía, la que no puede ser distinta a satisfacer las obligaciones garantizadas, vale decir que en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 871 del Código Comercio y en las reglas de interpretación de los contratos objeto de comentario anterior, el fiduciario debe aplicar lo que la naturaleza de este tipo de contratos impone, como lo es cancelar en un tiempo prudente las obligaciones garantizadas, con cargo a los bienes existentes en el fideicomiso, para lo cual debe respetar las reglas establecidas en la legislación civil respecto de prelaciones y de atención de pagos cuando hay una colectividad de acreedores con comunidad de intereses, al igual que asegurar el derecho de defensa del deudor garantizado, en orden a establecer el monto de las deudas impagadas y garantizadas que han de satisfacerse en dicho momento.

En el caso materia de controversia, el contrato de fiducia en garantía en su cláusula primera estableció con claridad su finalidad. De otra parte, en la cláusula segunda se consagra la constitución de un patrimonio autónomo en virtud de la transferencia de unos bienes que el fiduciario declara haber recibido. En consecuencia reitera el tribunal que el contrato de fiducia mercantil 1643-0367 TMA II es válido y fuente de obligaciones para las partes.

De otro lado, los activos fideicomitidos eran facturas cambiarias, cuya forma de hacerlas líquidas o transferirlas se encuentra debidamente regulada en el estatuto mercantil, en el título correspondiente a los títulos valores. Aun más, las propias circulares 6 de 1991 y 7 de 1996, disponen que la garantía se ejecuta con la dación en pago de los bienes fideicomitidos, a favor de los acreedores garantizados o mediante la venta de los mismos para pagar con su producto, lo que ha de aplicarse aun cuando no conste expresamente en el contrato fiduciario, en razón de los principios legales de interpretación antes señalados. Igualmente, le aplican las que se refieren a las prelaciones de crédito del Código Civil.

Por tanto, para la ejecución de la fiducia en garantía contenida en el contrato suscrito entre Alianza y TMA aplican las normas indicadas, las que por ministerio de la ley son de obligatorio cumplimiento. Más aun, el contrato fiduciario objeto de este proceso establece que las facturas como bienes fideicomitidos, se harán efectivas de sus deudores, en las fechas indicadas en cada título valor<sup>(16)</sup>.

Lo que advierte el tribunal frente a la ley y a las evidencias allegadas al expediente, es que la fiduciaria no requería de procedimiento especial para poder cumplir la finalidad del contrato, o sea atender las obligaciones crediticias de TMA debidamente registradas en la contabilidad del fideicomiso. Mientras tanto, el requerimiento que efectuó Alianza, para que se le suministraran las liquidaciones de los créditos para poder distribuir los activos en forma proporcional a los acreedores, se deriva de la necesidad de conocer el estado de las obligaciones garantizadas, o sea que lejos de ser una conducta arbitraria de la fiduciaria, era indispensable para respetar los derechos colectivos de los acreedores y los propios del deudor.

Empero, no puede dejar pasar por alto el tribunal el hecho advertido en este acápite derivado de la exigencia contenida en la circular básica jurídica, en orden a establecer el contenido de las rendiciones de cuentas que las Sociedades Fiduciarias deben suministrar a las partes del contrato con periodicidad semestral, en las que conste la identificación y estado de los bienes fideicomitidos y de las obligaciones garantizadas, entre otras. Se parte de la base y así reitera el tribunal, que la circular a la que se refiere esta providencia, aplica a todos los contratos fiduciarios que se encuentren vigentes, por tratarse de instrucciones del organismo de control, que son de obligatorio cumplimiento.

Además, la propia Circular 6 de 1991, vigente como quedó expresado a la fecha de la constitución del fideicomiso

entre Alianza y TMA y la actual Circular Básica Jurídica 7 de 1996, establecen una serie de requisitos formales que deben contener las rendiciones de cuentas a las que se ha hecho referencia, que son de obligatorio cumplimiento por tratarse de instrucciones del Superintendente Bancario.

En la rendición de cuentas es preciso incluir lo relacionado con el estado de los activos al momento de rendir el informe y la identificación de los mismos, así como la relación de beneficiarios, de los créditos amparados, el estado y condiciones de los mismos. Este deber de información no puede cumplirse sino se preserva la calidad y efectividad de procedimientos de verificación y seguimiento del activo fideicomitido, suficiente para la rendición de cuentas bajo los parámetros exigidos por la (\*) Superintendencia Bancaria. De igual manera, resulta obligación ineludible para el fiduciario la identificación de los créditos amparados, tanto para establecer el estado y condiciones de los mismos, como para poder ofrecer a las distintas partes la rendición de cuentas semestrales.

En este orden de ideas, estaba al alcance de la fiduciaria contar con información sobre el estado de los créditos garantizados, por lo menos al cierre del año 1999, si hubiese seguido las reglas exigidas por el regulador bancario para efectos de la rendición de cuentas semestral, información que desde luego, acepta el tribunal, era preciso actualizar a la fecha de la entrega de los activos a los acreedores garantizados. En efecto, la omisión evidenciada plenamente en esta litis sobre la debilidad de las rendiciones de cuentas a cargo de Alianza, la puso en condiciones de retardar la obligación de hacer efectiva la garantía como fuente de pago, asunto que se predica desde el 22 de marzo de 2000, fecha en la que Delta Bolívar (hoy Davivienda) solicitó la ejecución de la garantía<sup>(17)</sup>. No puede dejar de advertir el tribunal en este punto la falta de cuidado de la fiduciaria en la rendición de cuentas cuyo contenido no se ajusta a las instrucciones del órgano de control y por lo menos en tres oportunidades no correspondió a la realidad toda vez que se afirmó que el fideicomiso disponía de bienes inmobiliarios, lo cual no era cierto (fls. 2908, 2922 y 2926 del cdno. de pbas. 9). Así mismo es importante destacar que al ser requerida por el tribunal para exhibir las rendiciones de cuentas presentadas durante toda la vigencia del contrato, la fiduciaria solo presentó algunas de ellas y manifestó no haber encontrado las demás en sus archivos. Esta conducta lleva al tribunal a confirmar su apreciación sobre la falta de la diligencia de la fiduciaria en cuanto al deber de información. Con esta conducta el tribunal se vio privado de la posibilidad de evaluar la totalidad de los documentos pertinentes.

Se aprecia del conjunto de pruebas que obran en el expediente que si bien la fiduciaria inició las gestiones para complementar la información que le permitiera atender las obligaciones registradas en el fideicomiso en forma proporcional con los recursos que se encontraban en el patrimonio autónomo y ello resulta aceptable, el tiempo que se tomó Alianza entre la primera solicitud de información a los acreedores, formulada el 28 de marzo de 2000 (fls. 52 y 53 del cdno. de pbas. 1) y la fecha de pago, fue irresponsablemente amplio, agravado con el hecho de que no fue precisa en los requerimientos que hizo a los beneficiarios, por lo menos en lo que tiene que ver con la convocante.

Después del análisis efectuado y confrontadas las afirmaciones de las partes con las pruebas aportadas, el tribunal concluye que la convocante colaboró adecuadamente con la fiduciaria en el propósito anotado, muy a pesar del impreciso procedimiento que utilizó Alianza, lo que permite concluir que esta incumplió con el deber de mantener registros contables adecuados y actualizados, que le habrían servido para proceder a la ejecución de la garantía en forma oportuna y precisa, con cargo a los activos fideicomitados con los cuales se debían honrar las obligaciones garantizadas, evitando así el riesgo legal que afrontó el fideicomiso.

La exigencia anterior a la que están sometidas las sociedades fiduciarias, se deriva del deber de colaboración que se predica de las partes en las obligaciones mutuas que surgen de los contratos, de tal manera que la oportuna actuación de la primera depende de la actividad o información de la otra. Este deber esencial surge de los principios que gobiernan la esencia de los contratos como son la buena fe y la lealtad que ha de acompañar a las partes en la ejecución de los mismos, además necesaria para preservar el equilibrio de los derechos y de las cargas que debe asistir las relaciones mercantiles. Probado está en el expediente que Delta Bolívar (hoy Davivienda) suministró la información en los términos en los que le fueron solicitados, lo que representa que desde su parte hubo la colaboración que exige la ley entre los contratantes.

El laudo arbitral de 15 de marzo de 2001, proferido dentro del tribunal de arbitramento de Constructora Mazal v. Inversiones GBS Ltda., se ocupa de este importante tema, aclarando doctrinariamente el alcance del deber de

información, denominado “de colaboración” en el laudo citado, en los siguientes términos:

“El deber de colaboración que adquieren las partes al entablar una relación comercial impone a cada una de ellas, de manera particular, el deber de suministrar a la otra parte la información necesaria para facilitar el debido cumplimiento de las obligaciones que esta ha adquirido y la obtención de los beneficios que la misma previó al momento de la contratación”.

“Toda vez que el deber de información debe ser acatado por las partes durante las etapas precontractual, contractual y poscontractual, este se refiere no solo a información contenida en el texto de las cláusulas del contrato, sino también a la información suministrada en los demás documentos producidos con motivo de la relación contractual”.

“Ahora bien, aun cuando, tal y como se ha venido anotando, el deber de información se entiende incorporado a todos los contratos en general, siendo por este motivo exigible a cualquier persona como parte de un contrato, el mismo se exige de manera más estricta a los contratantes que por sus conocimientos, habilidades técnicas y experiencia son considerados como profesionales en el oficio al cual se refiere el objeto contractual”<sup>(18)</sup>.

La gestión realizada por Alianza para conocer el monto de las obligaciones pendientes de pago al iniciar el denominado por la doctrina “proceso de ejecución de la garantía”, no puede ser reprochable y menos por el tribunal, en razón a que esta previsión corresponde a un deber de prudencia que debe caracterizar al fiduciario en orden a contar con información precisa sobre el monto de las obligaciones por la sociedad garantizada, para preservar los derechos del deudor garantizado y la debida prelación y proporcionalidad de los créditos, o la atención de los pagos con respeto a los derechos de quienes están en una misma condición, si ello se requiere.

En la fiducia en garantía la labor del fiduciario debe ser en extremo profesional, para asegurar que se respeta la confianza que en él depositan las partes, lo que significa que su conducta le debe permitir mantener un justo equilibrio entre deudor y acreedores garantizados, para evitar que la fiducia en garantía sea vehículo con el cual se presenten situaciones abusivas de cualquiera de los extremos del negocio jurídico.

En el caso objeto de este debate, Alianza no podía asegurar que el monto de las obligaciones a partir del 31 de diciembre de 1999, —fecha de corte de las cifras contenidas en la última rendición de cuentas— fuera el que tenía en sus registros, dado que los acreedores aceptaron en muchas oportunidades pagos de TMA, en forma directa, lo que era previsible en este tipo de relaciones comerciales. El criterio para conocer este detalle no habría constituido falencia u omisión a cargo de la fiduciaria, si esta hubiera actuado dentro de un plazo adecuado. En efecto, se evidencia en el dictamen pericial a folios 2698, 2699, 2761 y 2762, que a la convocante se le cancelaron obligaciones en diversos períodos, antes de marzo del año 2000, fecha en la que Financiera Pichincha avisó el incumplimiento de TMA, lo que dio base a la iniciación del procedimiento de ejecución al que se refiere el tribunal.

En este punto del laudo es preciso verificar las actuaciones que realizó Alianza desde la fecha en que recibió de Inversora Pichincha la solicitud para que se le cancelaran las obligaciones a cargo de TMA, garantizadas con el fideicomiso que nos ocupa, así como la oportunidad en que realizó cada una de esas gestiones, aspectos que resalta la parte convocada en su alegato de conclusión a folios 615 a 667 del cuaderno principal 2. El 16 de marzo de 2000 Alianza informa a Delta Bolívar en su condición de acreedor garantizado, que el 14 del mismo mes y año se había recibido de TMA comunicación, reportando que esta había recaudado 5.900 facturas de propiedad del fideicomiso, en cuantía de \$ 2.652.700.455, valor que TMA no reintegró al fideicomiso, limitándose a aportar facturas por valor de \$ 547.543.422. Informó igualmente que los activos del fideicomiso se habían reducido en \$ 789.455.890, e indicó que Inversora Pichincha había solicitado la cancelación de las obligaciones garantizadas a través del fideicomiso<sup>(19)</sup>.

El 28 de marzo siguiente Alianza le hace a Delta Bolívar un resumen sobre la situación financiera del fideicomiso, estableciendo sus saldos a esa fecha y, adicionalmente solicita “... una liquidación individualizada de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso a fin de establecer el porcentaje de participación de cada acreedor” (fls. 52 y 53 del cdno. de pbas. 1). En igual sentido se formula requerimiento a los restantes acreedores garantizados<sup>(20)</sup>.

La respuesta de Delta Bolívar (hoy Davivienda) al mencionado requerimiento se radicó en la fiduciaria el 10 de abril de 2000, con la que se acompañó la liquidación requerida (cdno. de pbas. 1 fl. 54). Mediante comunicación del 25 de mayo del citado año, Alianza remite nueva comunicación a la citada sociedad en los siguientes términos:

“Nuevamente nos dirigimos a ustedes con el fin de solicitarles se sirvan enviarnos los saldos de las obligaciones pendientes por cancelar por parte de TMA que se encuentran garantizados con el fideicomiso 1643-0367 TMA II, así como copia de los pagarés que documentan las obligaciones, toda vez que no podemos iniciar la cancelación de las mismas hasta tanto todos los acreedores no hayan remitido tal información” (fl. 57 del cdno. de pbas. 1).

La convocante advierte que la fiduciaria no había solicitado la copia de los pagarés con anterioridad al 25 de mayo de 2000, no obstante y en atención a la solicitud referenciada, con comunicación de 30 de mayo siguiente, la sociedad acreedora acredita las copias de los pagarés 7049151 y 7049136 solicitados e igualmente remite una nueva liquidación de las acreencias garantizadas (cdno. de pbas. 1, fl. 58).

El apoderado de la convocante aclara en su alegato de conclusión que su representada no fue requerida en dos oportunidades para que presentara la copia de los pagarés a los que se hace alusión en este aparte, ya que la solicitud de la fiduciaria en este sentido solo se incluyó en la comunicación del 25 de mayo de 2000 y no en la de marzo, como equivocadamente lo anuncia el apoderado de la convocada.

El 27 de junio de 2000, la fiduciaria se dirige nuevamente a Delta Bolívar, requiriéndola por tercera vez para que haga entrega de la liquidación de los créditos y la copia de los respectivos pagarés (cdnos. de pbas. 4, fls. 1475 y 1476) Igualmente, en la misma fecha se dirigió a los demás acreedores garantizados, con excepción del Banco Selfín y del Banco Comercial Antioqueño, información que la convocante suministra el 7 de julio de 2000 (cdno. de pbas. 4, fls. 1459 y ss.). El apoderado de la convocante identifica que en las últimas comunicaciones a las que se ha hecho referencia la fiduciaria informó a los acreedores garantizados sobre el saldo disponible en el fideicomiso; insistió en la necesidad de recibir la documentación requerida con anterioridad y confirmó que esta no le había sido suministrada sino por Delta Bolívar, por el Banco Selfin en liquidación y por ACES.

En estas mismas comunicaciones y oportunidad expresó:

“... nuevamente les solicitamos aportar los documentos solicitados en un plazo perentorio de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la presente comunicación por lo que una vez cumplido este plazo, el fideicomiso procederá a pagar únicamente a quienes hayan aportado la documentación completa”.

También aparece debidamente probado en el expediente que el plazo que se impuso la propia fiduciaria para cancelar con los recursos del fideicomiso las obligaciones a cargo de TMA, vencía el 4 de julio del 2000, no obstante lo cual solamente se realizaron pagos después de haber sido admitida la deudora a un proceso de acuerdo con sus acreedores, bajo las reglas de la Ley 550 de 1999, los que resultaron además fallidos, por los efectos que la citada disposición establece sobre la atención de pagos o quitas después de admitidas las sociedades en este tipo de trámite.

La relación de hechos que se ha incluido es determinante para advertir que la conducta de la fiduciaria no fue coherente con lo que pretendía conseguir, vale decir, atender los pagos exigibles de manera proporcional. La inoportunidad con la que actuó y la desordenada correspondencia que estableció con los acreedores garantizados propició que se debilitara aún más el activo fideicomitado, dado que TMA debió someterse al trámite de la Ley 550, el que no había sido notificado antes del 4 de julio de 2000, fecha que en últimas fijó como límite la fiduciaria para atender, así fuera parcialmente, las acreencias garantizadas.

Analizadas todas pruebas documentales y testimoniales incluidas en el expediente sobre la estructuración del contrato de fiducia y la utilización de un tiempo para verificar asuntos propios de las obligaciones que se cancelarían con los activos existentes en el patrimonio autónomo, el tribunal tampoco acepta la excepción de contrato cumplido formulada bajo el numeral 3.2.3 de la contestación de la demanda, (fl. 78 del cdno. ppal. 1) lo que deriva en la determinación de la culpa del fiduciario por los motivos establecidos y debidamente probados, lo que se tendrá en cuenta al momento de hacer la definición de condenas y la liquidación de las mismas.

Ha analizado suficientemente el tribunal las situaciones de hecho y de derecho que rodearon el desarrollo y la

ejecución del contrato de fiducia mercantil de garantía, comprobando en cada una de sus etapas la negligencia que caracterizó el desempeño de Alianza frente a los medios utilizados, así como la deficiente capacidad de gestión que desplegó y el débil control que estableció para asegurar la consecución de los objetivos contratados, todo lo cual ha debido enmarcarse en el principio de la buena fe con la que han de celebrarse y ejecutarse los contratos (C.C., art. 1603).

La fiduciaria ha esgrimido argumentos para justificar su conducta, especialmente la responsabilidad que también le debería asistir a Delta Bolívar (hoy Davivienda) en su condición de acreedor garantizado. El tribunal observa que este acreedor no mostró una actitud pasiva. Al contrario según consta en correspondencia que obra en el expediente en varios de los momentos de la relación contractual, Delta Bolívar le avisó a Alianza de la inminencia del vencimiento de las obligaciones garantizadas y de la cercana posibilidad de solicitar la ejecución de la garantía fiduciaria, reiterándole la importancia de verificar el estado de los bienes del patrimonio autónomo, todo lo cual consta en comunicaciones de 19 de agosto y 6 de septiembre 1999 entre otras (fls. 37 y 180 del cdno. de pbas. 1).

De otra parte, se ha discutido en el transcurso de este debate por cuenta de la convocante, que la parte convocada no se presentó oportunamente en el proceso de reestructuración empresarial de la Ley 550 en que fue admitida la sociedad deudora TMA, para solicitar como vocera del patrimonio autónomo el reconocimiento y pago del activo fideicomitido del que se apropió TMA, que para fecha 14 de julio de 2000 ascendía a la suma de \$ 2.144.950.683,32.

Advierte el tribunal que las sociedades fiduciarias deben hacerse parte en los citados trámites, en virtud de la obligación legal de llevar la personería en defensa de los bienes fideicomitidos, conforme se exige en estos procesos. Ahora bien, el aludido proceso fracasó y precipitó la liquidación obligatoria de TMA, lo que hace inocuo este cargo como quiera que derivado de tal omisión no se daría relación causal frente al daño que alega la convocante.

No obstante lo anterior, el tribunal reprocha la actitud omisiva de la sociedad fiduciaria, quien con este tipo de comportamiento incumple flagrantemente el deber de proteger el activo fideicomitido.

En lo que hace a la excepción de mérito formulada por la convocada, según la cual “Davivienda no se hizo parte en legal forma en la liquidación de TMA”, adelantada por la Superintendencia de Sociedades, considera el tribunal que la convocante realizó gestiones dirigidas a que fuera aceptada la solicitud correspondiente, presentando la prueba sumaria de la existencia del crédito, de que trata el artículo 158 de la Ley 222 de 1995, como aparece en los folios 110 a 115 del cuaderno de pruebas 1.

No entra el tribunal a calificar la legitimidad de los argumentos expuestos por la Superintendencia de Sociedades, única entidad competente para resolver estas pretensiones. En lo que hace a la posibilidad de agotar diferentes escenarios de reclamación por parte de los acreedores, la providencia trata este asunto en capítulo especial.

Con base en los anteriores argumentos no prospera la excepción de mérito formulada por la convocada.

## **7. Concurrencia de formas para hacer efectivo el crédito.**

La convocada propone como excepción de mérito el que la convocante decidió someter sus diferencias a la jurisdicción ordinaria, para cobrar las obligaciones contenidas en los pagarés en contra del fideicomiso TMA II, que a continuación se señalan y que por su propia voluntad renunció a perseguir el cobro ejecutivo ante dicha jurisdicción. El apoderado de Alianza complementa su argumento, indicando que “Davivienda pretende entonces, ejercer nuevamente y ante este tribunal un derecho económico al cual renunció voluntariamente o por omisión suya”

Es claro para el tribunal la existencia de dos clases de relaciones jurídicas entre el TMA y Davivienda: la de naturaleza cambiaria proveniente del contrato de mutuo comercial contenida en pagarés y la otra derivada del contrato de fiducia constituido y estructurado con la exclusiva finalidad de servir de garantía suficiente a los acreedores que otorgaron créditos al fideicomitente y/o al fideicomiso.

Los documentos de crédito de la relación estrictamente cambiaria se encuentran en los pagarés 7049151 7049136,

por valor de doscientos cincuenta millones \$ 250.000.000 y \$ 53.831.820, respectivamente. Estos pagarés fueron suscritos por Jaime Correal Martinz, como presidente de TMA y en nombre propio, Sonja Martinz de Correal, Jorge Correal Monroy, Brunhilde Correal Martinz y por María Del Pilar Molina Grisales, como representante legal de Alianza en su condición de vocera del patrimonio autónomo. Por esta razón el patrimonio autónomo es obligado cambiario directo y solidario a favor de Delta Bolívar (hoy Davivienda).

Frente al incumplimiento de las obligaciones crediticias contenidas en los pagarés señalados, exigibles desde el 15 de diciembre de 1999 fecha del último vencimiento, según reposa en autos, Delta Bolívar inició acción ejecutiva que cursa en el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la cual intentó embargar activos del patrimonio autónomo, sin resultado alguno por que ya lo habían sido por orden del Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, en beneficio de otro acreedor. El proceso ejecutivo continúa contra los codeudores, excluida TMA como demandada.

Por otro lado, surge la acción derivada del contrato de fiducia mercantil de garantía, del cual, como ya se expuso ampliamente en este laudo, nacen claras y expresas obligaciones a cargo de la fiduciaria, las cuales no se pueden confundir en manera alguna con las acciones cambiarias que tienen su propia naturaleza jurídica y medios coactivos de recaudo.

El asunto en comento se ha resuelto en fallos que resultan pertinentes para el caso en concreto. En laudo arbitral de Leasing Mundial S.A. contra Fidufes, del 26 de agosto de 1997 se reconoce que el acreedor puede válidamente escoger entre varias alternativas para hacer efectivo su derecho de crédito:

“Perseguir al deudor principal dentro del trámite concordatario; demandar a sus codeudores o ejercer una acción indemnizatoria contra Fidufes. Cualquiera de esas vías era jurídicamente posible y legítima, de suerte que la escogencia de una de ellas no puede ser vista como el ejercicio abusivo de una atribución jurídica”.

Continúa el fallo:

“Así las cosas, el acreedor que tiene diversas vías para lograr la efectividad de su derecho habrá de evaluar las perspectivas de éxito o fracaso y calcular los costos que en cada caso deberá incurrir, pudiendo escoger libremente la alternativa que más le convenga, sin que por ello pueda decirse que hace un ejercicio abusivo de su derecho”.

Los razonamientos anteriores permiten al tribunal concluir que la entidad convocante, estaba en pleno derecho de utilizar el procedimiento extrajudicial de hacer efectiva la garantía fiduciaria otorgada a su favor para obtener la realización de los bienes fideicomitidos o la entrega en dación en pago de los mismos. Esto no excluye que el acreedor pueda acudir a otros mecanismos de recaudo de carácter estrictamente judicial, que pueden ejercitarse simultáneamente, sin que en ningún caso pueda pretenderse el doble pago de una misma obligación.

Ahora bien, en la presente litis la parte convocada lo que pretende es una acción indemnizatoria contra Alianza, derivada del incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales pero en ningún caso, el ejercicio de la acción cambiaria derivada de los títulos valores, razón por la cual el tribunal no puede aceptar la excepción formulada por la convocada.

## **8. Prescripción de la acción indemnizatoria.**

La convocada se opone a las pretensiones de la convocante invocando que “... Davivienda o sus cedentes dejaron prescribir sus derechos o acciones que les habrían permitido obtener los reconocimientos económicos que en este proceso alegan como perjuicios”.

Al respecto el tribunal acoge el argumento de la convocante, en el sentido que la acción de responsabilidad contractual que se ejerce en contra de Alianza por los hechos ocurridos en el desarrollo del contrato de fiducia de garantía, es una acción ordinaria conforme lo establece el Código Civil que no se encuentra prescrita en los términos de esta normatividad ni aún en los de la Ley 791 de 2003, por lo que la excepción invocada no ha de prosperar.

## **9. El daño.**

El establecimiento del daño constituye elemento esencial para la estructuración de la responsabilidad contractual. Sin su determinación resulta inoficiosa la acción indemnizatoria. Corresponde a la parte convocante la demostración del demérito o perjuicio cuya reparación persigue, es decir probar que sufrió un perjuicio cierto, directo, previsible, al igual que su cuantía.

Las pretensiones de condena formuladas por la convocante están orientadas a que se le reparen los perjuicios económicos causados por Alianza, por su conducta negligente y culposa y por el incumplimiento de sus deberes contractuales y legales.

De conformidad con el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización por el incumplimiento del deudor, comprende el daño emergente y el lucro cesante. Según el artículo 1614 del mismo código, “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

Para establecer el daño y su cuantificación, el tribunal procede a hacer las siguientes consideraciones:

En el proceso está probado que Delta Bolívar era acreedor de TMA, quien solidariamente con el patrimonio autónomo fideicomiso 1643 – 0367 TMA II suscribió los pagarés 7049151 y 7049136, por valor de \$ 250.000.000 y \$ 53.831.820, respectivamente. Que al haber sido registrado Delta Bolívar como beneficiario del fideicomiso, contaba con una garantía que respaldaba el crédito en el 130% de su valor. Que TMA incumplió el pago del crédito cuyo vencimiento acaeció el 15 de diciembre de 1.999, a consecuencia de lo cual Delta Bolívar solicitó a Alianza el día 22 de marzo de 2000 la ejecución de la garantía. Que a pesar de que Alianza contaba con la liquidación de los créditos en la que se indicaba el monto debido por capital e intereses, no efectuó el pago, porque el fideicomiso no tenía recursos líquidos ni facturas disponibles en cuantía equivalente a la cobertura ofrecida. Que los créditos garantizados por el fideicomiso fueron cedidos a Trámites y Cobranzas S.A. y esta entidad fue registrada como beneficiaria del fideicomiso el día 12 de febrero de 2002 y que luego Davivienda, quien había absorbido a Delta Bolívar, en cumplimiento de la obligación legal de saneamiento, recompró tales créditos y fue registrada también ante la fiduciaria como beneficiaria del fideicomiso el día 20 de agosto de 2002. Además, que los créditos aludidos no han sido pagados.

Si Alianza hubiese obrado diligentemente, habría tenido el control sobre los recursos del fideicomiso representados en dinero y en facturas y en consecuencia, ante el pedido de Delta Bolívar de ejecutar la garantía, habría pagado los créditos garantizados, con los recursos líquidos del fideicomiso o mediante la transferencia de las facturas en dación en pago. Es decir, que si Alianza hubiera cumplido con sus obligaciones legales y contractuales, Delta Bolívar habría recuperado por la vía de la garantía fiduciaria el valor de los créditos.

En consecuencia, el daño económico sufrido por Delta Bolívar es el menoscabo patrimonial resultante del no pago de los créditos. Este daño era previsible para Alianza, quien como administrador profesional de este tipo de contratos sabe que si no efectúa un adecuado control sobre los activos del fideicomiso que sirve como garantía, no podrá realizarlos o transferirlos en dación en pago a favor de los beneficiarios del contrato, para extinguir las obligaciones garantizadas. No perder el dinero prestado por el acreedor era la razón de ser de la garantía fiduciaria y esa sencilla consideración, hace evidente la previsibilidad del perjuicio sufrido<sup>(21)</sup>.

El daño así entendido continúa a la fecha, como quiera que los créditos no han sido pagados y no ha sido reparado aún. El tribunal ya ha expresado que del acervo probatorio analizado en su conjunto, se deduce claramente que los créditos garantizados por el fideicomiso, cuya celebración y ejecución da pie a este proceso, se encuentran vencidos y no han sido pagados. Además, la probabilidad de recuperación en el proceso de liquidación es remota, como la calificó el dictamen pericial, por cuanto los pasivos de TMA son superiores a los activos de la masa de la liquidación (Dictamen pericial, fl. 1409 del cdno. de pbas. 4).

Lo anterior no significa que se considere a la fiduciaria como obligado cambiario, ni avalista o deudor solidario de los pagarés suscritos por ella, obrando en el carácter de vocera del fideicomiso. Su responsabilidad se está analizando a la luz del contrato de fiducia y por el incumplimiento de los deberes legales y contractuales de él

derivados.

La responsabilidad de la fiduciaria al momento de ejecutar la garantía era la de pagar los créditos garantizados hasta concurrencia del porcentaje de participación en el fideicomiso, sobre la base de una cobertura del 130% de su valor, con dinero y en su defecto con facturas. Así lo entendían Delta Bolívar y Trámites y Cobranzas S.A., según se desprende de los testimonios rendidos por quienes conocieron de los hechos en razón de sus funciones laborales, testigos que en ningún momento fueron tachados por la convocada conforme a la ley, así:

Beatriz Alexandra Villa, dijo refiriéndose a lo que le correspondía hacer a la Fiduciaria en caso de un evento de incumplimiento de los créditos garantizados:

“(…) hacer una gestión de recaudo de la cartera muy rápida que los beneficiarios entendimos que Alianza no es compañía de cobranzas, luego a los dos meses, pensaría que inmediatamente tiene que entregar la cartera que no recaudó a los beneficiarios, igual la prorrata y ya los beneficiarios seguir cobrando …” (fl. 844 del cdno. de pbas. 3).

Al respecto, Roberto Holguín Fety expresó:

“En otra oportunidad también se le solicitó a Alianza que nos informara que en caso de que fallara el veedor (sic) principal, qué recibiría básicamente Delta Bolívar y la respuesta que se nos dio es que recibiría bien el efectivo de los recaudos de las facturas o bien las facturas mismas” (fl. 1241 del cdno. de pbas. 3).

Por su parte, Rosa María Del Pilar Molina Grisales, quien trabajó en Alianza por 7 años, siendo su último cargo el de vicepresidente jurídico y rindió testimonio en este proceso a pedido de la convocada, a la pregunta sobre cuál era la secuencia de acciones a seguir en el evento de que fuere necesario hacer efectiva la fuente de pago derivada del contrato de fiducia objeto de análisis, respondió lo siguiente:

“Tan pronto se notificaba de un incumplimiento, lo que debía pasar era que el codeudor destinara las facturas que tenía en el fideicomiso a, diría el pago (sic) de la obligación, bien por que recaudaba los recursos o bien por que se las hubiera podido entregar mediante endoso al acreedor” (fl. 1280 del cdno. de pbas. 3).

Concluye entonces el tribunal que si los recursos líquidos del fideicomiso no eran suficientes para pagar las acreencias garantizadas, la obligación última de la fiduciaria era la de transferir a los acreedores las facturas mediante endoso, a título de dación en pago, por valor equivalente, sin exceder su porcentaje de participación en el fideicomiso. Esta consideración es relevante a juicio del tribunal, para definir la naturaleza de la obligación de la fiduciaria y resolver la pretensión de condena por lucro cesante.

Si la fiduciaria hubiera efectuado la dación en pago con las facturas a los acreedores garantizados por el fideicomiso y la recuperación de las mismas no se hubiere producido, este no sería un daño imputable a la fiduciaria, porque ella no era responsable de garantizar la solvencia de los deudores. Así lo entendía Delta Bolívar, a juzgar por los testimonios de las personas arriba indicadas.

Al respecto Roberto Holguín Fety, manifestó en su testimonio:

“(…) entendiendo claro está que no había ninguna garantía que muchas facturas fueran pagadas por los obligados en cada momento, pero que existirían (sic) de todas maneras o el efectivo o las facturas” (fl. 1241 del cdno. de pbas. 3).

Considera el tribunal probado en el proceso la inexecución total de la obligación a cargo de Alianza, comoquiera que nada le pagó a Delta Bolívar como acreedor garantizado. El pago parcial que hizo el 25 de julio de 2000, fue hecho estando admitida TMA al trámite del proceso de recuperación, mediando en consecuencia la prohibición legal de efectuar pagos, lo que condujo a la postre, con razón, a su devolución por parte de Delta Bolívar.

## **10. Relación de causalidad.**

En materia de responsabilidad civil, para que surja la obligación de indemnizar se requiere que exista un vínculo de causalidad entre la culpa y el daño sufrido por el acreedor. En este sentido, el artículo 2341 del Código Civil

dispone que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización”. Este vínculo de causalidad no se presume y corresponde probarlo al demandante. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar que el daño sufrido es directo, es decir, consecuencia inmediata del incumplimiento. El demandante debe probar que existe una relación directa, de causa a efecto, entre el incumplimiento de la obligación y el daño cuya indemnización se pretende<sup>(22)</sup>.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado 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)”<sup>(23)</sup>.

De igual manera la doctrina señala que “la relación de causalidad exigida es aquella que muestra que el perjuicio cuya reparación se impetra, obedece a la conducta del demandado, ya que, solo es resarcible el perjuicio causado por la persona a quien se solicita indemnización; no el proveniente de otras razones”<sup>(24)</sup>.

El convocante ha expresado que el daño se produjo como consecuencia de diversas conductas asumidas por la fiduciaria que han sido objeto de análisis detallado por parte del tribunal. Se trata de una pluralidad de circunstancias que el convocante ha presentado como causas directas del daño provocado, entendido este como el no pago del crédito que estaba respaldado por el fideicomiso, en los términos del contrato celebrado el 2 de junio de 1993 y en los de las diversas comunicaciones por medio de las cuales la fiduciaria reconoció a Delta Bolívar su condición de beneficiario del fideicomiso y le certificó que este brindaba una cobertura del 130% del valor del crédito.

Por su parte, para el convocado el no pago del crédito se dio por circunstancias no imputables a la fiduciaria.

A continuación procede el tribunal a analizar las circunstancias que el convocado esgrime como eximentes de responsabilidad, cotejadas contra las causas que invoca el convocante, para establecer cuál es la causa trascendente o preponderante en la producción del daño, acogiendo el tribunal la teoría de la causa eficiente, seguida por la jurisprudencia nacional.

firma la convocada que la causa de que los acreedores de TMA no hayan visto satisfechas sus obligaciones radica en que esta entidad entró en aguda crisis económica, que la llevó a un proceso liquidatorio, al cual deben acudir todos los acreedores.

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión la convocada afirma que una de las causas de la falta de pago de las obligaciones de TMA a favor de Delta Bolívar (hoy Davivienda), fue la situación de crisis económica que presentó la deudora —a sabiendas de la acreedora— y que se fue agravando hasta el punto en que no pudo reemplazar las facturas dentro del sistema fiduciario que se había acordado como garantía.

No le asiste razón a la fiduciaria al hacer tal afirmación, pues como ha quedado definido en este laudo, la situación de crisis que aquejó a la deudora no fue la causa de la falla del fideicomiso en garantía.

El fideicomiso, estructurado y ofrecido como fuente de pago, tiene que servir de medio de pago ante la ocurrencia de un evento de incumplimiento de la obligación garantizada. Si el fiduciario hubiese velado por la adecuada conformación del patrimonio autónomo y realizado un apropiado seguimiento y control de los activos del fideicomiso, habría podido honrar la garantía, cuando el acreedor así se lo solicitó.

Vale la pena precisar que el contrato de fiducia en comento en su cláusula tercera y en el numeral 9º del párrafo primero de la misma, imponía al fiduciario la obligación de tener facturas cambiarias vigentes debidamente endosadas o dinero, por el 130% del valor de los créditos garantizados. No obstante, tal como lo confiesa el apoderado de la convocada, “el fideicomiso nunca tuvo los recursos suficientes para pagar las acreencias de Delta Bolívar ni de los demás acreedores garantizados” (fl. 640 del cdno. Ppal. 2.) Esa carencia de recursos para pagar los créditos garantizados, es a juicio del tribunal causa determinante del daño representado en el no pago del crédito garantizado.

Así mismo argumenta el apoderado de Alianza que la causa por la que la fiduciaria no pudo pagar la obligación garantizada fue la disminución del activo del fideicomiso, en virtud de la apropiación que hizo TMA, quien cobró

y no entregó los recursos a la fiduciaria.

A juicio del tribunal, como ha quedado suficientemente analizado, es causa determinante del daño la indebida delegación que el fiduciario hizo del recaudo de las facturas en el fideicomitente. Si la fiduciaria no hubiera delegado el recaudo de las facturas y hubiera notificado a los deudores que debían depositar el valor de las mismas en cuentas del fideicomiso, el fideicomitente no habría podido apropiarse de los recursos.

Por lo tanto, la causa determinante del siniestro que aquejó al fideicomiso y que generó el no pago del crédito, no fue la apropiación de los recursos por parte de TMA, sino la indebida delegación del recaudo de las facturas. El tribunal Ha analizado extensamente, y aquí lo corrobora, que el recaudo del valor de las facturas constituye una actividad propia de la gestión fiduciaria que como tal es indelegable.

Ahora bien, ha dicho la convocada que ningún mecanismo de seguimiento y control de los activos del fideicomiso habría evitado la apropiación indebida de los recursos de TMA. Sin embargo, tal como se analizó en los capítulos precedentes de este laudo, el argumento carece de validez. En efecto, la conducta que ha debido desplegar la fiduciaria con miras al cumplimiento de sus deberes legales y contractuales, no corresponde a actividad desproporcionada, ni especialmente gravosa para ella. Lo anterior se demuestra con la conducta asumida por Alianza a partir del 14 de marzo de 2000, que de haberse realizado con anterioridad habría permitido dar cumplimiento a la finalidad establecida. En efecto, aparece probado dentro del expediente, que solo a partir de esa fecha, la fiduciaria asumió el recaudo de las facturas, dando por terminado el funesto “contrato para la prestación de servicios para cobranzas” y notificó a los deudores de la cesión de las facturas, informándoles el número de la cuenta donde debían pagar.

Considera igualmente la convocada que la causa por la cual Delta Bolívar no recuperó el crédito fue la negligencia de esta en el proceso de otorgamiento del crédito y que Davivienda como cesionaria del crédito se expuso imprudentemente al daño. Para sustentar su argumento expresa que la garantía contenida en el contrato en cuestión no estaba diseñada para que los acreedores, como Delta Bolívar soportaran una situación repetida de mora.

En el alegato de conclusión, el apoderado de la convocada expresó: “(...) en el tipo de garantía que decidió aceptar la convocante, indudablemente su conducta diligente como acreedor era indispensable. Se necesitaba de la diligencia del acreedor para que la garantía hubiera funcionado. Por supuesto que soportar veinte situaciones de mora sin tomar la decisión de hacer efectiva la garantía y refinanciar y dar prórrogas al deudor una y otra vez conociendo la situación de crisis del mismo, tuvieron un impacto demoledor en el esquema de la garantía”.

Encuentra el tribunal que la valoración de la conducta de Delta Bolívar debe hacerse desde la óptica del banquero, cuyo interés es prestar los recursos que a su vez ha recibido en crédito, en las mejores condiciones de seguridad y rentabilidad. El tribunal observa que el manejo comercial que Delta Bolívar dio a TMA consideraba la antigüedad de la relación, iniciada desde 1992<sup>(25)</sup> y la necesidad de TMA de reestructurar sus obligaciones con todos los acreedores, en conjunto, para aliviar el flujo de caja, en el marco de un proceso diseñado por firmas de consultoría especializadas, contando simultáneamente con una garantía fiduciaria representada en facturas cambiarias originadas en la venta de tiquetes.

El problema financiero de TMA derivaba de tener altos costos administrativos y alto endeudamiento, según lo afirman sus asesores financieros<sup>(26)</sup>. Su cartera por venta de tiquetes era sana y los ajustes en las cuentas por cobrar donde se presentaron partidas irre recuperables se dieron en las comisiones derivadas de diferentes servicios, pero no por la venta de tiquetes. La relación de clientes corporativos de TMA incluía entidades oficiales y compañías nacionales y multinacionales de primera línea, que constituían un riesgo de crédito aceptable.

Por lo tanto, la existencia de la garantía fiduciaria sobre este tipo de activos, con una cobertura del 130% del valor del crédito, mejoraba sustancialmente el perfil de riesgo de TMA y permitía a Delta Bolívar y a los demás acreedores, acompañar al deudor en un proceso de reestructuración que tendía a estabilizar la situación financiera de quien fuera la segunda agencia de viajes país.

Delta Bolívar como acreedor beneficiario del contrato de fiducia de garantía no tenía la obligación de pedir su ejecución dentro de un plazo determinado, ya que el contrato no estableció un período de caducidad de la garantía.

Por lo tanto, el tiempo que tomó entre la fecha de vencimiento de la obligación garantizada y la solicitud de ejecución, no puede entenderse en manera alguna como una renuncia de derechos por parte del acreedor, ni como liberación de las responsabilidades a cargo de la fiduciaria.

Por otra parte, para el convocado, el contrato de fiducia de garantía no pudo ser ejecutado a favor de los beneficiarios del mismo, porque mediaba una prohibición de carácter legal, así como órdenes de autoridades competentes, como lo son los jueces de la República y la Superintendencia de Sociedades.

Cierto es que conforme con los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, las garantías fiduciarias se pueden ejecutar siempre que el deudor fideicomitente no haya sido admitido en un proceso concursal y en caso de que lo haya sido, con autorización previa del juez del concordato. Este principio fue recogido en la Ley 550 de 1999, artículo 17, la que dispone que durante la negociación del acuerdo de reestructuración y sin previa autorización del Superintendente de Sociedades, no se pueden constituir ni ejecutar garantías o cauciones a favor de los acreedores de la empresa, con los bienes propios del empresario, ni se pueden efectuar pagos de ninguna clase, ni enajenaciones de bienes, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan esa finalidad.

Ha quedado probado dentro del expediente que la admisión al trámite de promoción para recuperación de TMA en la Superintendencia de Sociedades ocurrió el 14 de julio de 2000<sup>(27)</sup>.

La solicitud de ejecución de la garantía por parte de Delta Bolívar fue entregada a Alianza el 22 de marzo de 2000, casi cuatro meses antes de que por ministerio de la ley y en virtud de la admisión del trámite de promoción de acuerdo de reestructuración, por parte de la Superintendencia de Sociedades, se hiciera imposible la ejecución.

Delta Bolívar entregó la liquidación del crédito el 10 de abril de 2000 y con esta la fiduciaria debía pagar, hasta concurrencia del valor equivalente al porcentaje de participación en el beneficio del fideicomiso, fecha muy anterior a aquella en que surge la restricción de pago por las razones anotadas.

En consecuencia, pudiendo haber pagado la fiduciaria los créditos insolutos a favor de Delta Bolívar desde el 10 de abril de 2000, no es aceptable excusar el no pago por un evento ocurrido el 14 de julio de ese año y menos por una instrucción que solicitó la propia fiduciaria a la Superintendencia de Sociedades en diciembre 4 de 2000<sup>(28)</sup>, cuya respuesta fue recibida en marzo 29 del 2001, tal como lo menciona la convocada en la contestación de la demanda.

Adicionalmente en la defensa de la fiduciaria se ha afirmado que el daño no se habría producido si Davivienda no recompra el crédito a Trámites y Cobranzas S.A.

Expresa la convocante que Davivienda se subrogó en los créditos garantizados con todos sus derechos y obligaciones. Se aprecia en el expediente que si Davivienda no hubiera comprado el crédito, sería Trámites y Cobranzas S.A., quien fue registrada como beneficiario del fideicomiso el 12 de febrero de 2002, según obra en el expediente a folio 94 del cuaderno de pruebas 1, probablemente quien estaría aquí reclamando la indemnización de los perjuicios causados por la negligencia de la fiduciaria en la celebración y ejecución del contrato fiduciario. El análisis que el tribunal hace de la conducta no cambia en este caso según quien fuera el titular del crédito que goza del amparo fiduciario.

En el caso en controversia se concluye entonces, que se encuentran plenamente identificadas las causas que concurrieron en la generación de los perjuicios alegados por la convocante y que entre estas y el daño sufrido hay una relación necesaria y decisiva que las ata. A partir de la conducta del deudor se generó el perjuicio, por cuanto este tuvo la oportunidad y capacidad de prever y de evitar el daño y sin embargo no lo hizo.

Por lo expuesto, el tribunal evidencia en la presente litis que la actuación de Alianza, quien indiscutiblemente es un profesional en la prestación de servicios financieros, no fue diligente y ello se encuentra plenamente demostrado en el expediente.

## **11. Cuantificación del daño.**

Los cargos presentados por Davivienda en su condición de convocante para demostrar la culpabilidad de Alianza, se encuentran soportados adecuadamente, de tal manera que resulta imperativo derivar responsabilidad a la

convocada en lo que tiene que ver con las pretensiones de la demanda.

En estas circunstancias Davivienda, como cesionaria de los créditos incorporados en los pagarés 7049136 y 7049151 y de los derechos de Trámites y Cobranzas S.A. en la posición de beneficiario del fideicomiso 1643-0367 TMA II, tiene derecho a una indemnización compensatoria por la suma de \$ 303.831.820, que es el valor que Davivienda pagó a Trámites y Cobranzas S.A. por la recompra de cartera efectuada el 8 de mayo del año 2002, suma que comprende, al tenor de la cláusula tercera del contrato de cesión de créditos, el capital, los intereses y demás accesorios (fl. 137 y ss. del cdno. de pbas. 1).

En relación con el lucro cesante, el tribunal se abstendrá de decretar intereses de mora porque no siendo la obligación de la fiduciaria una obligación dineraria, no cabe la presunción de causación de daños a que se refieren los artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio, por cuanto la fiduciaria no era deudora principal, ni codeudora de las sumas adeudadas por TMA y los demás obligados cambiarios. Además, no mediando la presunción aludida, el tribunal se abstendrá de decretarlos porque Davivienda no probó en el proceso el lucro cesante.

Acoge el tribunal la pretensión de la demanda, que consiste en la actualización del valor de la condena pecuniaria que se profiera por daño emergente, con base en la variación registrada por el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, causada durante el período comprendido entre el 8 de mayo de 2002 y la fecha de este laudo. El 8 de mayo de 2002 corresponde a la fecha en que Davivienda desembolsó la suma de \$ 303.831.820 a Trámites y Cobranzas S.A. por concepto de recompra de la cartera que estaba garantizada por el fideicomiso. Por este concepto habrá entonces de condenar el tribunal a la parte convocada al pago de \$ 39.508.264, suma determinada de acuerdo con la tabla que se inserta a continuación.

<b>Tribunal Davivienda v. Alianza Fiduciaria</b>			
<b>Liquidación intereses con base en IPC</b>			
<b>Sin capitalización intereses</b>			
<b>Período</b>	<b>Base</b>	<b>IPC</b>	<b>Valor ajuste</b>
May-02	303.831.820	0,60%	1.336.860 (*)
Jun-02	303.831.820	0,43%	1.306.477
Jul-02	303.831.820	0,02%	60.766
Ago-02	303.831.820	0,09%	273.449
Sep-02	303.831.820	0,36%	1.093.795
Oct-02	303.831.820	0,56%	1.701.458
Nov-02	303.831.820	0,78%	2.369.888
Dic-02	303.831.820	0,27%	820.346
Ene-03	303.831.820	1,17%	3.554.832
Feb-03	303.831.820	1,11%	3.372.533
Mar-03	303.831.820	1,05%	3.190.234
Abr-03	303.831.820	1,15%	3.494.066
May-03	303.831.820	0,49%	1.488.776
Jun-03	303.831.820	-0,05%	-151.916
Jul-03	303.831.820	-0,14%	-425.365
Ago-03	303.831.820	0,31%	941.879
Sep-03	303.831.820	0,22%	668.430
Oct-03	303.831.820	0,06%	182.299

Nov-03	303.831.820	0,35%	1.063.411
Dic-03	303.831.820	0,61%	1.853.374
Ene-04	303.831.820	0,89%	2.704.103
Feb-04	303.831.820	1,20%	3.645.982
Mar-04	303.831.820	0,98%	2.977.552
Abr-04	303.831.820		1.985.035 (**)
	Total ajuste por IPC		39.508.264
(**) Se toma como base el mismo IPC de marzo/2004, para 20 días			
(*) El cálculo se efectúa para 22 días			

Ahora bien, considerando que la indemnización compensatoria es subsidiaria de la obligación principal, en la medida en que aquella reemplaza la prestación que es objeto de esta, a juicio del tribunal al momento del pago de la condena, por ministerio de la ley, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1668, numeral 3° del Código Civil, operará en favor de la fiduciaria, una subrogación en el crédito que Davivienda tiene.

En este sentido, el tratadista Guillermo Ospina Fernández, expresa:

“(...) esta especie de indemnización es subsidiaria de la obligación principal, o sea que, como se viene de decir, aquella reemplaza la prestación que es objeto de esta. Por tanto el acreedor no puede exigir, a la vez, el cumplimiento de la obligación insoluta en todo o en parte, y la indemnización compensatoria, porque ello equivaldría a pretender el doble pago de una misma obligación” Régimen General de las Obligaciones. Pág. 97.

## **12. Análisis procesal del desarrollo de la inspección judicial y posterior exhibición de documentos a cargo de Davivienda.**

La parte convocada plantea al tribunal la necesidad de pronunciarse sobre la conducta procesal de Davivienda y solicita que se aplique con todo rigor el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil y la sanción legal prevista en el artículo 285 del mismo código, frente a la negativa de esta de aportar las actas de sus comités de crédito interno y de junta directiva, con las que pretendía demostrar la negligencia de la convocante en el otorgamiento de los créditos y prórrogas por Delta Bolívar a favor de TMA.

En efecto, como consta en los autos, algunas de las actas de los comités de crédito del Banco Davivienda(sic) S.A. y de Delta Bolívar S.A., correspondientes a los años 1999 y 2000, a partir de las cuales la convocada pretendía demostrar que se había analizado la situación de TMA o de los créditos a cargo de esta última, así como la aprobación de las solicitudes de otorgamiento, reestructuración, concesión de períodos de gracia, prórrogas, cesiones, cuya exhibición fue ordenada por el tribunal no fueron puestas a disposición del proceso, a pesar de habersele brindado a la convocante doble oportunidad para hacerlo.

A la audiencia celebrada el veintitrés (23) de febrero de 2004 compareció el representante legal de Davivienda, quien manifestó que después de una revisión exhaustiva de los archivos de Delta Bolívar S.A. no se encontraron las actas de comité de crédito interno de los años 1999 y 2000, ni de las actas de comité de crédito de junta directiva correspondientes a los mismos períodos. Para soportar lo anterior, hizo entrega al tribunal de una comunicación de la jefe de departamento administrativo de Davivienda, en la que informa que no le fue posible encontrar los mencionados libros.

A este respecto el tribunal no puede pasar por alto esta delicada y censurable situación desde el ángulo institucional, porque considera inaceptable que esto suceda en una entidad financiera como Davivienda, que debe cuidar con especial celo y reserva sus libros y documentos.

El tribunal no acoge los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte convocante, en el sentido de que en el caso materia de estudio no se configuran los supuestos previstos en el artículo 288 del Código de Procedimiento

Civil, que darían lugar a presumir la confesión de la negligencia de Delta Bolívar, que es aquello que la convocada pretendía probar en la diligencia. Lo anterior, por cuanto, si bien no se opuso a la prueba, dejó de exhibir los documentos ordenados por el tribunal. No es causa justificativa de la no exhibición, a juicio del tribunal, su no localización por las personas encargadas de su custodia.

Si para Davivienda la causa justificativa era la pérdida o extravío de los libros, debe tenerse en cuenta que la pérdida y reconstrucción de los libros está reglamentada en el artículo 135 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993:

“El ente económico debe denunciar ante las autoridades competentes la pérdida, extravío o destrucción de sus libros y papeles. Tal circunstancia debe acreditarse en caso de exhibición de los libros, junto con la constancia de que los mismos se hayan registrado, si fuere el caso. Los registros de los libros deben reconstruirse dentro de los seis (6) meses siguientes a su pérdida, extravío o destrucción, tomando como base los comprobantes de contabilidad, las declaraciones tributarias, los estados financieros certificados, informes de terceros y los demás documentos que se consideren pertinentes”.

En lo que tiene que ver con la exhibición de libros y papeles de los comerciantes en el artículo 288 del Código de Procedimiento Civil se establece:

“El comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de habersele ordenado su exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte que estén llevados en debida forma, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que parezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificada de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la oportunidad que el juez señale”.

Como lo afirma el tratadista Hernán Fabio López en su obra Procedimiento Civil Pruebas, tomo III, páginas 348 y siguientes, cuando la parte se opone a realizar la exhibición alegando derecho de reserva o porque simplemente el documento no reposa en su poder, estamos frente a un típico caso de negación indefinida que lo releva de la prueba y radica la demostración de lo contrario en quien pide la exhibición. Si no hubo oposición, es decir, si guardó silencio cuando la exhibición se decretó, se asume que la parte acepta exhibir los documentos. Y si no los exhibe, se tendrán por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor<sup>(29)</sup>.

Del contenido de las actas de los comités interno y de junta directiva de crédito de Delta Bolívar, en las que generalmente aparecen las simples aprobaciones de los créditos sin exposición de los elementos de juicio que le sirven de base a la entidad para aprobar o improbar la operación de crédito propuesta, tal como el tribunal lo pudo observar de los textos de otras actas revisadas en la respectiva diligencia de inspección judicial realizada en las dependencias de Davivienda, se descarta la confesión de negligencia de Delta Bolívar que modifique el criterio del tribunal expuesto a lo largo de estas consideraciones.

Con base en lo dispuesto en el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil que en su texto dice: “El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que se obren en el proceso”, y apreciando todas las pruebas allegadas al proceso, en su conjunto, no deduce el tribunal que esté probada la negligencia de Delta Bolívar en la aprobación de las operaciones de crédito garantizadas por el fideicomiso, cuyo no pago configuró el daño que el tribunal acaba de considerar como imputable a la culpa de la fiduciaria.

La aplicabilidad del citado artículo 135 del Decreto 2649 de 1993 para el caso de los libros y papeles contables de las entidades financieras ha sido acogido por la (\*) Superintendencia Bancaria, como se evidencia en la sentencia del Consejo de Estado de marzo 26 de 1999 que es reproducida por dicha entidad (Jurisprudencia Financiera 1999, publicado por la Superintendencia Bancaria, Pág. 321).

En atención a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, que establece como uno de los deberes de los servidores públicos (entre ellos, jueces y árbitros), el de denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, el tribunal compulsará copia de

esta providencia a la (\*) Superintendencia Bancaria para que exija de la vigilada los correctivos legales y controles necesarios en el manejo de sus libros y documentos.

Por otra parte, hace referencia la convocada al hecho de haber presentado Davivienda certificaciones contradictorias de sus representantes legales y funcionarios del área contable, sobre registros de operaciones en las fechas de 2 y 19 de noviembre de 1999.

Así mismo el tribunal procede a analizar la solicitud de la parte convocada en el sentido de que “se declare que las obligaciones 7049151 y 7049136 se habían extinguido por haber recaudado Delta Bolívar su importe o que se declare que a partir del 19 de noviembre de 1999 era Trámites y Cobranzas y no TMA el deudor de Delta Bolívar, razón de lo cual esta no tenía legitimación alguna para haber hecho los reclamos que hizo a la fiduciaria a partir de marzo de 2000 y hasta el 21 de julio de ese mismo año. Lo anterior teniendo en cuenta que la cesión del crédito de Delta a favor de Trámites y Cobranzas S.A. fue notificada a la fiduciaria en carta de septiembre 13 de 2000 y pidiendo que se tuviera como cesionaria desde el 21 de julio de ese mismo año”. Considera la convocada que no hay prueba pericial que demuestre la razonabilidad de los traslados de cuenta realizados por Delta Bolívar el 19 de noviembre de 1999.

Sobre este particular, siguiendo los sanos principios de la apreciación de la prueba, estima el tribunal que los conceptos rendidos por los peritos designados dentro de este proceso se deben evaluar en su verdadero contexto, para evitar interpretaciones parciales que distorsionen su contenido y alcance.

En este punto, resulta evidente que de acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas personalmente por el perito Eduardo Jiménez Ramírez, el 27 de enero de 2004, ha de concluirse que las obligaciones 7049151 y 7049136 a cargo de Tierra Mar y Aire S.A. por concepto de capital, están vigentes por valor de \$ 250.000.000 y \$ 53.831.820 respectivamente para un total de \$ 303.831.820.

Establece así mismo el perito que estas obligaciones fueron vendidas por Delta Bolívar a Trámites y Cobranzas S.A., el 21 de julio de 2000 por valor de \$ 303.831.820. Con ello resulta entonces probado que hasta el 21 de julio de 2000, Delta Bolívar era el acreedor respecto de las citadas obligaciones.

Del dictamen pericial y de las pruebas documentales del expediente se deduce también que posteriormente, el Banco Davivienda, readquirió a Trámites y Cobranzas S.A., por la suma de \$ 303.831.820 las obligaciones 7049151 y 7049136.

Por último ha quedado establecido que al 27 de enero del 2004, fecha de la evaluación que sobre el particular se realizó en el dictamen que se cita, el perito concluyó que las obligaciones se encontraban vigentes, tal como lo mencionó en las páginas 9, 10, 11, 15, 16 y 17 del escrito de aclaraciones complementaciones presentado el 28 de enero 28 de 2004.

### **13. Pronunciamiento sobre la objeción por error grave al dictamen pericial.**

El dictamen pericial practicado por la perito Martha Helena Orozco, experta en materias económicas, financieras y contables, fue objetado por error grave en varios de sus apartes por el apoderado de la parte convocante, mediante memorial presentado el 31 de octubre de 2003, con el resultado que el tribunal procede a analizar, previa consideración del contenido y alcance de la norma procesal que sirve de base a la actuación.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“Para la contradicción de la pericia se procederá así:

4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá (sic) objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas ...”.

De la norma citada se desprende, como lo reconoce la jurisprudencia y la doctrina nacional, que la objeción procede cuando existe en el peritazgo una equivocación en sus fundamentos grave, de magnitud importante o de

trascendencia, que conduce a conclusiones falsas sobre la materia objeto de la prueba. No se puede confundir “error grave”, con desavenencia con el concepto profesional del perito.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia respecto de los reparos al dictamen pericial que:

“... deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven ...”.

“La tacha por error grave a que se refiere la norma citada no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”<sup>(30)</sup>.

La objeción por error grave la fundamenta el apoderado de la parte convocante en que (i) en el dictamen se presentan como ciertos hechos que no lo son; (ii) que para su dictado se tuvieron como idóneos documentos que no tienen tal calidad y, (iii) algunas de las respuestas son contradictorias.

1. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 2 del auto 7 del 25 de junio de 2003, formulada por la parte convocante y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 1322 del cdno. de pbas. 4).

Objeta la parte convocante el dictamen por error grave por haber tenido en cuenta la perito documentos diferentes a los que ordenó el tribunal observar para emitir su dictamen. Señala la parte convocante que la perito cometió error grave al tomar en cuenta el valor registrado en el balance cortado al último día del mes de febrero de 2000, para responder a la pregunta sobre el valor del fideicomiso al 7 del mismo mes.

El tribunal reconoce que por lo pedido por la parte convocada, la perito debía tener en cuenta para responder las preguntas a ella formuladas todos los documentos obrantes en el expediente y los demás que considerara pertinente solicitar a las partes y no solamente los señalados por la parte convocante.

Conforme a los documentos que obran en el expediente<sup>(31)</sup>, el valor de los bienes fideicomitados representados en facturas cambiarias de compraventa, señalado en el informe de gestión fechado el 7 de febrero de 2000, de \$ 2.892.207.205,32, corresponde al cortado al 31 de enero de 2000 y no al valor preciso del día 7 de febrero de 2000, que era \$ 2.892.920.695,32.

Dado que dicho informe de gestión no reviste las características de una rendición comprobada de cuentas, ni siquiera la de los informes periódicos a que se refiere la Circular Básica Jurídica<sup>(32)</sup>, el tribunal considera aceptable el criterio profesional de la perito de remitirse al balance general auditado cortado al 29 de febrero de 2000, en el que se señala como valor de los activos del patrimonio autónomo representados en aportes en especie, \$ 2.991.338.992.

Este último valor que el apoderado de la parte convocante considera errado, es el mismo que el segundo perito, doctor Eduardo Jiménez Ramírez, señala en el dictamen rendido el 14 de enero de 2004, en la respuesta a la pregunta 1, como valor de los bienes del fideicomiso al 7 de febrero de 2000, soportado en un balance de prueba que Alianza Fiduciaria S.A. entregó cortado a esa misma fecha (fl. 2685 del cdno. de pbas. 7).

De esta manera, lejos de haberse probado el error grave que se le achaca al dictamen rendido por la doctora Martha Helena Orozco, se confirma su exactitud y veracidad.

De la misma forma, el apoderado de la parte convocante objeta por error grave el dictamen pericial, por haberse basado la perito para determinar el valor de los bienes del fideicomiso al 16 de marzo de 2000, en documentos diferentes a los que expresamente el tribunal le ordenó considerar y en estados de cuenta del fideicomiso, elaborados por la parte convocada, que no cumplen con los requisitos señalados por el Decreto 2649 de 1993, para la elaboración de estados financieros completos.

Basta señalar que por lo pedido por la parte convocada, la perito debía tener en cuenta para responder todos los documentos obrantes en el expediente y los demás que considerara pertinente solicitar a las partes y no solamente los señalados por la parte convocante y que el valor del fideicomiso reflejado en los estados financieros auditados fue el señalado por la perito Martha Helena Orozco, \$ 2.895.761.540, misma cifra que confirmó el segundo perito, con base en balance de prueba simulado aportado por Alianza Fiduciaria S.A. El perito Eduardo Jiménez Ramírez ha dicho que para efectos contables, la carta que obra a los folios 48 y 49 del expediente tendría validez si los efectos que de ella se derivan, se encontraran registrados en los libros de contabilidad de Alianza.

Ante esta circunstancia, el tribunal descarta la existencia de error en el dictamen objetado.

También objeta por error grave el apoderado de la parte convocante el dictamen rendido por la perito Martha Helena Orozco porque al responder a la pregunta sobre el valor de los bienes del fideicomiso al 13 de julio de 2000, no tuvo en cuenta la reducción de los activos del patrimonio autónomo como consecuencia del faltante de cartera acaecido en el mes de marzo de ese mismo año.

En el balance de prueba simulado a 13 de julio de 2000, que obra en el expediente como anexo del segundo dictamen pedido por la parte convocante para probar con él el error grave que le achaca al dictamen rendido por la perito Martha Helena Orozco, aparece que el valor de los bienes del fideicomiso es \$ 2.846.355.207,49 suma que difiere en \$ 16.996.729,29 a la que la primera perito indicó al responder la pregunta 2 contenida en el auto 7 del 25 de junio de 2003, por lo que si bien hay un error, este no es grave, por lo inmaterial de la cifra.

Luego del análisis efectuado, el tribunal descarta la existencia de error en el dictamen objetado, por los motivos enunciados por la convocante, en este aparte.

2. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 3 del auto 7 del 25 de junio de 2003, formulada por la parte convocante y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 1323 del cdno. de pbas. 4).

Objeta el apoderado de la parte convocante el dictamen por error grave en la respuesta dada a la pregunta formulada para saber el valor del pago que Delta Bolívar S.A. habría recibido de Alianza Fiduciaria S.A. con recursos del fideicomiso en unas fechas determinadas (7 de febrero, 16 de marzo y 13 de julio de 2000), teniendo en cuenta el valor de las obligaciones garantizadas, el valor del fideicomiso y el porcentaje de participación del acreedor en la garantía, establecido en el mismo dictamen para cada una de esas fechas. Considera el apoderado que la respuesta dada adolece de error grave porque las cifras tomadas como valores del fideicomiso no son ciertas y que para establecer el monto del pago que Delta Bolívar habría recibido, la perito ha debido estimar el valor real del fideicomiso en cada una de esas fechas.

Para probar el error grave aducido el apoderado de la parte convocante pide que un segundo perito experto también en asuntos económicos, financieros y contables, calcule el valor del pago que Delta Bolívar habría recibido en dinero y en cartera existente en el patrimonio autónomo, calculando su valor, ahora sí, neto de provisiones.

Considera el tribunal que la respuesta dada por la perito a la pregunta número 3 del auto 7 del 25 de junio de 2003 es coherente con la respuesta dada a la pregunta 2 del mismo auto y por ende, no adolece de error. No adoleciendo de error grave la respuesta número 2, que se refiere a los valores del fideicomiso en la fechas indicadas, tampoco adolece de error la respuesta número 3, el emplear dichos valores para hacer el cálculo pedido por el apoderado de la parte convocante. La perito respondió, lo que se le preguntó. Para calcular el pago con recursos del fideicomiso, el apoderado de la parte convocante remitió a la perito al valor del fideicomiso dictado en la respuesta a la pregunta 2. La perito Martha Helena Orozco entendió entonces que recursos del fideicomiso eran todos los activos que integraban el patrimonio autónomo y por eso calculó el monto que habría sido pagado a Delta Bolívar en la forma en que lo hizo y ante la solicitud de aclaración y complementación, se ratificó en la respuesta.

La respuesta dada por el perito Eduardo Jiménez Ramírez a la pregunta número 2 no prueba la existencia del error invocado, porque la base de cálculo que se le pide tener en cuenta es diferente de aquella que se le pidió a la primera perito. En el primer caso, la base es el valor bruto del fideicomiso; en el segundo caso, era el valor del fideicomiso, neto de provisiones.

3. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 6 del auto 7 del 25 de junio de 2003, formulada por la parte convocante y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 1327 del cdno. de pbas. 4 y fl. 2396 del cdno. de pbas. 6).

El apoderado de la parte convocante objeta por error grave la respuesta dada a la pregunta número 6 del auto 7 del 25 de junio de 2003, en el sentido de que Davivienda “tiene total posibilidad” de recuperación de los créditos a su favor por la vía del fideicomiso, porque carece por completo de fundamento técnico.

La perito basó su respuesta inicial en un concepto técnico contable, que consiste en la posibilidad que el ente tiene de reversar las provisiones a través de la creación de la cuenta PUC 7422513 “Reintegro Otras Provisiones”.

Pero cuando el apoderado de la parte convocante le pidió el 9 de octubre de 2003, aclarar su respuesta, ella manifestó:

“Si el tribunal de arbitramento considera que la pregunta debe ser interpretada como la posibilidad de recuperación que tenía Davivienda al 30 de junio de 2002 y a 30 de junio de 2003 con base en los recursos líquidos del fideicomiso la respuesta es **ninguna posibilidad**” (resaltado fuera del texto).

Para demostrar el error grave invocado, el apoderado de la parte convocante preguntó al segundo perito sobre la posibilidad de recuperación de los créditos a favor de Davivienda por la vía del fideicomiso, teniendo en cuenta el valor del fideicomiso al corte del 30 de junio de 2002 y 2003, descontando del valor de los activos el monto de las provisiones contabilizadas.

El perito Eduardo Jiménez Ramírez concluyó que “la posibilidad de recuperación que por la vía del fideicomiso tiene Davivienda de los créditos garantizados con corte al 30 de junio de 2002 y 2003, teniendo en cuenta, los elementos solicitados en la pregunta, es de cero”.

El tribunal observa, por un lado, que el concepto técnico o profesional de la perito en materia contable en relación con la posibilidad de reversar una provisión es válido y no está en discusión y, por otro lado, que su opinión financiera sobre la probabilidad de recuperación del crédito por la vía del fideicomiso es exactamente igual a la emitida por el segundo perito, por lo que no reconoce la existencia de error alguno en el dictamen de la doctora Martha Helena Orozco.

4. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 15 del auto 7 del 25 de junio de 2003, formulada por la parte convocante y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 1368 del cdno. de pbas. 4).

El apoderado de la parte convocante objeta por error grave la respuesta dada a la pregunta 15 del auto 7 del 25 de junio de 2003, al decir de él, por el hecho de que la perito no contestó la parte final de dicha pregunta, que se refería a los pagos recibidos sobre los créditos garantizados por el fideicomiso TMA II.

Para el tribunal es claro que no ha habido pago de las obligaciones respaldadas por el fideicomiso, identificadas con los números 7049151 y 7049136 y que por ende el saldo insoluto de los créditos por capital es \$ 250.000.000 y \$ 53.831.820, respectivamente. Si hubo duda o confusión al respecto, esta se explica solamente por la carencia de los soportes de los movimientos contables efectuados por Delta Bolívar el 19 de noviembre de 1999 y no por error que le fuera imputable a la perito. En consideración, el tribunal se abstiene de declarar el error, por no encontrarse probado.

5. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 3 del escrito de ampliación del dictamen, formulada por la parte convocada y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 2395 del cdno. de pbas. 6).

Considera el apoderado de la parte convocante que la respuesta dada a la pregunta de la referencia por la perito

Martha Helena Orozco, adolece de error grave por no haber incluido el valor de la cartera existente en el fideicomiso dentro del cálculo del monto de los pagos que Delta Bolívar habría recibido de Alianza con recursos del patrimonio autónomo, al 16 de marzo y al 13 de julio de 2000; así como por haber tomado cifras que no eran reales y por presentar cifras diferentes en dos respuestas del dictamen sobre un mismo punto.

El tribunal ha encontrado que los valores del fideicomiso establecidos en el dictamen rendido por la doctora Martha Helena Orozco para los días 7 de febrero, 16 de marzo y 13 de julio de 2000, son correctos, se ajustan a los contenidos en los balances de prueba simulados que acogió para rendir el segundo dictamen el perito Eduardo Jiménez Ramírez y por ende no adolecen de error alguno. Dichos valores comprenden tanto el disponible en el fondo común ordinario, como la cartera existente en el fideicomiso, incluyendo las cuentas por cobrar al fideicomitente.

6. En relación con la respuesta dada a la pregunta número 14 del escrito de ampliación del dictamen, formulada por la parte convocada y la respuesta de aclaración y complementación (fl. 2486 del cdno. de pbas. 6).

Considera el apoderado de la parte convocante que la respuesta a la pregunta número 14 del escrito de ampliación del dictamen adolece de error grave, por cuanto al estimar el valor de las facturas del fideicomiso al 14 de marzo de 2000, solamente tuvo en cuenta las que TMA remitió a Alianza el 13 de marzo del mismo año y no las adicionó a las ya existentes en el fideicomiso.

La respuesta dada por la perito Martha Helena Orozco se basa en la certificación dada por el contador y revisor fiscal de Alianza, fechada el 15 de octubre de 2003, conforme a la cual "... el valor en facturas vigentes según arqueo físico realizado el 14 de marzo de 2000 es \$ 534.064.245". Si bien en la relación de facturas TMA, según certificación de revisor fiscal el movimiento semanal de septiembre de 1999 a 15 de marzo de 2000, se muestra un saldo al corte del 14 de marzo de 2000, de \$ 777.125.333,32, es a juicio del tribunal válido que la perito le haya dado mayor crédito al certificado que está suscrito por contador y revisor fiscal, que a una relación de facturas, apócrifa o que no lleva firma. En cualquier caso, la diferencia no modifica el criterio del tribunal expuesto en este laudo y por ende no puede calificar esta circunstancia como error grave.

#### **14. Condena en costas.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, en razón a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, este tribunal se abstendrá de condenar en costas. La anterior decisión se adopta en tanto el tribunal ha encontrado parcialmente prósperas las pretensiones formuladas por la parte actora, como lo reconocerá en la parte resolutive de este laudo.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Protocolización, registro y otros", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. Sin embargo, en el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por mitades por las partes.

#### **V. Decisión**

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que existe y es eficaz como fuente de obligaciones, el contrato de fiducia mercantil de garantía recogido en el documento privado suscrito el 2 de junio de 1993, suscrito entre Tierra Mar Aire S.A. como fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A. (antes Fiduciaria Alianza S.A.), como fiduciario, que dio origen al patrimonio autónomo fideicomiso 1643-0367 TMA II, del cual es beneficiario el Banco Davivienda S.A.

SEGUNDO. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., obró de manera culposa en la estructuración y constitución del fideicomiso 1643-0367 TMA II, al no regular dentro del contrato el procedimiento para la ejecución del mismo, en caso de hacerse necesario el pago con cargo al mismo, de las obligaciones garantizadas con dicho fideicomiso.

TERCERO. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., obró de manera culposa en el manejo del fideicomiso 1643-0367 TMA II, e incumplió el contrato al no haber hecho un adecuado seguimiento y control de los activos radicados en el patrimonio autónomo, lo cual dio lugar a la disminución de la garantía fiduciaria hasta el punto de hacerse insuficiente para atender el pago de las obligaciones garantizadas con la misma, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO. Negar la pretensión cuarta por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., obró de manera culposa en el manejo del fideicomiso 1643-0367 TMA II, e incumplió el contrato al no haber destinado oportunamente los recursos líquidos al pago de las obligaciones exigibles a favor de la convocante.

SEXTO. Declarar Alianza Fiduciaria S.A., incumplió el contrato y sus obligaciones legales al no haber presentado crédito alguno al trámite de reestructuración económica de Tierra Mar y Aire S.A. adelantado ante la Superintendencia de Sociedades.

SÉPTIMO. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., es civilmente responsable frente al Banco Davivienda S.A. por los perjuicios económicos que le irrogó a este, como consecuencia de los incumplimientos declarados en los numerales anteriores.

OCTAVO. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condenar a Alianza Fiduciaria S.A., a pagar a favor del Banco Davivienda S.A., la suma de trescientos cuarenta y tres millones trescientos cuarenta mil ochenta y cuatro pesos (\$ 343.340.084), monto que comprende el daño emergente y su actualización, a partir del 8 de mayo de 2002 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo. Alianza Fiduciaria S.A., deberá cancelar las sumas correspondientes a la condena impuesta, dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

NOVENO. Negar la pretensión formulada bajo el numeral 8.2 de la pretensión octava de la demanda arbitral, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO. Declarar parcialmente probada la excepción de contrato cumplido en tanto que, al haber exigido a los beneficiarios la liquidación de las obligaciones garantizadas Alianza Fiduciaria S.A., no incurrió en incumplimiento del contrato.

DÉCIMO PRIMERO. Declarar no probadas y en consecuencia denegar las demás excepciones formuladas por la sociedad convocada, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SEGUNDO. Abstenerse de condenar al pago de costas y agencias en derecho.

DÉCIMO TERCERO. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada respecto del dictamen pericial rendido por la perito Martha Helena Orozco.

DÉCIMO CUARTO. Disponer que se proceda al pago de los honorarios fijados por el tribunal para los señores peritos Martha Helena Orozco y Eduardo Jiménez, sumas que fueron consignadas a órdenes del presidente del tribunal.

DÉCIMO QUINTO. Ordenar que se compulsen copias de esta providencia a la (\*) Superintendencia Bancaria para que exija de la vigilada los correctivos legales y controles necesarios en el manejo de sus libros y documentos, en atención a lo dispuesto en la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

DÉCIMO SEXTO. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “Protocolización, registro y otros” a las partes, si a ello hubiere lugar según la liquidación final de gastos.

DÉCIMO SÉPTIMO. Ordenar la expedición de copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al representante del Ministerio Público con las constancias de ley (CPC, art. 115-2).

DÉCIMO OCTAVO. En firme el laudo, protocolícese en una notaría de esta ciudad, de conformidad con el

artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones, efecto para el cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

Notifíquese y cúmplase.

*Alfonso Ortiz Del Hierro*, Presidente—*Stella Villegas De Osorio*, árbitro—*Santiago Jaramillo Villamizar*, árbitro.

*Gabriela Monroy Torres*, Secretaria.

La presente providencia fue notificada en estrados.

Dado en Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de abril de 2004.

En mi condición de presidente del tribunal convocado por Banco Davivienda S.A. para dirimir las diferencias con Alianza Fiduciaria S.A., me permito certificar que esta copia auténtica del laudo en 96 folios, es la primera y presta mérito ejecutivo.

*Alfonso Ortiz Del Hierro*, Presidente.

---