

Tribunal de Arbitramento de

Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (EMA)

v.

Lloyds Trust S.A.

Febrero 20 de 2003

## **LAUDO ARBITRAL**

Bogotá, D.C., 20 de febrero de 2003.

Agotado el trámite previsto en la ley, y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se pronuncia en derecho el laudo que pone fin al proceso convocado por MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) contra LLOYDS TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. - FIDUANGLO).

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES GENERALES**

#### **I. ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL.**

El 15 de marzo de 2001, y por conducto de apoderado judicial debidamente constituido al efecto, MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA), en adelante MONÓMEROS, presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá una solicitud de convocatoria arbitral para que se dirimieran las diferencias que esta sociedad planteó contra LLOYDS TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. - FIDUANGLO), en adelante LLOYDS TRUST (visible a folios 01 a 27 del cuaderno principal 1).

Dicha convocatoria arbitral fue admitida mediante auto de fecha 3 de abril de 2001, proferido por el director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. En la misma providencia fue reconocida personería al doctor FERNANDO SILVA GARCÍA, como apoderado de la parte convocante, y se ordenó correr traslado a la parte demandada por el término de diez (10) días señalado en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil (visible a folio 40 del cuaderno principal 1).

Por medio de escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 4 de junio de 2001, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda promovida en su contra por medio del doctor SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, quien presentó poder para el efecto conferido por el doctor VICENTE ACEVEDO MURILLO, en su calidad de representante legal de LLOYDS TRUST (visible a folios 48 a 73 del cuaderno principal 1).

Los HECHOS en los cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS contra LLOYDS TRUST son los que a continuación se sintetizan:

1. Entre las sociedades PRODUCTOS AGROPECUARIOS LTDA. Y CÍA. S. EN C.S. —PROAGRO LTDA. Y CÍA. S. EN C.S.— (en adelante PROAGRO), como Fideicomitente, y SOCIEDAD FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., como Fiduciario, se celebró el contrato de Fiducia contenido en la escritura pública 4097 otorgada el 7 de septiembre de 1995 en la Notaría Trece de Cali. La Fiduciaria cedió el contrato antes citado a favor de FIDUANGLO, mediante escritura pública 7627 otorgada el 29 de diciembre de 1995 en la Notaría Segunda de Bogotá, cesión que fue aceptada por PROAGRO.

2. Dicho contrato tenía como objeto, según la cláusula séptima que: “Los bienes fideicomitidos, los que llegue a adquirir el fideicomiso, y, en general, el patrimonio autónomo que con todos ellos se forma, se encuentran afectos a las siguientes finalidades: a) Garantizar hasta el 83% del valor de los bienes fideicomitidos, las obligaciones presentes o futuras, por concepto de capital, intereses, gastos de cobranza y demás montos accesorios no computados como interés, que aparezcan en los libros o registros de los ACREEDORES GARANTIZADOS y en

cualquier clase de título o documento de carácter civil o comercial que preste mérito ejecutivo y haya sido otorgado, avalado, girado, endosado, aceptado o suscrito por el FIDEICOMITENTE o por terceros que este previamente haya designado ante el FIDUCIARIO con su aceptación, conjunta o separadamente respecto al fideicomiso, frente a los ACREEDORES GARANTIZADOS y/o sus cesionarios o causahabientes, b) Garantizar las obligaciones que EL FIDEICOMITENTE o terceros designados previamente por el mismo con aceptación del FIDUCIARIO contraigan conjunta o separadamente con el fideicomiso y/o con terceros, o que contraiga el fideicomiso con terceros; c) Realizar actos de administración, disposición o constitución de gravámenes sobre la totalidad o parte de los bienes fideicomitados, en función de los objetivos del presente contrato, y conforme a los procedimientos estipulados en el mismo;... e) Servir de fuente de pago en caso que el FIDEICOMITENTE o los terceros que este haya designado no paguen, o se presente uno cualquiera de los casos que determinan la realización de la garantía previstos en este instrumento o en los documentos en los cuales consten las obligaciones garantizadas, facultándose irrevocablemente al FIDUCIARIO para que disponga en su momento de los bienes fideicomitados y con su producto proceda a la cancelación de las obligaciones garantizadas...”.

3. En la escritura de cesión citada en el numeral primero anterior, las partes introdujeron varias modificaciones al contrato, algunas de las cuales fueron citadas en la solicitud de convocatoria arbitral, visible a folios 06 a 09 del cuaderno principal 1, como por ejemplo la definición de beneficiario, la de acreedor garantizado, los bienes fideicomitados, el procedimiento y periodicidad de la práctica y aceptación del Fiduciario de avalúos de los bienes fideicomitados, los derechos de los acreedores garantizados, las obligaciones del Fiduciario, el procedimiento para la realización de los bienes fideicomitados, etc.

4. En desarrollo del contrato antes mencionado y para garantizar el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. – PROCAMPO S.A. (en adelante PROCAMPO), FIDUANGLO expidió y entregó a MONÓMEROS el certificado de garantía fiduciaria 01 de fecha 1° de marzo de 1996, con el cual garantizaba el monto de \$ 3.000.000.000. Igualmente, la Fiduciaria expidió varios certificados de garantía a favor de diferentes entidades, entre ellas el Banco Sudameris Colombia, la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. y la Corporación Financiera de Cundinamarca.

5. PROCAMPO incurrió en mora en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo y en favor de MONÓMEROS, comportamiento que fue informado por la sociedad acreedora a FIDUANGLO, mediante comunicación de fecha 8 de junio de 1997, en la cual solicitó la ejecución de la fiducia. A esa fecha la deuda ascendía a \$ 1.524.999.294.

6. Mediante comunicación del 18 de julio de 1997 FIDUANGLO informó a PROCAMPO acerca de la solicitud de que da cuenta el numeral anterior, consistente en la ejecución de la garantía. Igualmente le solicitó a la sociedad deudora demostrar el pago de la acreencia garantizada, dentro de los sesenta (60) días siguientes. Dicho plazo venció el día 18 de septiembre de 1997, sin que la deudora demostrara la cancelación de la obligación, según lo señalado por FIDUANGLO en la rendición de cuentas a 30 de junio de 1998.

7. En virtud de la no acreditación del pago de las obligaciones a favor de MONÓMEROS, mediante comunicación de fecha 23 de septiembre de 1997, la Fiduciaria le informó a PROAGRO que se procedería a ejecutar el trámite tendiente a la realización de los bienes fideicomitados. Así mismo le solicitó actualizar, dentro de los quince (15) días siguientes, el avalúo comercial, o en su defecto, la Fiduciaria lo ordenaría directamente con cargo al Fideicomitente.

8. Los quince (15) días antes citados vencieron el 8 de octubre de 1997 y solo hasta el 1° de diciembre del mismo año, PROAGRO envió dicho avalúo a la sociedad Fiduciaria. No obstante esta tardanza, FIDUANGLO no ordenó la práctica del avalúo directamente y con cargo al Fideicomitente, como era su obligación.

9. FIDUANGLO contaba con un plazo de seis meses para proceder a la realización de los bienes fideicomitados tal como se había estipulado en el parágrafo segundo de la cláusula vigésimo séptima del contrato, el cual vencía el 18 de marzo de 1998. Sin embargo, solo hasta el 13 de febrero de ese año, la Fiduciaria contactó dos firmas corredoras de inmuebles en la ciudad de Cali, con el fin de ofrecer en venta dichos bienes. Fue así como al vencimiento del término concedido en el contrato, FIDUANGLO no había logrado la venta de los inmuebles objeto de la fiducia.

10. Por otro lado, la Fiduciaria incumplió el contrato al reducir unilateralmente el monto de la garantía fiduciaria expedida a favor de MONÓMEROS, representada en el certificado de garantía fiduciaria 01 de fecha 1° de marzo de 1996, toda vez que la cláusula décimo primera del mismo establecía como obligación a cargo del Fiduciario llevar una relación, a título meramente informativo, de los acreedores garantizados, pero ello no facultaba a FIDUANGLO para disminuir el monto de la garantía fiduciaria, teniendo en cuenta que la participación de cada uno de los acreedores garantizados solo se extinguía con el pago total de sus acreencias garantizadas, de conformidad con lo indicado en la cláusula décimo cuarta del contrato.

11. La Superintendencia de Sociedades mediante auto N° 410-620 3330 del 5 de mayo de 1998, convocó a PROCAMPO al trámite de un concordato preventivo en los términos de la Ley 222 de 1995. El 4 de junio del mismo año, FIDUANGLO solicitó a dicha superintendencia adicionar la citada providencia en el sentido de indicar si la Fiduciaria podía proceder o no a enajenar los bienes del fideicomiso, sin autorización previa de dicha entidad de control.

12. En virtud de lo anterior, mediante auto 410-620-34077 del 19 de junio de 1998, dicha superintendencia señaló a FIDUANGLO que *“deberá abstenerse de ejecutar los contratos de fiducia celebrados con la concordada, so pena de incurrir en ineficacia de pleno derecho”*.

13. Así mismo, el 1° de septiembre de 1998 mediante auto 410-620 6687 la Superintendencia de Sociedades convocó a PROAGRO al trámite de un concordato preventivo en los términos de la Ley 222 de 1995.

14. La Fiduciaria incurrió en una conducta negligente en el manejo del fideicomiso al no ofrecer en dación en pago los bienes fideicomitados, entre el 19 de marzo y 1° de septiembre de 1998, a MONÓMEROS y a los demás acreedores garantizados, teniendo en cuenta que la providencia por medio de la cual se convocó a PROCAMPO al trámite concordatario, no le impedía a la Fiduciaria continuar válidamente con la ejecución del contrato celebrado con PROAGRO, persona jurídica diferente.

15. FIDUANGLO mediante comunicación del 7 de octubre de 1998 le solicitó a la Superintendencia autorización para transferir a título de dación en pago, los bienes fideicomitados a favor de los acreedores garantizados. Solicitud negada mediante providencia 410-8523 del 26 de octubre de 1998 emanada de la Superintendencia de Sociedades, en contra de la cual la Fiduciaria no interpuso recurso alguno para hacer prevalecer el negocio fiduciario.

16. Los incumplimientos en que incurrió FIDUANGLO evidencian una actuación negligente, imprudente y no profesional de parte de dicha sociedad en el manejo del fideicomiso que le fue confiado, y constituyen la causa de los perjuicios económicos sufridos por MONÓMEROS, que equivalen al valor de las obligaciones existentes a cargo de PROCAMPO y a favor de la sociedad convocante y el lucro cesante causado sobre dicho valor.

Las PRETENSIONES de la demanda son las siguientes:

***“ PRIMERA. Que existe y es eficaz el certificado de garantía fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1° de marzo de 1996, expedido y entregado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO (hoy LLOYDS TRUST S.A.) favor de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA), en desarrollo del contrato y con cargo al fideicomiso mercantil de garantía irrevocable denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO”.***

***SEGUNDA. Que LLOYDS TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no realizar diligentemente las gestiones tendiente a la venta de los bienes inmuebles fideicomitados en virtud del contrato, dentro del término de seis (6) meses estipulado en el parágrafo segundo de la cláusula vigésima del contrato.***

***TERCERA. Que LLOYDS TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO), obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO” e incumplió el Contrato al no ofrecer a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) los bienes fideicomitados en dación en pago para cancelar las obligaciones***

garantizadas con el certificado de garantía fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1º de marzo de 1996, al vencimiento del término contractual de seis (6) meses estipulado en el parágrafo segundo de la cláusula vigésimo séptima del contrato.

**CUARTA.** Que **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “**FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO**” e incumplió el contrato al no pagar a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** las obligaciones a favor de esta y a cargo de la sociedad **PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. – PROCAMPO S.A.** que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria en su condición de vocera del referido fideicomiso mercantil de garantía constituido en virtud del contrato.

**QUINTA.** Que como consecuencia de la conducta negligente e imprudente de **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “**FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO**” y de los incumplimientos contractuales declarados conforme a las pretensiones segunda y/o tercera y/o cuarta precedentes, **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) es civilmente responsable frente a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** por los perjuicios económicos que le irrogó con dichos incumplimientos, y en particular por el no pago con cargo a los bienes fideicomitidos de las obligaciones respaldadas en virtud de la expedición del certificado de garantía fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1º de marzo de 1996.

**SEXTA.** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) debe pagar a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)**, a título de indemnización de perjuicios, el valor de las obligaciones respaldadas con el certificado de garantía fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1º de marzo de 1996, así:

6.1. Por daño emergente, la suma de mil quinientos veinticuatro millones novecientos noventa y nueve mil doscientos noventa y cuatro pesos moneda legal colombiana (\$ 1.524.999.294), o la suma que en su lugar determine el Tribunal de Arbitramento.

6.2. Por lucro cesante, la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico sufrido por mi representada al haber sido injustamente privada por **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) de la oportuna disponibilidad del pago de las obligaciones a su favor y a cargo de la sociedad **PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. – PROCAMPO S.A.** que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria en su condición de vocera del referido fideicomiso mercantil de garantía constituido en virtud del contrato, amparadas con el certificado de garantía fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1º de marzo de 1996, ya fuera en dinero o en especie, determinada mediante estimación efectuada por peritos, o la suma que el Tribunal de Arbitramento determine por este concepto.

**SÉPTIMA.** En subsidio de la pretensión recogida bajo el numeral 6.2 de la pretensión sexta precedente, solicito que se condene a **LLOYDS TRUST S.A.** (antes **SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. – FIDUANGLO**) a pagar a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** 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 8 de julio de 1997 y la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o por el período que determine el Tribunal de Arbitramento y;

**OCTAVA.** Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada” (subrayado del Tribunal).

LLOYDS TRUST se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS; también se opuso a que el pacto arbitral, comprendido en la cláusula trigésimo quinta del contrato de fiducia mercantil de garantía irrevocable contenido en la escritura pública 7627, otorgada el 29 de diciembre de 1995 en la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, cobijara a la sociedad convocante por no ser parte en el contrato referido. Igualmente, se manifestó sobre los hechos invocados por la parte convocante para sustentar

las pretensiones, aceptó, haciendo aclaraciones, algunos de ellos; negó otros; y dijo no ser hechos otros más.

Como EXCEPCIONES DE MÉRITO tendientes a enervar las pretensiones principales de la demanda, propuso las que denominó “CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FIDUCIARIAS EN FORMA DILIGENTE Y PROFESIONAL”, “INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA AL FIDUCIARIO”, “INEXISTENCIA. DE DEMORA EN LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA”, “APROBACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA FIDUCIARIA POR PARTE DE LA SOCIEDAD CONVOCANTE”, “LIBERACIÓN DE LA FIDUCIARIA Y/O IMPROCEDENCIA. DE LAS PRETENSIONES POR VIRTUD DE LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTENIDA EN EL ACUERDO CONCORDATARIO”, “INEXISTENCIA. DEL DAÑO ALEGADO POR LA DEMANDANTE”, “INEXISTENCIA. DE VÍNCULO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA Y EL SUPUESTO DAÑO SUFRIDO POR EL CONVOCANTE” y expresamente propuso la genérica, a la que denominó “TODA OTRA EXCEPCIÓN QUE APAREZCA PROBADA A LO LARGO DE ESTE PROCESO Y CUYA DECLARATORIA DEBA HACER EL TRIBUNAL, AÚN DE OFICIO”.

El 11 de junio de 2001, el apoderado judicial de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS se pronunció acerca de la objeción a la competencia del Tribunal, planteada por la sociedad convocada en la contestación de la demanda, y solicitó el decreto y práctica de varias pruebas (visible a folios 79 a 84 del cuaderno principal 1).

En auto de fecha 13 de junio de 2001 se fijó como fecha para que tuviera lugar la audiencia de conciliación de la fase prearbitral, el día 27 de junio del mismo año.

En esa fecha se hicieron presentes los apoderados de las partes y sus representantes legales. Establecida la imposibilidad de llegar a un acuerdo, las partes solicitaron, que de conformidad con los términos de la cláusula compromisoria, se suspendiera el sorteo público de árbitros, hasta el día 15 de agosto de 2001, fecha en la cual harían llegar al Centro de Arbitraje y Conciliación una lista de árbitros preseleccionada, a fin de que el sorteo se realizara de la misma. Así mismo manifestaron que si a esa fecha no habían llegado a un acuerdo en ese sentido, el sorteo debía realizarse de la lista de árbitros del centro (visible a folios 91 a 92 del cuaderno principal 1).

El 14 de agosto de 2001, los apoderados de las partes presentaron memorial conjunto, en el cual solicitaron prórroga del término por ellos convenido para enviar la lista preseleccionada de árbitros, a fin de que el sorteo se realizara de la misma, hasta el 27 de agosto del mismo año (visible a folio 104 del cuaderno principal 1).

El 27 de agosto de 2001 y así sucesivamente los días en que se vencía el término convenido para el envío de la lista preseleccionada de árbitros, a fin de que el sorteo se realizara de la misma, los apoderados de las partes presentaron varios memoriales conjuntos solicitando nuevas prórrogas del mismo, el cual finalmente venció el 22 de octubre de 2001 (folios 106, 109, 111, 112, y 113 del cuaderno principal 1).

El 22 de octubre de 2001 los apoderados de las partes, presentaron memorial conjunto que contenía una lista de árbitros, todos pertenecientes a la lista del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de que el sorteo se realizara de la misma (visible a folio 114 del cuaderno principal 1).

La Junta Directiva de la Cámara de Comercio, previo sorteo realizado de la lista suministrada de común acuerdo por los apoderados de las partes, designó como árbitros para la integración de este Tribunal a los doctores JORGE SUESCÚN MELO, ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ y ALEJANDRO VENEGAS FRANCO; y como suplentes numéricos, los doctores JULIO HERNANDO YEPES ARCILA, LUIS HERNANDO PARRA NIETO y CARLOS DARÍO BARRERA TAPIAS (folio 116 del cuaderno principal 1).

Una vez les fue comunicada su designación a los árbitros principales escogidos por sorteo público de la lista preseleccionada por las partes, estos manifestaron expresa y oportunamente su aceptación mediante sendas comunicaciones que obran a folios 120 a 127 del cuaderno principal 1.

Aceptados los cargos, el Centro de Conciliación y Arbitraje mediante auto de fecha 3 de diciembre de 2001, fijó la fecha para llevar a cabo la audiencia de instalación y citó a las partes para el efecto.

La audiencia de instalación tuvo lugar el día 11 de diciembre de 2001, fecha en la cual se designó como Presidente

del Tribunal al doctor ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ y como Secretaria del mismo a la doctora EUGENIA BARRAQUER SOURDIS (folios 139 al 142 del cuaderno principal 1). El primero de ellos aceptó en la audiencia de instalación.

Así mismo, se fijaron los gastos de funcionamiento del Tribunal y los honorarios de sus integrantes por medio de auto dictado en el curso de la audiencia, el cual no fue objeto de recursos.

Las partes, en la oportunidad legal, consignaron a nombre del presidente, las sumas de dinero que a cada una correspondía sufragar.

El 12 de febrero de 2002, la Secretaria tomó posesión del cargo ante el Tribunal, el cual dictó el auto 2 de la misma fecha en el que se fijó el día y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite (visible a folios 144 y 145 del cuaderno principal 1).

En la fecha prevista para el inicio de la primera audiencia de trámite, 20 de febrero de 2002, el doctor ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, presentó renuncia al cargo como árbitro, en atención a que tuvo conocimiento que el doctor Luis Carlos Neira Mejía, con quien proyectaba establecer una sociedad en ese momento, era miembro suplente de la junta directiva de la sociedad convocante.

El Tribunal aceptó la renuncia mediante auto 3 de fecha 20 de febrero de 2002, providencia en la cual ordenó comunicar a los árbitros suplentes, la renuncia del doctor Mendoza para que manifestaran en su orden numérico, si aceptaban integrar el Tribunal en su reemplazo (folios 146 a 148 del cuaderno principal 1).

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal, por secretaría se le comunicó la designación al doctor JULIO HERNANDO YEPES ARCILA, quien dentro del término legal, aceptó integrar el Tribunal en reemplazo del doctor Mendoza (folios 149 y 150 del cuaderno principal 1).

El Tribunal, en fecha 10 de abril de 2002 designó como Presidente al doctor JORGE SUESCÚN MELO (acta 5 visible a folio 154 del cuaderno principal 1).

El 19 de marzo de 2002 el Tribunal dictó el auto 4, por medio del cual fijó fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite (visible a folio 153 del cuaderno principal 1).

## **II. EL TRÁMITE ARBITRAL**

Se inició con la primera audiencia de trámite el 10 de abril de 2002.

En el curso de la misma, el Tribunal se declaró con competencia para conocer y decidir el proceso mediante auto 5 de fecha 10 de abril de 2002, providencia contra la cual el apoderado de la sociedad convocada interpuso recurso de reposición. La audiencia se suspendió y el Tribunal fijó fecha para su continuación (folios 154 a 160 del cuaderno principal 1).

El 17 de abril de 2002 se continuó con la primera audiencia de trámite, en la cual el doctor RAMIRO BEJARANO GUZMÁN presentó sustitución efectuada por el doctor SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, apoderado de la sociedad convocada, frente a lo cual el Tribunal le reconoció personería para actuar. En el curso de la misma audiencia se dictó el auto 7, mediante el cual el Tribunal, previas las consideraciones del caso, confirmó en todas sus partes el auto 5 de fecha 10 de abril de 2002 por medio del cual se declaró competente para conocer las pretensiones formuladas por la convocante y las excepciones propuestas por la convocada (visible a folios 179 a 183 del cuaderno principal 1).

Por auto 8, proferido igualmente, en el curso de la primera audiencia de trámite, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, accediéndose a la totalidad de las solicitadas por las partes, en la forma consignada en la citada providencia (visible a folios 184 a 188 del cuaderno principal 1).

En la audiencia llevada a cabo el 23 de abril de 2002 el doctor FERNANDO SILVA GARCÍA, apoderado principal de la sociedad convocante, manifestó que sustituía el poder que le fuera conferido, al doctor JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, frente a lo cual el Tribunal le reconoció personería para actuar.

El trámite se desarrolló en veintiún (21) audiencias durante las cuales se evacuaron las pruebas decretadas, que incluyeron sendos interrogatorios a los representantes legales de las partes convocante y convocada, la recepción de varios testimonios, y oficios a varias entidades, los cuales fueron oportunamente contestados.

Adicionalmente, el Tribunal decretó las inspecciones judiciales con exhibición de documentos solicitadas por las partes en las oportunidades legales, las cuales se llevarían a cabo en las oficinas de la sociedad convocante, la convocada, y en PROAGRO y PROCAMPO, pero suspendió la decisión relativa a la fecha para su práctica. No obstante lo anterior, los apoderados de las partes desistieron de la práctica de estas pruebas, en razón a que ellos mismos, de común acuerdo, allegaron al expediente los documentos que eran objeto de exhibición en tales inspecciones, desistimiento aceptado por el Tribunal mediante auto 30 del 4 de diciembre de 2002, visible a folios 281 y 282 del cuaderno principal 1.

Al Tribunal le prestaron su concurso, como peritos economistas y contables, las doctoras ANA MATILDE CEPEDA y ESPERANZA ORTIZ, nombradas por el Tribunal mediante auto 8 del 17 de abril de 2002, quienes rindieron dos dictámenes periciales, el primero a instancia de la parte convocante y el segundo de la convocada.

El primer dictamen pericial contable y financiero, que tuvo las aclaraciones y complementaciones ordenadas en su oportunidad (auto 17 del 21 de agosto de 2002 visible a folio 245 del cuaderno principal 1), fue objetado por error grave por el apoderado de la sociedad convocada, tal como consta en el memorial que obra a folios 363 a 368 del cuaderno del dictamen pericial 1, en el cual solicitó tener como pruebas las documentales que reposan en el expediente. El apoderado de la convocante presentó memorial el 18 de septiembre de 2002, describiendo el traslado del escrito de objeción ya mencionado. Las manifestaciones así hechas por los apoderados serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal en la presente providencia.

El dictamen pericial rendido a instancia de la parte convocada, fue también objeto de aclaraciones y complementaciones que el Tribunal ordenó en su oportunidad mediante auto 23 del 7 de octubre de 2002, visible a folio 263 del cuaderno principal 1. Así mismo, este dictamen fue objetado por error grave por el señor apoderado de la sociedad convocada, como da cuenta el escrito que obra a folios 185 a 189 del cuaderno del dictamen pericial 2, en el cual solicitó tener como pruebas las documentales que reposan en el expediente. El apoderado de la convocante presentó memorial el 29 de noviembre de 2002, describiendo el traslado del escrito de objeción ya mencionado. Las manifestaciones así hechas por los apoderados serán objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal en la presente providencia.

El Tribunal, en uso de su facultad oficiosa, ordenó mediante auto 24 de fecha 7 de octubre de 2002 (folio 263 del cuaderno principal 1), oficiar a la Superintendencia de Sociedades (Cali) a fin de que remitiera copia auténtica de la aprobación impartida a la reforma del concordato de las sociedades PROAGRO, PROCAMPO y QUIMOR. Así mismo mediante auto 31 del 4 de diciembre de 2002 visible a folio 283 del cuaderno principal 1, ordenó oficiar a la misma superintendencia con el objeto de que aclarara parte del contenido del texto del acta correspondiente a la reunión en la cual se aprobó dicho acuerdo.

El apoderado de la sociedad convocada desistió del testimonio del señor Julio Guillermo Valencia, que había sido decretado en su oportunidad, desistimiento aceptado por el Tribunal mediante auto 15 de fecha 27 de mayo de 2002 visible a folio 231 del cuaderno principal 1. Así mismo desistió de la práctica del dictamen pericial que deberían elaborar expertos en propiedad inmobiliaria, el cual también había sido decretado en su oportunidad, desistimiento aceptado por el Tribunal en auto 16 del 12 de junio de 2002 visible a folio 237 del cuaderno principal 1.

La doctora EUGENIA BARRAQUER SOURDIS, el día 25 de septiembre de 2002, presentó renuncia al cargo de Secretaria que venía desempeñando, la cual fue aceptada por el Tribunal. Por tal motivo designó en su reemplazo a la doctora SONIA JIMENA ROJAS LARA, quien tomó posesión del cargo el 30 de septiembre de 2002.

La audiencia de alegaciones se llevó a cabo el 12 de diciembre de 2002, con intervención oral de los apoderados de las dos partes, e incorporación al expediente del resumen escrito de las mismas, a las cuales se referirá en lo pertinente el Tribunal durante el análisis de las cuestiones controvertidas.

En la misma audiencia se fijó el 20 de febrero de 2003 como fecha para realizar la audiencia de laudo.

Debe señalarse, entonces, que la primera audiencia de trámite inició el 10 de abril de 2002 y fue suspendida por el Tribunal para continuarla el 17 del mismo mes y año, fecha en la cual terminó con el decreto de pruebas. El proceso fue suspendido por solicitud conjunta de los apoderados, oportunamente decretada por el Tribunal, en las siguientes oportunidades: entre el 13 de junio de 2002 y el 11 de agosto del mismo año, ambas fechas inclusive; entre el 13 y 26 de noviembre de 2002, incluidas las dos fechas; entre 5 y 11 de diciembre de 2002, ambas fechas incluidas; entre el 13 de diciembre de 2002 y el 19 de febrero de 2003, igualmente ambas fechas incluidas.

En consecuencia, se encuentra el Tribunal dentro del término previsto en la ley para proferir el laudo arbitral que ponga fin al proceso.

### **III. PRESUPUESTOS PROCESALES**

El Tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y no observa que en el trámite del proceso se haya presentado causal de nulidad alguna capaz de invalidar en todo o en parte lo actuado.

No existe duda sobre la competencia del Tribunal para dirimir el litigio planteado, tal como se definió, en la oportunidad legal, mediante auto 5 del 10 de abril de 2002, confirmado por auto 7 del 17 de abril del mismo año.

Por tal motivo se procede a desatar el proceso en los términos contenidos en los capítulos siguientes.

## **CAPÍTULO II**

### **CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **I. ASPECTOS GENERALES DEL DEBATE**

El presente proceso versa sobre un caso de responsabilidad contractual, pues en él se persigue que a la demandante MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) se le indemnicen los perjuicios que alega le fueron irrogados por la demandada LLOYDS TRUST S.A. (antes Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. -Fiduanglo) como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta última, en su carácter de Fiduciaria, en el contrato de fiducia mercantil en garantía irrevocable, perfeccionado a través de la escritura pública 4097 del 7 de septiembre de 1995, de la Notaría 13 del Círculo de Cali, contrato este celebrado entre Productos Agropecuarios Ltda. y Cía. S. en C.S. "PROAGRO", en calidad de Fideicomitente y Fiduciaria del Estado S.A., en calidad de Fiduciaria, la cual posteriormente cedió su posición contractual a la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. -Fiduanglo- (hoy LLOYDS TRUST S.A.), mediante escritura pública 7627 del 29 de diciembre de 1995, de la Notaría Segunda de Bogotá D.C., cesión esta que fue aceptada por PROAGRO. Las partes, en el señalado instrumento de cesión introdujeron algunas modificaciones al contrato original objeto de la cesión.

El propósito de la fiducia así formalizada consistía en la constitución de un patrimonio autónomo denominado "Fideicomiso de garantía Proagro-Fiduanglo", conformado mediante la transferencia en propiedad fiduciaria, por parte del Fideicomitente, de ocho inmuebles ubicados en el Municipio de Buga-Valle del Cauca- con el fin de asegurar a los acreedores garantizados, el pago de las obligaciones insolutas, de las que aquellos fueran titulares y que hubieran sido garantizadas por el patrimonio autónomo, a través de la expedición de los correspondientes certificados de garantía.

Es así como la cláusula séptima del contrato describe su objeto, en los siguientes términos:

*“SÉPTIMA: Objeto del Fideicomiso. Los bienes fideicomitados, los que llegue luego a adquirir el fideicomiso, y, en general, el patrimonio autónomo que con todos ellos se forma, se encuentran afectos a las siguientes finalidades: a) Garantizar hasta el 83% del valor de los bienes fideicomitados las obligaciones presentes o futuras, por concepto de capital, intereses, gastos de cobranza y demás montos accesorios no computables como interés, que aparezcan en los libros o registros de los ACREEDORES GARANTIZADOS y en cualquier clase de título o documento de carácter civil o comercial que preste mérito ejecutivo y haya sido otorgado, avalado, girado, endosado, aceptado o suscrito por el FIDEICOMITENTE o por terceros que este previamente haya designado*

*ante el FIDUCIARIO con su aceptación, conjunta o separadamente respecto al fideicomiso, frente a los ACREEDORES GARANTIZADOS y/o sus cesionarios o causahabientes, b) Garantizar las obligaciones que el FIDEICOMITENTE o terceros designados previamente por el mismo con aceptación del FIDUCIARIO contraigan conjunta o separadamente con el fideicomiso y/o con terceros, o que contraiga el fideicomiso con terceros; c) Realizar actos de administración, disposición o constitución de gravámenes sobre la totalidad o parte de los bienes fideicomitados, en función de los objetivos del presente contrato, y conforme a los procedimientos estipulados en el mismo; d)...; e) Servir de fuente de pago en caso que el FIDEICOMITENTE o los terceros que este haya designado no paguen, o se presente uno cualquiera de los casos que determinan la realización de la garantía previstos en este instrumento o en los documentos en los cuales consten las obligaciones garantizadas, facultándose irrevocablemente al Fiduciario para que disponga en su momento de los bienes fideicomitados y con su producto proceda a la cancelación de las obligaciones garantizadas. F)... ”.*

Para la efectividad de la garantía fiduciaria, la cláusula décima quinta del contrato establece los derechos de los acreedores garantizados, entre ellos el previsto en su numeral 5º, según el cual aquellos pueden exigir al Fiduciario la enajenación total o parcial de los bienes fideicomitados para con su producto pagar las obligaciones garantizadas. En el mismo orden de ideas, la cláusula vigésimo tercera enuncia las obligaciones del Fiduciario, dentro de las que se destaca la de realizar total o parcialmente los bienes que conforman el patrimonio autónomo para con su producto cancelar todo o parte de las prestaciones garantizadas.

Por su parte, la cláusula vigésimo sexta señala cuándo la Fiduciaria ha de proceder a la realización de los bienes fideicomitados, disponiendo, ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas, los pasos que debe seguir la Fiduciaria, lo que se complementa con la cláusula vigésimo séptima, la cual contiene el procedimiento que debe surtir para la enajenación de dichos bienes o para su ofrecimiento, en dación en pago, a los acreedores garantizados.

El contrato de fiducia celebrado sirve de régimen general para que el Fiduciario lleve a cabo en adelante múltiples operaciones de garantía con los beneficiarios de los certificados que expida. Se trata, entonces, de un marco reglado dentro del cual se desarrollan sucesivos negocios, lo que significa que es un medio para la conclusión de otros contratos, por lo que la doctrina moderna califica este tipo de relación mercantil como un contrato normativo, pues previene la celebración y ejecución de otros negocios, que habrán de regirse por las pautas generales señaladas en aquel. El rasgo principal del contrato normativo consiste en determinar el contenido mínimo o pleno de otro contrato futuro, que se celebrará entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros (1).

La Fiduciaria se obligó de manera firme y clara ante los potenciales acreedores garantizados, mediante una manifestación unilateral de voluntad, efectuada en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, en el que las partes hicieron determinadas estipulaciones para otro(s), es decir, a favor de los terceros beneficiarios del mencionado mecanismo de garantía, quienes habrían de ser determinados mediante la expedición del correspondiente certificado de garantía. De esta manera, tales beneficiarios tienen acción directa contra la Fiduciaria, tanto por previsión legal como por los pactos contenidos en el contrato de fiducia.

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

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

La doctrina mayoritaria explica que en los casos de estipulación para otro se presenta, precisamente, un compromiso unilateral adherido a contrato, es decir, en aquellas hipótesis en que una persona (Promitente) se obliga en favor de un tercero (Beneficiario) en virtud de convención celebrada con otro (Estipulante). En estos supuestos, las obligaciones a favor del tercero solo se explican por la voluntad unipersonal del deudor, es decir, del Promitente, quien no puede desligarse de su compromiso sino por causas legales. De esta forma, la ley permite que este acto unipersonal genere derechos para terceros que no participaron directamente, ni por representación, en su otorgamiento, a condición de que el tercero acepte la estipulación hecha en su favor. Así las cosas, ese beneficiario

adquiere, desde un comienzo, el derecho correlativo al compromiso unilateral que contrae el Promitente, pero sujeto a una condición potestativa consistente en su propia aceptación. Cumplida la condición, los efectos que produce son retroactivos, por cuanto se considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación.

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

Por tanto, el compromiso unilateral adherido a contrato es fuente de obligación para el Promitente y de crédito para el beneficiario, aplicándosele a aquel las reglas de la responsabilidad contractual, en caso de incumplimiento del compromiso asumido, según lo tiene definido la doctrina [\(2\)](#)

## **II. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

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

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de las obligaciones a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, vale decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte, según la cual, “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato, como fuente de obligaciones que se afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento” [\(3\)](#)

En el mismo sentido se han pronunciado otras providencias de la Sala Civil, al puntualizar que los elementos configurativos de la responsabilidad contractual son “la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inexecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño” [\(4\)](#)

## **III. EL CONTRATO DE FIDUCIA. EN GARANTÍA**

Sea lo primero advertir que la legislación colombiana no define la fiducia en garantía, quizás bajo el influjo de la consideración conforme a la cual esta es labor necesaria cuando se trata de deslindar o diferenciar modalidades contractuales respecto de otras similares. En todo caso desde 1974 la Superintendencia Bancaria, en el ámbito de sus funciones administrativas, se ha referido constantemente sobre dicha figura, en un principio dicho órgano de supervisión y vigilancia no consideró admisible la figura [\(5\)](#), considerándola ilícita ya que, a su juicio, desconocía las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, toda vez que se consideraba que por medio de la fiducia de garantía se violaban indirectamente las leyes que prohíben el pacto comisorio; posteriormente y bajo la consideración que no procede el pacto comisorio en los casos en los cuales el beneficiario del fideicomiso es un tercero se modificó el criterio de dicho ente [\(6\)](#) y finalmente las indicaciones administrativas vigentes se encuentran contenidas la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, cuyo título quinto, capítulo primero, numeral 3°, literal b), señala lo siguiente:

*“Entiéndase por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, y los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas*

***obligaciones a su cargo y a favor 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”.***

Siendo entonces claro que se entiende por fiducia en garantía aquella en la cual **“...el deudor transfiere determinados bienes a una entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una o más obligaciones principales para que en el evento en que no se satisfagan, se proceda a la venta de los bienes y con el producto se le cancelen los créditos al acreedor”** (7)

En la doctrina foránea a la fiducia en garantía, que corresponde a un *atributo cum creditore*, se le describe con una finalidad de respaldo, toda vez que sirve para garantizar un crédito, de suerte que el Fiduciario restituye al Fideicomitente los bienes fideicomitidos cuando se ha saldado la deuda (8)

Dada la función empresarial de respaldo de negocios que cumple la fiducia en garantía es asunto que se asocia a procesos concursales, motivo por el cual ha sido la Superintendencia de Sociedades otro órgano administrativo que se ha pronunciado al respecto, en diversas oportunidades, por ejemplo en auto 410-7500 indicó que son características de este tipo de fiducia las siguientes:

i. Las obligaciones que se amparan son obligaciones del Fideicomitente: Con ello se quiere decir que las obligaciones que se respaldan por medio del patrimonio autónomo son obligaciones del Fideicomitente, más no del Fiduciario.

ii. El Fiduciario obra por interés y bajo instrucciones del Fideicomitente: Esto quiere decir que el Fiduciario no obra como un “... tercero absoluto sino como un tercero relativo, toda vez que su conducta es consecuencia del cumplimiento de una obligación que asumió previamente con el fideicomitente. De ello se deriva que, cuando la fiduciaria procede a enajenar los bienes y a pagar con su producido al acreedor, está también pagando su propia obligación, en el sentido que está cumpliendo con la prestación a la cual se comprometió al suscribir el negocio fiduciario” (9)

iii. La Fiduciaria no puede hacer lo que al deudor no le es permitido: Es claro este punto, el cual se encuentra conforme a la consideración de la circular básica jurídica, la cual es clara en indicar que:

*“El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.*

iv. La transferencia de bienes: Se presenta una transferencia de bienes para que estos sirvan como respaldo de las obligaciones del Fideicomitente, esta situación es aún más evidente en el caso que no cumplida la obligación se **deben** enajenar dichos bienes y se deba proceder al pago con el producto de dicha enajenación.

v. La fiducia en garantía constituye un derecho personal: Como consecuencia de lo anterior es claro que si el Fiduciario desatiende las instrucciones del Fideicomitente, transfiere los bienes a un tercero, los acreedores beneficiarios de los certificados de garantía no pueden perseguir dichos bienes, ni exigir a quien los adquirió su acreencia, sino que deben impugnar el acto fiduciario para obtener la restitución de los bienes.

vi. La fiducia en garantía como forma de ejecución extrajudicial: Se presentan mecanismos por los cuales el acreedor puede gozar del beneficio del pago de su derecho, sin tener que recurrir a la opción de garantías personales o reales (10)

vii. Irrevocable: En virtud a la naturaleza de la fiducia es clara su irrevocabilidad, además en este tipo de fiducia es aún más evidente toda vez que no es posible dejar en manos del garantizado la real efectividad del instrumento.

viii. Tratamiento contable y tributario: A nivel contable se ha determinado que son activos intangibles los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil, igualmente dichos fideicomisos se registran en el rubro de bienes y valores entregados en garantía; en cuanto al tratamiento tributario se debe establecer que el estatuto tributario consagra en su artículo 102, ciertas reglas para el pago del impuesto a la renta, indicándose por regla

general que los ingresos originados en los contratos de fiducia se causan en el momento en que se produce el incremento en el patrimonio del fideicomiso o del cedente, en adición se determina que las utilidades obtenidas en los fideicomisos se incluirán en la declaración de renta de los beneficiarios, ahora bien si los beneficiarios no se pudiesen identificar resultará gravado el patrimonio autónomo el cual para dicho caso se asimila a una sociedad anónima.

Es claro en este tipo de fiducias la existencia de un patrimonio autónomo, el cual se conforma con la totalidad de los bienes transferidos, los cuales están afectos a la finalidad querida por el constituyente y cuyo vocero es la Fiduciaria, que expedirá los llamados certificados de garantía a favor de los acreedores beneficiarios, como aquel que obra en el expediente contentivo del presente trámite arbitral.

El contrato de fiducia en garantía cumple varias funciones, entre otras se encuentran las siguientes: (i) Se pueden garantizar varias obligaciones en primer grado con un mismo bien; (ii) Los bienes dados en garantía solo deben responder por las obligaciones expresamente determinadas. Por consiguiente, no pueden ser perseguidos por obligaciones contraídas con posterioridad a la celebración del contrato, y (iii) mediante su constitución se evitan los costos de un proceso judicial, ya que la fiducia en garantía constituye una lícita realización extrajudicial.

Dada la relativa incidencia que tiene en el asunto sometido a decisión del Tribunal es relevante establecer la afectación de las fiducias en los casos en los cuales se presenta un proceso concursal, propósito para el cual es útil señalar que conforme lo previsto en la Ley 222 de 1995 son de dos tipos, en primer lugar el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor; y en segundo lugar el concurso liquidatorio de los bienes que hacen parte del patrimonio del deudor, estos dos tipos evidencian que “el proceso concursal busca el restablecimiento de esta (la empresa) con el apoyo de la comunidad de acreedores, quienes al rescatar la empresa ponen a cubierto su fuente de pago. Y si el saneamiento no es posible, el crédito vendrá a ser protegido conforme a los privilegios y preferencias que le correspondan seguridad indispensable para el sistema económico” [\(11\)](#)

La Superintendencia de Sociedades ha sido reiterativa en establecer lo siguiente:

*“Sea lo primero poner de presente que la fiducia mercantil, en esencia irrevocable, constituye un mecanismo contractual idóneo y usualmente utilizado en nuestro país para garantizar el pago de obligaciones a cargo de una persona llamada fideicomitente, quien por virtud del contrato transfiere uno o más bienes especificados a otra llamada fiduciario, para que en el evento de acaecer una condición, esta proceda a pagar las obligaciones garantizadas con el producto de su venta o con los mismos bienes (...).*

***Ahora bien, si el contrato fiduciario es suscrito con anterioridad a la apertura del proceso concursal liquidatorio del fideicomitente y el acaecimiento de la condición posterior a aquel, a la luz de la normativa concursal no podrá llevarse a cabo la ejecución del contrato sin previa autorización del juez del concurso, pues como consecuencia de los principios de preferencia, colectividad y universalidad que lo caracterizan, es doctrina reiterada la imposibilidad de cancelar obligaciones del deudor fideicomitente por fuera del escenario concursal, ya sea que lo haga directamente el deudor o terceros por cuenta de este, de manera que todos los acreedores del deudor concursado, sin excepción, deberán hacerse parte en el proceso, aún aquellos titulares y poseedores de certificados de garantía, so pena de que por su omisión resulte imposible el cobro de sus acreencias por una vía jurídico procesal diferente al concurso. En otros términos, del ejercicio de la carga procesal de hacerse parte dependerá que su crédito sea reconocido, graduado y calificado.***

*Si bien, en principio, los certificados de garantía extendidos por la sociedad fiduciaria con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía, otorgan a sus titulares la posibilidad de ejercer acciones personales contra aquella para que, verificado el acaecimiento de la condición, proceda a cancelar la obligación garantizada con cargo al patrimonio autónomo afecto a la finalidad querida por el constituyente, ello no significa que tal condición otorgue a los acreedores garantizados un mejor derecho o prerrogativa extraconcursal, pues, una vez decretada la liquidación concursal del fideicomitente, la llamada doctrinalmente preferencia por afectaciones especiales o separación de patrimonios no altera ni modifica el postulado general del artículo 2493 del Código Civil, según el cual las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca, sin perjuicio, claro está, de que conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 550 de 1999, cuando se den los supuestos de hecho y de derecho allí previstos, los acreedores beneficiarios de la garantía se*

*asimilaren a acreedores con garantía real, prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.*

*En efecto, conforme a lo establecido en el citado artículo del Código Civil, las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca, de suerte que a la luz de la normativa concursal prevista en la Ley 222 de 1995 los acreedores titulares de certificados de garantía son quirografarios, es decir, de quinta categoría, situación jurídica así reconocida en la providencia de calificación y graduación de créditos.*

*Así mismo, debe tenerse en cuenta que no obstante la referida imposibilidad de cancelar obligaciones del deudor por fuera del proceso concursal, los bienes cuya separación del patrimonio del deudor concursado se verificó con la celebración del contrato de fiducia mercantil, no hacen parte de la masa liquidable de aquel, pero continúan afectos a la finalidad de garantizar las obligaciones que él dispuso, ya que por virtud del principio constitucional de la autonomía de la voluntad privada, los contratos válidamente celebrados generan para las partes contratantes los efectos jurídicos por ellos queridos, hasta tanto no sobrevenga una causa legal o judicial que los extinga, invalide o suspenda.*

*En ese orden de ideas, y conforme a lo establecido en el numeral 3° del artículo 157 de la Ley 222 de 1995, a partir de la inscripción de la providencia de apertura de la liquidación obligatoria en el registro mercantil, todo pago o extinción de obligaciones del deudor concursado se sujetará a las reglas establecidas en la referida ley, de suerte que por efecto de aquella el negocio jurídico fiduciario celebrado entre el deudor y la fiduciaria, que tuvo como finalidad última pagar las obligaciones a cargo de aquel para con sus acreedores, quedará en suspenso hasta que el juez del concurso autorice su ejecución.*

*La anterior conclusión se sustenta, por una parte, en la finalidad misma del trámite **preferente, universal y colectivo** de la liquidación concursal, esto es, la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, la cual se opone al **particular, singular y exclusivo** interés que asiste al deudor y alguno o algunos acreedores en la previsión de una fórmula de pago de sus obligaciones y, por otra, en el principio de la **par conditio omnium creditorum**, según el cual, todos los acreedores del deudor falente concurren en igualdad de condiciones al trámite liquidatorio.*

*En consecuencia, frente a la legislación concursal vigente queda claro que los bienes transferidos por el deudor fideicomitente al patrimonio autónomo, no hacen parte de la masa liquidable, se encuentran garantizando obligaciones que deben pagarse en el concurso y, por lo tanto, la entidad fiduciaria no podrá cancelar obligaciones a cargo del deudor fideicomitente ni pretender la ejecución del contrato sin la previa autorización del juez del concurso.*

*Ahora bien, las eventuales causas de terminación o extinción del negocio fiduciario derivadas de la liquidación concursal del fideicomitente, entre ellas las contempladas en el artículo 1240 del Código de Comercio, habrán de ser analizadas y calificadas a la luz del clausulado del respectivo contrato por las partes de común acuerdo, o en el escenario judicial idóneo, esto es, ante la justicia ordinaria, pues, para este despacho resulta absolutamente claro que el juez del concurso no podrá dirimir las controversias que se susciten con relación a estas” [\(12\)](#)*

Adicionalmente dicha superintendencia sostiene:

“En todos los casos el liquidador está obligado a solicitarle a la Superintendencia de Sociedades que ordenen la cancelación de los certificados de garantía y que ordene a la fiduciaria la enajenación de los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

La misma ley establece claramente en qué casos puede el liquidador proceder en tal sentido, esto es, cuando el deudor haya transferido sus bienes a una fiducia mercantil con el fin de garantizar obligaciones propias, y existan obligaciones insolutas de cualquier clase. Lo anterior supone entonces que habrán de cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un contrato de fiducia mercantil de garantía: Debe tenerse en cuenta que dentro del género de NEGOCIOS FIDUCIARIOS se encuentran todas aquellas operaciones autorizadas para las sociedades fiduciarias, conforme a lo previsto en el artículo 29 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; por su

parte, la fiducia mercantil y el encargo fiduciario son clases de dicho género. A su vez, el mecanismo de fiducia de garantía, puede instrumentalizarse mediante los contratos de fiducia mercantil y de encargo fiduciario, que son las dos primeras de las operaciones que la citada norma describe como susceptibles de ser realizadas por las sociedades fiduciarias.

En consecuencia, el primer presupuesto es que la garantía fiduciaria se haya instrumentalizado a través de un CONTRATO DE FIDUCIA. MERCANTIL de que trata el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, el cual supone la transferencia del derecho de los bienes fideicomitidos al patrimonio autónomo que se constituye por virtud de la celebración del contrato, el cual se encuentra afecto a la finalidad de garantizar ciertas obligaciones a cargo del deudor fideicomitente, y respecto de las cuales la fiduciaria ha extendido a los acreedores sendos certificados de garantía.

b) Que existan acreencias insolutas de cualquier clase: En el escenario concursal de liquidación obligatoria, que tiene por objeto la realización de todos los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, se entenderá que existen obligaciones insolutas cuando, una vez aprobados los avalúos de los bienes inventariados y en firme la providencia de calificación y graduación de créditos, se advierta que aquellos no son suficientes para cancelar estos. De manera que una vez agotada la etapa procesal correspondiente y verificada dicha condición de insuficiencia, se habilita al liquidador para acudir a esta herramienta jurídica, cuya finalidad es, en últimas, posibilitar el pago a todos los acreedores del deudor, lo cual, en criterio de esta oficina, no se reduce a una mera facultad discrecional del liquidador, sino que se le impone en el ejercicio diligente y cuidadoso de sus labores.

2. El liquidador debe solicitar a la Superintendencia de Sociedades que ordene la cancelación de los certificados de garantía y que autorice al liquidador para que enajene los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

3. O el liquidador podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades, que ordene la cancelación de los certificados de garantía y que la misma Superintendencia de Sociedades proceda a efectuar la venta en pública subasta de los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

4. En cualquiera de los tres casos anteriores, el producto de la enajenación de dichos bienes se les deberá entregar al liquidador para que pague las obligaciones del deudor” [\(13\)](#)

**Es así como resulta imperativo considerar que** “... en razón de la universalidad del trámite concursal, este se extendió a los bienes poseídos fiduciariamente y que estaban afectos a la finalidad perseguida en el contrato. Por lo tanto, se presentó lo que podríamos llamar una circunstancia legal sobreviniente que frustra la ejecución del contrato tal como prístinamente la habían concebido sus partes. Además es claro que la superintendencia fijó su posición en aras de preservar el orden público económico y en orden a evitar que la fiducia mercantil se convierta en medio para eludir el concordato o en instrumento para burlar la prelación de créditos en la medida en que los acreedores beneficiarios de la fiducia deben someterse al proceso concursal para obtener la satisfacción de sus créditos, con independencia de que esos se hayan garantizado con fiducia, o con prenda o hipoteca” [\(14\)](#)

## **IV. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL FIDUCIARIO**

### **1. EL GRADO DE PRUDENCIA. EXIGIBLE AL PROFESIONAL.**

Para la demandante, la responsabilidad aplicable a LLOYDS TRUST es una responsabilidad profesional, que la obliga a responder hasta por la culpa leve.

Así, pues, a la Fiduciaria le sería exigible, como profesional que es, un cierto nivel de cuidado y previsibilidad, y una determinada diligencia, teniendo como punto de referencia o modelo abstracto con el cual debe compararse lo hecho o dejado de hacer por ella —para deducir si estuvo a la altura, o no, de lo que usualmente se esperaría de una entidad Fiduciaria— el patrón de conducta previsto por la Ley 222 de 1995, vale decir, el del comportamiento de un “buen hombre de negocios”, es decir, que su conducta se debe juzgar según el grado de acatamiento que hubiere dado al deber de aplicar el mismo cuidado y diligencia, en los asuntos inherentes al fideicomiso, que una persona competente dedicaría a sus propios intereses; para ello es relevante indicar que se ha considerado que “... este concepto evoca la imagen, de una persona que está atenta a los acontecimientos, que entiende las exigencias

de su posición y procura responder a las expectativas puestas en su desempeño. A tal fin, debe aplicar las disciplinas del buen orden en la administración, conservando registros y documentación, cumplir en término las obligaciones que recaen sobre el fideicomiso y rendir las cuentas cuando corresponda. En la perspectiva de su accionar, el fiduciario encuentra una guía señalada por la estructura misma del fideicomiso en el cual interviene” [\(15\)](#) , es así que resulta imperativo que se evalúen los hechos realizados por dicho Fiduciario en el contexto en el cual se ubicaba en los momentos en los cuales se presenta la secuencia de hechos por los cuales se le endilga responsabilidad, con el simple objeto de verificar si el Fiduciario realmente obró como lo habría hecho cualquier hombre de empresa, esto es, con la debida diligencia y dentro de singulares criterios o requisitos de prudencia.

El régimen general inspirado en la culpa, tiene, si se quiere, una mayor relevancia en materia de responsabilidad profesional, pues lo usual es que en estos casos se trate de contratos de prestación de servicios que generan, principalmente, obligaciones de medio, también denominadas de prudencia, en las que se exige del deudor un comportamiento precavido y acucioso para lograr un determinado fin que, sin embargo, no es garantizado por el obligado, pues su logro —en razón de su dificultad o de su carácter aleatorio— excede lo que razonablemente puede esperarse y exigirse del deudor.

La doctrina reitera, por tanto, que “ *generalmente, la naturaleza intrínseca de la prestación en la obligación profesional consiste en la utilización de un simple medio o bien en la observancia de la diligencia, prudencia y pericia que la ocasión reclame, con la finalidad de alcanzar aquel resultado que nunca podrá ni deberá ser garantizado por el deudor profesional...* ” [\(16\)](#)

Para determinar el cumplimiento de esas obligaciones de “prudencia” es menester analizar si el deudor utilizó todos los medios a su alcance —conocimientos, experiencia, recursos materiales, actuación diligente— para lograr el resultado perseguido, de manera que lo que se debe, o el contenido de la prestación, es un cierto comportamiento del deudor, esto es, que obre con la previsibilidad y diligencia ordinarias para ejecutar el contrato.

De ahí, precisamente, que la doctrina del derecho comparado manifieste que la responsabilidad profesional es eminentemente subjetiva, pues es en este campo en el que la noción de culpa conserva un lugar de privilegio [\(17\)](#)

Con todo, también se ha reconocido que ciertos profesionales, y en particular las compañías fiduciarias, junto a las obligaciones de medio, que son las preponderantes, también pueden contraer obligaciones de resultado. Respecto de lo cual, la doctrina ha precisado que, por ejemplo, la prohibición general establecida en el numeral 3° del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tiene un alcance excesivo, pues según el contenido de las prestaciones, en un mismo contrato pueden coexistir obligaciones de medio y de resultado [\(18\)](#) . Es así como se explica que las obligaciones principales o de gestión —tales como la administración de los bienes, la adecuada inversión de valores y la obtención del mayor rendimiento, por ejemplo— son obligaciones de medio, mientras que otras prestaciones, consideradas como instrumentales y complementarias —verbigracia la separación patrimonial, o la rendición de cuentas— son obligaciones de resultado [\(19\)](#) .

Es por ello que los comentaristas afirman que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero incurrió en un error, pues la prohibición para el Fiduciario de contraer obligaciones de resultado, solo era procedente para los fideicomisos de inversión, toda vez que no puede asegurar una determinada rentabilidad [\(20\)](#) , pero no para los demás negocios fiduciarios, en los cuales el Fiduciario podría estipular a su cargo obligaciones de resultado, no meramente accesorias o instrumentales, sino obligaciones principales y fundamentales [\(21\)](#) .

Siguiendo esta línea de pensamiento se dice, entonces, que la fiducia de administración es un campo abonado para la estipulación de obligaciones de resultado, por cuanto en esta, por ejemplo, “una entidad pública o privada transfiere unos fondos al fiduciario para que, a ciertos plazos o al cumplimiento de una determinada condición, proceda a hacer un pago” [\(22\)](#)

Con todo, la prohibición de pactar obligaciones de resultado no es absoluta, pues la misma disposición que consagra tal prohibición (N° 3 artículo 29 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) contiene una excepción relativa a los casos en que la ley, disponga otra cosa (“... salvo los casos en que así lo prevea la ley”), a propósito de lo cual ha precisado la Superintendencia Bancaria: “...**Como puede observarse del precepto inmediatamente transcrito, la prohibición según la cual, las sociedades fiduciarias solo pueden contraer**

**obligaciones de medio y no de resultado, no es absoluta. En efecto, al decir la norma que la negación en comento puede no ser aplicable cuando la ley así lo prevea, no hace otra cosa que permitir que las sociedades fiduciarias adquieran obligaciones de resultado por facultad o mandato expreso del legislador, en casos especialmente definidos y regulados por el mismo” (23)**

En el contrato que nos ocupa se prevé, sin embargo, que las obligaciones contraídas por el Fiduciario, en la fiducia de garantía, son de medio. En efecto, en la cláusula vigésimo tercera se indica: “Obligaciones del Fiduciario” y posteriormente en la cláusula vigésimo cuarta se reitera; **“Obligaciones de medio del fiduciario: Las obligaciones del fiduciario son de medio, más no de resultado; por lo tanto se obliga a poner toda su diligencia en la consecución de los objetivos y fines del contrato, en cuyo desarrollo responderá hasta la culpa leve, de conformidad con la definición de que esta trae el artículo 63 del Código Civil Colombiano”**.

## **1.2. Patrón de conducta del deudor profesional.**

Para el desarrollo conceptual de esta materia, el Tribunal hace suyos, en lo pertinente, los criterios plasmados en el laudo arbitral de INURBE v. FIDUAGRARIA, de fecha 8 de junio de 1999, así:

Siendo el objeto de la obligación asumida por el profesional un comportamiento determinado, es necesario que el juez utilice un modelo de conducta, o un punto de referencia, contra el cual confrontar la actuación del deudor.

Para el análisis de esas actuaciones, no podría limitarse la tarea del juez a aplicar las reglas específicas previstas en el contrato, o la normatividad técnica, como tampoco puede circunscribirse a ellas el deudor, pues para el cabal cumplimiento de sus obligaciones está llamado a ir más allá, en observancia del principio de la buena fe objetiva, al que se le otorga una señalada importancia para la determinación de las prestaciones a cargo de los profesionales (24), pues ha sido en virtud de este principio que la jurisprudencia ha colocado en cabeza de estos deudores ciertas obligaciones no pactadas específicamente en los contratos, reconociendo así la función integradora de los actos jurídicos que cumple la buena fe (25).

Por esto se señala que “es la obligación, integrada por la buena fe y los usos, la que nos dirá positivamente cuales son los cuidados, atenciones, cautelas, cuya observancia es exigible específicamente al deudor de una concreta prestación” (26).

Esta aplicación puntual del principio de la buena fe, corresponde a la noción objetiva (27) de la misma, que interesa particularmente a los contratos, pues con ella se cumple una función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad; por ello se dice que “la buena fe objetiva tiene valor normativo, no solo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias...” (28).

Esta función integradora del principio de la buena fe ha sido resaltada por la doctrina como una evolución del derecho en las últimas décadas, evolución en este caso basada en la idea de confianza, como elemento básico de las relaciones negociales, lo que ha permitido emplear dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, “determinar judicialmente obligaciones conexas con la principal, pero que no han sido pactadas expresamente” (29).

Así las cosas, “cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no solo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta” (30).

En el mismo sentido se reitera que “*el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta...*” (31).

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.

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

En cuanto al nivel de prudencia exigido a los profesionales nuestra ley no se ha referido a ningún modelo ideal. Tampoco lo ha hecho hasta ahora nuestra jurisprudencia, si bien con frecuencia se habla de un patrón específico para cada actividad, como sería “el buen transportador”, “el buen banquero” o “el buen asegurador”, dejando en manos del juez la tarea de reconocer o verificar en cada caso la existencia del comportamiento correspondiente a tales conceptos, tarea que lleva a cabo a partir de su propia experiencia y de sus percepciones personales, o con apoyo en decisiones judiciales o comentarios doctrinales que fijan criterios para decidir si una determinada gestión o los esfuerzos desplegados por el deudor profesional son suficientes y adecuados para considerar cumplida la obligación a su cargo. Así las cosas, las expresiones legales arriba señaladas constituyen conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido lo aprecia y evalúa el juez según las circunstancias.

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

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

Esta disposición pone en evidencia que el mayor rigor exigible en razón de la remuneración no puede ser extremo, pues se encuentra también dentro del ámbito de la culpa leve, que se subdividiría así en menos estricta y más estricta (32), sin llegar esta última hasta hacer responsable al deudor de la culpa levísima, pues para ello se requeriría una estipulación especial que así lo estableciera.

En consecuencia, el grado de previsibilidad y prudencia del modelo de comportamiento del profesional estará por encima del correspondiente al buen padre de familia. Pero el “buen profesional” no será tampoco el más acucioso, dedicado, y diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio u ordinario, a quien se le aplicará una “especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de ‘*Lex Artis*’ , que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión” (33).

## **2. ALCANCE Y CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES PROFESIONALES.**

El estudio del derecho comparado muestra que la jurisprudencia ha ido imponiéndoles a los profesionales una creciente gama de obligaciones cuyo incumplimiento los hace responsables. Este incremento jurisprudencial de las

prestaciones a cargo de los profesionales, fenómeno al cual se asiste en la actualidad, obedece al hecho de que las relaciones contractuales en que estos participan son cada vez más complejas y variadas, lo que ha dado lugar al surgimiento de toda clase de profesionales especializados y, consecuentemente, a la diversificación de contratos especiales con un gran contenido técnico, que lentamente ha llevado a hacer más rigurosa la responsabilidad profesional con el fin de brindar apoyo a los consumidores. De allí la proliferación de los seguros profesionales que cubren los riesgos y las obligaciones asumidos por estos.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que los criterios decisivos para determinar si se está ante un profesional son tres, a saber: en primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente 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 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 (34) . Es indudable que todos estos elementos característicos se encuentran reunidos en las actividades que desarrollan las compañías fiduciarias.

El profesional puede incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual, o en ambas simultáneamente, si viola sus compromisos contractuales y/o si falta al deber general de prudencia que le imponen las reglas de su arte u oficio. A este respecto nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que en materia de responsabilidad civil de los profesionales, el ejercicio de actividades de esta naturaleza no implica “solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está sujeto a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional”, de donde concluye que “la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro”, y puntualiza que “la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia hasta el acto doloso” (35) . En el mismo orden de ideas la doctrina sostiene que la responsabilidad de los profesionales es contractual, esto es, por violación de las obligaciones surgidas de contratos de prestación de servicios, pero admite que si se causan daños a terceros en ejecución de esos servicios la responsabilidad será extracontractual(36) . Así las cosas, en razón de una misma acción u omisión el profesional puede comprometer su responsabilidad frente a sus co-contratantes o frente a terceros.

### **3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE MEDIO.**

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

Así las cosas, “ *si el acreedor demandante debe demostrar el incumplimiento —pues esta prueba es posible de aportar, es elemento esencial de la pretensión del actor y ninguna disposición lo releva de esta carga probatoria— con ello demostrará invariablemente la culpa, de manera que en este evento ya no puede funcionar, por superflua, la presunción de culpa en contra del deudor*” (37) .

Esto ha sido reconocido expresamente por la Jurisprudencia Nacional, como se observa en la siguiente cita: “ *... en materia probatoria se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que puedan conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular (...). Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño; mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del C.C...* ” . Y agrega que

de lo dispuesto en este artículo “ ... *se deduce que cuando la obligación es de medio sigue gravitando sobre el demandante la carga de probar la culpa del demandado*” (38)

Sobra señalar que en caso de incumplimiento de las obligaciones de resultado que eventualmente puede asumir el Fiduciario, dicho incumplimiento hace presumir su culpa, de manera que el acreedor que persiga la correspondiente indemnización de perjuicios, estaría relevado de la tarea demostrativa de ese elemento.

#### **4. LOS MEDIOS DE EXONERACIÓN.**

Un aspecto adicional, pero no menos importante, del régimen de las obligaciones de medio, se refiere a las defensas que puede utilizar el deudor para evitar que se le declare responsable.

La mayoría de la doctrina (39) coincide en señalar que los medios de exoneración a que puede acudir el obligado son la fuerza mayor y la prueba de la debida prudencia y diligencia.

La jurisprudencia ha precisado que “para que exista poder liberatorio por el caso fortuito o la fuerza mayor, se requiere la coexistencia de una condición negativa externa: la ausencia de culpa del deudor. En otros términos: cuando existe dolo, negligencia, o imprudencia del deudor, la falta neutraliza el obstáculo y el obligado o deudor permanece responsable” (40)

Lo anterior significa que si el acreedor prueba la culpa —que en este caso es un elemento esencial de su pretensión— el demandado no contará ya con ninguna defensa.

Entratándose del incumplimiento de las obligaciones de resultado a cargo del Fiduciario, dicho incumplimiento hará presumir su culpa y para exonerarse habrá de demostrar el acaecimiento de una causa extraña, que puede consistir en la ocurrencia de una fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante del acreedor o hecho de un tercero, por el cual no deba responder el deudor (41).

Con la necesaria referencia al marco conceptual que se ha reseñado, estudiará el Tribunal las conductas reprochadas por la convocante a la convocada, desde luego que consideradas dentro de los parámetros contractuales convenidos, consultando, respecto del negocio fiduciario celebrado, su naturaleza, su objeto, su finalidad y, en general, lo establecido sobre el alcance y contenido de la gestión encomendada a la Fiduciaria.

### **V. ANÁLISIS SOBRE LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

#### **1. EXISTENCIA. DEL CONTRATO FUENTE DE OBLIGACIONES.**

En autos aparece fehacientemente probada la celebración del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, formalizado mediante escritura pública 4097 del 7 de septiembre de 1995 de la Notaría 13 de Cali. También se encuentra acreditada la modificación de algunas de las estipulaciones contenidas en dicho negocio jurídico, así como la cesión de la posición contractual de la Fiduciaria original en favor de LLOYDS TRUST, de todo lo cual da cuenta la escritura pública 7627 del 29 de diciembre de 1995 de la Notaría 2ª de Bogotá.

Igualmente en autos aparece demostrado el compromiso unilateral asumido por la Fiduciaria —en su condición de vocera del patrimonio autónomo— ante MONÓMEROS, con la expedición del Certificado de Garantía N° 01, del 1° de marzo de 1996, en el que dicha sociedad ostenta el carácter de acreedor garantizado hasta por un monto de \$ 3.614.400.000.

En efecto, al respecto el Tribunal evidencia la existencia del mismo tal y como se indica por parte de la convocante. Dicho certificado se allegó en término y es claro en su contenido, además se debe hacer mención a la confesión expresa de la parte convocada, la cual en la contestación de la demanda estableció en el numeral III denominada “Contestación de los Hechos” número 7, en donde se asegura por el apoderado de LLOYDS TRUST, que:

“Es cierto que FIDUANGLO expidió y entregó a Monómeros el Certificado de Garantía Fiduciaria 01 del 1° de marzo de 1996”.

Por lo tanto, el Tribunal habrá de acceder a la primera pretensión formulada por la parte convocada, en la cual se solicita la declaración de que el certificado de garantía fiduciaria es existente y válido.

Aunque la convocada negó todas las pretensiones de la convocante en su contestación de la demanda, a lo largo del proceso existen diversos medios probatorios que evidencian la existencia y la eficacia del certificado, como son los informes trimestrales (visibles a folios 167 a 206 y 224 a 232 del cuaderno de pruebas 1) y las rendiciones de cuentas semestrales presentadas por la FIDUCIARIA (visibles a folios 58 a 79, 90 a 166 y 207 a 216 del cuaderno de pruebas 1), así como las pruebas testimoniales y declaraciones de parte rendidas en el presente trámite (visibles a folios 01 a 19, 112 a 113 y 41 a 50 del cuaderno de transcripciones), además de la aseveración de la parte convocada en los alegatos de conclusión por ella presentados (visible a folio 104 del cuaderno principal 2).

## **2. EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE A LA FIDUCIARIA. LAS OBLIGACIONES QUE SE AFIRMA FUERON INCUMPLIDAS.**

Es indispensable verificar con fundamento en el acervo probatorio si efectivamente el Fiduciario, hoy LLOYDS TRUST, cumplió las prestaciones a su cargo, o si, por el contrario, fue negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso, en particular en los siguientes aspectos;

- Gestiones tendientes a la venta de los bienes inmuebles fideicomitidos,
- Ofrecimiento de los bienes a MONÓMEROS en dación en pago, y
- Pago a dicho acreedor garantizado de los créditos a su favor y a cargo de la sociedad PROCAMPO S.A.

Todos estos interrogantes se derivan de las pretensiones formuladas por el convocante en este proceso, las cuales son del siguiente tenor:

*“SEGUNDA: Que LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no realizar diligentemente las gestiones tendientes a la venta de los bienes inmuebles fideicomitidos en virtud del contrato, dentro del término de seis meses estipulado en el parágrafo segundo de la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato”.*

*“TERCERA: Que LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no ofrecer a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) los bienes fideicomitidos en dación en pago para cancelar las obligaciones garantizadas con el Certificado de Garantía Fiduciario identificado con el número cero uno de fecha 1º de marzo de 1996, al vencimiento del término contractual de seis (6) meses estipulado en parágrafo segundo de la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato”.*

*“CUARTA: Que LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no pagar a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) las obligaciones a favor de esta y a cargo de la sociedad PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. –PROCAMPO S.A. que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria en su condición de vocera del referido fideicomiso mercantil de garantía constituido en virtud del contrato”.*

### **2.1. Consideraciones en cuanto a las pretensiones del convocante.**

#### **2.1.1. Segunda pretensión del convocante.**

Como ya se indicó, con dicha pretensión se persigue que el Tribunal declare que el Fiduciario *“obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso, por cuanto incumplió el contrato al no realizar diligentemente las gestiones tendientes a la venta de los bienes inmuebles fideicomitidos, dentro del término de seis meses estipulado en el parágrafo segundo de la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato”.*

Para determinar el alcance y contenido de las prestaciones contraídas por la Fiduciaria en cuanto a los trámites para la enajenación de los inmuebles fideicomitidos, han de transcribirse las cláusulas relevantes, así:

“ **VIGÉSIMOTERCERA:** *Obligaciones del Fiduciario. Son deberes del FIDUCIARIO surgidos del presente contrato: 1. Mantener actualizada y en orden la información y documentación relativa a las operaciones del fideicomiso. 2. Velar porque se conserven debidamente los bienes fideicomitidos y tomar todas las medidas de seguridad que sean necesarias. 3. Exigir responsabilidad al FIDEICOMITENTE respecto del saneamiento previsto en la cláusula anterior y ejercer las acciones a que haya lugar. 4. Disponer la práctica de cuantos avalúos sean necesarios con cargo al fideicomiso o al FIDEICOMITENTE, a efectos de mantener actualizado el valor de los bienes fideicomitidos. 5. Realizar todos aquellos actos de administración consistentes en explotaciones económicas útiles para las finalidades de este fideicomiso. 6. Realizar total o parcialmente los bienes fideicomitidos y con el producto de los mismos cancelar todas o algunas de las obligaciones garantizadas, en los eventos y términos previstos en el presente contrato. 7. Rendir cuentas comprobadas de su gestión a los ACREEDORES GARANTIZADOS y al FIDEICOMITENTE cada seis meses calendario con corte a 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, o al finalizar este contrato, para lo cual les enviará a la dirección, telefax, télex o central de comunicaciones registrado una memoria sobre las actividades cumplidas en ejercicio de su obligación como FIDUCIARIO, soportadas documentalmente, particularmente de las obligaciones garantizadas, de las canceladas, de las vigentes, de la relación de los bienes entregados adicionalmente, de los frutos producidos, de los gastos y costos pagados, de la aplicación de los frutos; del estado actual, localización e identificación de los bienes transferidos; de la relación de los beneficiario en la que conste el valor de los créditos de cada uno y las condiciones generales del mismo; un informe sobre el estado de cada una de las obligaciones garantizadas y el valor actual de los bienes fideicomitidos. Dichas cuentas se entenderán aprobadas si no son objetadas dentro de los veinte (20) días comunes siguientes al del envío. 8. En el evento de que, una vez canceladas todas las obligaciones que el fideicomiso respalda, quedare un remanente, revertirlo al FIDEICOMITENTE o mantenerlo en patrimonio autónomo a efecto de garantizar las obligaciones futuras, según disponga el mismo mediante documento escrito dirigido al FIDUCIARIO. 9. Consagrar su actividad de administración exclusivamente a favor de los intereses del FIDEICOMITENTE, de terceros previamente designados por este con aprobación del FIDUCIARIO, y de los ACREEDORES GARANTIZADOS. 10. Descontar sobre los rendimientos financieros percibidos por el fideicomiso y el precio de enajenación de los activos, las retenciones que deba efectuar, según las disposiciones legales vigentes. 11. Informar a los ACREEDORES GARANTIZADOS que los bienes del patrimonio autónomo afectos a la garantía no son suficientes para cubrir las obligaciones garantizadas por el presente contrato. 12. Los demás señalados en las disposiciones legales y en este contrato. PARÁGRAFO: En la realización de los actos de disposición, administración, inversión, pagos, giros al exterior y similares, el FIDUCIARIO contratará los servicios del BANCO ANGLO COLOMBIANO, y/o de sus filiales o subsidiarias”.*

“**VIGÉSIMOSEXTA:** *Eventos que determinan la realización de la Garantía. Por el presente contrato, el FIDUCIARIO está irrevocablemente facultado para realizar total o parcialmente los bienes fideicomitidos, y con el producto de los mismos o las sumas dinerarias recibidas por el fideicomiso cancelar a cada uno de los ACREEDORES GARANTIZADOS la suma correspondiente a su participación en la garantía o proporcional a ella, en los siguientes eventos: 1. Incumplimiento cualquiera de las obligaciones que el fideicomiso garantiza, lo cual se demostrará al FIDUCIARIO así: a) Presentación cualquiera de los ACREEDORES GARANTIZADOS de un informe escrito dirigido al FIDUCIARIO indicando el incumplimiento, acompañado del documento en que conste la obligación y su fecha de vencimiento, y la declaración del ACREEDOR GARANTIZADO de que la obligación se encuentra vencida y en mora, es exigible, no le ha sido pagada, y está respaldada en el original del documento en el cual ella consta. b) Si el incumplimiento acaece en virtud de la aplicación de cláusulas aceleratorias pactadas en el documento contentivo de la obligación, además de lo anterior el ACREEDOR GARANTIZADO incluirá en su declaración el hecho de la ocurrencia de la aceleración, y la razón de ello. 1. Solicitud del FIDEICOMITENTE o de terceros previamente designados por él al FIDUCIARIO con su aceptación, de concordato preventivo, o admisión a este de los mismos, o su declaración de quiebra, casos todos en los cuales los bienes fideicomitidos deben ser enajenados sin más consideraciones, constituyéndose el fideicomiso en origen de pago y debiendo proceder de inmediato el FIDUCIARIO al avalúo de tales bienes para su realización. PARÁGRAFO PRIMERO: En los casos contemplados en los puntos a) y b) del numeral 1º de la presente cláusula, el FIDUCIARIO pedirá de inmediato al FIDEICOMITENTE demostrar dentro de los siguientes sesenta (60) días*

*calendario que han sido canceladas sus obligaciones o las de terceros previamente designados por él con anuencia del FIDUCIARIO, para que con los ACREEDORES GARANTIZADOS quejosos, o acredite la aplicabilidad de otro modo lícito de extinción de dichas obligaciones. En caso de silencio o de no demostración por el FIDEICOMITENTE de la extinción de las obligaciones en el plazo señalado, el FIDUCIARIO procederá a la realización de los bienes. Se aclara que los sesenta (60) días indicados no implican para nada prórroga o periodo de gracia frente al cumplimiento de las obligaciones exigibles en las circunstancias de concordato preventivo respecto al FIDEICOMITENTE o a terceros por él previamente designados con anuencia del FIDUCIARIO, los bienes fideicomitidos estarán excluidos de la masa concordataria, y su realización y los pagos con el producto de los mismos se efectuarán con total independencia del trámite concordatario”.*

**“VIGÉSIMO SÉPTIMA:** *Procedimiento para la realización de los bienes. Cuando se deba proceder a realizar los bienes en presencia de un evento de incumplimiento, se debe observar por el FIDUCIARIO el procedimiento que se señala a continuación, junto con las siguientes indicaciones, respetando en su distribución los porcentajes de participación en las garantías: a. Para la realización de alguno o algunos o todos los bienes fideicomitidos se procederá por oferta que podrá ser general o restringida, cuyo precio base será fijado de la siguiente forma: 1. El valor comercial promedio del bien en los tres (3) meses anteriores. El FIDUCIARIO podrá ordenar en todo caso la actualización del último avalúo comercial con cargo al fideicomiso o al FIDEICOMITENTE. 2. Si se trata de bienes cuyo valor es fijado oficialmente o corresponde a un valor representativo o de referencia, este será su valor. 3. Si el valor de los bienes es fijado en el mercado, será el promedio correspondiente a los tres (3) meses anteriores. B. Se escogerá la propuesta que resulte ser más ventajosa para el fideicomiso, de conformidad con la finalidad propuesta en el presente contrato. PARÁGRAFO PRIMERO: Ningún bien se podrá realizar por un precio inferior al 80% de su valor presente. El valor presente se determinará a partir del último avalúo comercial, técnicamente elaborado de acuerdo con las pautas previstas en este contrato, con una antelación no superior a tres (3) meses a la fecha de venta o disposición de los bienes. PARÁGRAFO SEGUNDO: Desde el momento en que el FIDUCIARIO deba proceder a la enajenación del (los) bien(es) fideicomitado(s) necesario(s) para el pago de su(s) acreencia(s). Si este (estos ) manifiesta(n) interés por alguno o algunos de ellos, serán adjudicados siempre y cuando se cumpla con el presupuesto señalado en el párrafo anterior. En este evento, los gastos de notariado y registro y demás impuestos que se generen como consecuencia del perfeccionamiento de la dación en pago, serán asumidos íntegramente por el FIDEICOMITENTE”.*

#### **2.1.1.1. Término con que contaba la Fiduciaria para solicitar al Fideicomitente la demostración del pago de la acreencia o la ocurrencia de cualquier otro modo de extinción de la obligación.**

Para el caso del supuesto incumplimiento de la Fiduciaria por no realizar diligentemente las gestiones tendientes a la venta de los bienes inmuebles fideicomitidos, estima el Tribunal que resulta necesario hacer una evaluación del procedimiento de realización de bienes pactado en el contrato de fiducia y, posteriormente, una estimación de la conducta del Fiduciario con respecto al cumplimiento de dicho procedimiento.

Conforme al contrato de fiducia que nos ocupa, uno de los eventos que determinan la realización de la garantía es el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que el fideicomiso garantiza, de acuerdo con la cláusula Vigésima Sexta del contrato.

En el caso *sub lite* el incumplimiento se avisa en la comunicación enviada a la Fiduciaria por parte de MONÓMEROS el 8 de julio de 1997, en la cual se indica claramente que:

“... la sociedad Productividad para el Campo S.A. PROCAMPO S.A., representada en el contrato de fiducia por el Dr. Ramiro Villalobos Azcarate, ha incumplido sus obligaciones para con la sociedad que represento”.

Dicho requerimiento del acreedor beneficiario MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS fue adecuadamente aceptado por parte de la Fiduciaria; tan es así que el 18 de julio de 1997 envió comunicación a PROCAMPO S.A. informándole la solicitud de realización de la garantía fiduciaria por parte de MONÓMEROS, en la cual se indicó:

“En razón a que el acreedor garantizado en mención, ha cumplido con los presupuestos establecidos en el artículo Vigésimo Sexto del Contrato de Fiducia (Eventos que determinan la realización de la garantía), le solicitamos demostrar dentro de los sesenta días calendario, siguientes al recibo de la presente, el pago de la acreencia

garantizada a favor de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A., o la ocurrencia de cualquier otro modo de extinción de la obligación”.

Quedando claro en dicha comunicación lo siguiente:

(i) En primer lugar, que la Fiduciaria quedó conforme con el requerimiento de la acreedora y, por ende, no lo sujetó a ningún envío adicional de documentos o justificación complementaria, no obstante que el contrato exigía allegar determinados documentos para proceder a la solicitud en comento al Fideicomitente, cuestión esta que ha sido debatida constantemente en el trámite que nos ocupa, toda vez que se ha argüido por la parte convocada que debido a esta circunstancia el término para que el Fideicomitente acreditará la extensión de la deuda, no debía comenzar a correr desde el 18 de julio de 1997, fecha en que se le envió el requerimiento en cuestión, sino a partir del momento en que MONÓMEROS como acreedor beneficiario allegó la documentación exigida para probar el incumplimiento del crédito adeudado. El Tribunal considera que la Fiduciaria no exigió la documentación pactada en el contrato, lo que significa que aceptó tácitamente que el acreedor garantizado omitiera la prueba del incumplimiento, que en este caso no consideró indispensable, a diferencia de lo ocurrido previamente con dos solicitudes de ejecución de la garantía, a las cuales el Fiduciario no les dio curso por carecer de la documentación prevista en el contrato. Así, pues, la conducta mostrada por un profesional, como es la Fiduciaria, permite deducir, que no tenía objeción alguna para comenzar los trámites estipulados para la realización de la garantía, a pesar de no contar con la totalidad de los documentos exigidos, siendo claro, por lo demás, que, en efecto, el crédito garantizado si estaba incumplido en ese momento, lo cual no fue desvirtuado, ni negado por el Fideicomitente.

En todo caso, la Fiduciaria, habiendo seguramente analizado la petición de MONÓMEROS y los antecedentes y circunstancias relevantes, accedió a iniciar las gestiones a su cargo, dirigiéndose al Fideicomitente, a quien le manifestó:

*“...el acreedor Garantizado en mención, ha cumplido con los presupuestos establecidos en el artículo Vigésimo Sexto del Contrato de Fiducia...”*

(ii) En segundo lugar, que se disponía de sesenta (60) días por parte del Fideicomitente, es decir, PROCAMPO S.A. para demostrar el pago de la obligación garantizada, o su extinción por cualquier otro medio. El cómputo de ese término se iniciaba desde el momento del recibo de la comunicación.

Por medio de esta comunicación antes reseñada, vale decir, la fechada el 18 de julio de 1997, la Fiduciaria cumplió con lo establecido en el contrato de fiducia, en particular en el parágrafo primero de la cláusula Vigésimo Sexta, en donde se indica:

*“En los casos contemplados en los puntos a) y b) del numeral 1º de la presente cláusula, el FIDUCIARIO pedirá de inmediato al FIDEICOMITENTE demostrar dentro de los siguientes sesenta (60) días calendario que han sido canceladas sus obligaciones o las de terceros previamente designados por él con anuencia del FIDUCIARIO, para con los ACREEDORES GARANTIZADOS quejosos, o acredite la aplicabilidad de otro modo lícito de extinción de dichas obligaciones. En caso de silencio o de no demostración por el FIDEICOMITENTE de la extinción de las obligaciones en cuestión en el plazo señalado, el FIDUCIARIO procederá a la realización de los bienes”.*

A juicio del Tribunal, no es de recibo la interpretación excesivamente rigorista de la parte convocante con respecto a la palabra “inmediato”, considerando que habiéndose recibido la solicitud el 8 de julio de 1997, “... debió (El Fiduciario) remitirle al Fideicomitente la petición de que trata el parágrafo primero de la cláusula vigésimo sexta el mismo martes 8 de julio de 1997 o a más tardar el día hábil siguiente, que fue el miércoles 9 de julio de 1997”, toda vez que resulta excesivo entender, la inmediatez en la forma descrita, por cuanto la evaluación que debe hacerse no debe basarse exclusivamente en los días transcurridos, sino en el comportamiento diligente de la Fiduciaria, la que debe llevar a cabo determinadas verificaciones como las indicadas previamente, de manera que, para el Tribunal, no cabe aquí ningún reproche de negligencia contra la Fiduciaria.

### **2.1.1.2. Procedimiento para la realización de los bienes.**

Ahora bien conforme a la cláusula vigésimo séptima del contrato de fiducia, antes transcrita, la Fiduciaria debía

seguir un procedimiento para la realización de los bienes fideicomitidos, procedimiento que debía desarrollar en un lapso de seis (6) meses.

Es claro, entonces, que la Fiduciaria contaba para el debido cumplimiento de sus obligaciones con términos de carácter precluyente y perentorio, los cuales debían ser cabalmente atendidos por parte de dicha entidad, de forma diligente y prudente, como un profesional que es, so pena de Incumplimiento de las prestaciones a su cargo.

A partir de los hechos descritos, en el caso que nos ocupa, se presentan varios elementos de debate, a saber:

2.1.1.2.1. En primer lugar desde cuándo se entiende que se inicia el término de los seis (6) meses para la realización de los bienes, y por ende si se incluye o no en ese lapso la etapa de realización o actualización del avalúo de dichos bienes fideicomitidos;

2.1.1.2.2. En segundo lugar, que conducta debía asumir la Fiduciaria con respecto a la actualización del avalúo, en el entendido de que el patrimonio autónomo no contaba con recursos para pagarlo, todo ello bajo el presupuesto que su obligación es de medios, lo cual exige actuar de forma prudente, diligente, y profesional, para el logro de los fines perseguidos a través de la Fiducia en Garantía;

2.1.1.2.3. En tercer lugar, se justificaba contractualmente que la Fiduciaria exigiera la aprobación de los avalúos por parte de los beneficiarios;

2.1.1.2.4. En cuarto lugar, qué debe entenderse por informe y cuáles son sus diferencias con la rendición de cuentas; cuáles son los efectos de una y otra noción —respecto de la oponibilidad de las informaciones que contienen— frente a los acreedores garantizados.

Para la definición de los anteriores interrogantes, el Tribunal considera lo siguiente:

#### **2.1.1.2.1. Iniciación del cómputo para la realización de los bienes:**

Debe establecerse el momento en que se iniciaron los seis (6) meses para la realización de la venta: para ello es relevante precisar que el período en cuestión se inicia desde que el Fiduciario debe proceder a la enajenación de los bienes, esto es, su realización. Esta circunstancia, a juicio del Tribunal, sucede en el momento en que transcurren los sesenta (60) días en que el Fideicomitente debía acreditar el cumplimiento o la extinción de la obligación, pues después de ese término queda en firme el evento del incumplimiento que da lugar a la realización de los bienes. Es, pues, claro para este Tribunal que contractualmente se fijó una condición, cuyo cumplimiento debía acaecer en un plazo de sesenta (60) días, vencidos los cuales debía darse inicio al procedimiento de enajenación. Al respecto, la cláusula Vigésimo Sexta indica: “... *En caso de silencio o de no demostración por el FIDEICOMITENTE de la extinción de las obligaciones en cuestión en el plazo señalado, el FIDUCIARIO procederá a la realización de los bienes...*”. Por tanto, una vez vencidos los sesenta (60) días la Fiduciaria debía proceder a la realización de los bienes.

En el caso que nos ocupa el día 18 de septiembre se vencía el plazo de los sesenta (60) días para acreditar algún tipo de extinción de la obligación en debate, circunstancia esta que fue admitida por la Fiduciaria, como se observa en la comunicación que dirigió el 23 de septiembre de 1997 al representante legal de PROAGRO S.A., indicándole que:

*“En razón del vencimiento del término previsto en el contrato de fiducia (Cláusula Vigésimocuarta: Eventos que determinen la realización de la garantía), sin que el Fideicomitente acreditara a la Fiduciaria el pago o la ocurrencia de cualquier otro modo de extinción de la obligación, se da inicio al procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos”.*

Lo anterior debe entenderse en armonía con el párrafo Segundo de la cláusula Vigésimo Séptima la cual establece:

*“Desde el momento en que el Fiduciario deba proceder a la enajenación del (los) bien (es), contará con un plazo de seis (6) meses para la venta de los mismos...”.*

En adición, en dicha comunicación del 23 de septiembre se solicita la actualización del avalúo de la siguiente forma:

*“La firma Asistek A. García Asesores, en enero de 1997 estimó el valor comercial de los bienes fideicomitidos en \$ 5.343.817.800 por tanto le solicitamos proceda actualizar dicho avalúo, a través de un evaluador inscrito en la Lonja de Propiedad Raíz de Cali, diferente al evaluador inicial”.*

Si bien este punto debe resolverse de acuerdo con lo estipulado en el contrato específico de que se trate, en un caso similar debatido ante un Tribunal arbitral, se consideró como fecha para la iniciación del proceso de realización de bienes el día en el cual se solicita la realización del avalúo, entendiéndolo pues como parte de dicho proceso de realización de bienes; es así como se indicó:

*“ El 11 de septiembre de 1995, es decir, nueve meses después de la suscripción de la escritura 4.426; la fiduciaria comenzó el mencionado procedimiento, **mediante comunicación al fideicomitente en el que le informa que procederá a solicitar un avalúo del bien fideicomitado, iniciando así el trámite de venta** ” (42)*

Para el Tribunal es claro que el avalúo hace parte del proceso de realización de bienes, tratamiento que, además, se pactó expresamente en el contrato que nos ocupa, dado que se estipuló que el proceso de realización de bienes iniciaba una vez transcurrieran los sesenta (60) días en los cuales el Fideicomitente debía acreditar la ocurrencia de algún medio de extinción de las obligaciones. Así las cosas el Tribunal considera que el día 18 de septiembre de 1997, se debió dar inicio al proceso de realización de bienes por parte de la Fiduciaria, por cuanto el contrato no condiciona la iniciación del procedimiento de venta a la previa actualización del avalúo, tarea esta última que razonablemente, ha de hacer parte de dicho procedimiento y cuya realización usualmente no habría de tomar mucho tiempo, de suerte que quedarían aún cerca de cinco meses y medio para el adelantamiento de las demás gestiones de venta, lo que parece apropiado.

Por lo anterior, el Tribunal debe indicar que no comparte la afirmación contenida en la contestación de la demanda, coincidente con el testimonio del doctor Vicente Acevedo Murillo, y reiterada en los alegatos de conclusión presentados por LLOYDS TRUST, en el sentido de que el momento desde el cual empieza el término de seis (6) meses lo marca la aprobación del avalúo. A juicio del Tribunal, tal interpretación no coincide con lo previsto en las condiciones del contrato, las cuales en este aspecto revisten claridad, pues no dan cabida a interpretación distinta, cuestión esta aún más clara bajo el entendido que la actualización del avalúo es una actuación tendiente a la realización de los bienes, y a su vez que se da por hecho que el Fiduciario debe mantener actualizado el valor del patrimonio a lo largo del contrato de fiducia.

En igual sentido debe rechazarse el planteamiento de la convocada, en cuyo sentir la fecha de iniciación del procedimiento, no ha de ser siquiera la de la aprobación de los avalúos, sino la fecha en que se depositaron los inmuebles a la firma corredora inmobiliaria, cuestión esta que resulta sin fundamento alguno en el contrato de fiducia en garantía, el cual, como se dijo, es claro en determinar la fecha de iniciación de dicho procedimiento.

#### **2.1.1.2.2. Conducta diligente de la Fiduciaria en relación con la actualización del avalúo.**

Es importante definir qué conducta pudo asumir el Fiduciario frente a la inobservancia, por parte del Fideicomitente, del término señalado por la Fiduciaria en su comunicación del 23 de septiembre de 1997, para la práctica del avalúo. El plazo fijado de quince (15) días para la elaboración del avalúo, fue determinado por la Fiduciaria, quien tiene una señalada experiencia en el adelantamiento de trámites de enajenación de bienes dentro del marco de fiducias en garantía, procedimiento que siempre requiere de la realización o actualización de avalúos. El Tribunal considera, en consecuencia, que el plazo señalado es razonable.

De otra parte, resulta necesario verificar el contenido de la cláusula Décimo Octava del contrato de fiducia, en la cual se establecen las obligaciones del Fideicomitente, en particular la prevista en el numeral 4º, el cual establece:

*“Pagar los montos correspondientes a conservación, mantenimiento, avalúo, seguros y conceptos fiscales sobre los bienes fideicomitados, así como la remuneración del FIDUCIARIO”.*

Téngase en cuenta que el Fideicomitente tiene a su cargo la obligación de pagar los costos que implique la

realización del avalúo, sin que esté obligado a realizar el avalúo directamente, previsión contractual que se evidencia a lo largo del contrato de fiducia en garantía, en donde se reitera que el Fiduciario ordena la práctica y acepta el avalúo, con cargo al fideicomiso o al Fideicomitente. En efecto, en la cláusula quinta se indica:

*“Avalúo de Bienes Fideicomitidos: (...) Para efectos de la práctica y aceptación por parte del FIDUCIARIO de los avalúos realizados sobre los bienes fideicomitidos, se seguirán las siguientes reglas:*

*a) Los avalúos se efectuarán, por norma general, como mínimo una vez por año a partir de la vigencia del fideicomiso, de conformidad con lo señalado en el presente contrato. b) Sin perjuicio de lo establecido en otros apartes de este convenio, el FIDUCIARIO ordenará la práctica de avalúos comerciales sobre los bienes fideicomitidos en cualquiera de los siguientes eventos (...) Que deba proceder, según lo ahora estipulado, a la realización de los bienes fideicomitidos (... c) Cuando así lo solicitare el FIDEICOMITENTE, se practicarán avalúos con el objeto de ajustar la cobertura máxima de las obligaciones a respaldar con fundamento en este fideicomiso (...) PARÁGRAFO SEGUNDO: En los eventos señalados en los numerales anteriores, el FIDUCIARIO deberá disponer la práctica de cuantos avalúos necesarios con cargo al fideicomiso o al FIDEICOMITENTE quien, en todo caso será solidariamente responsable del pago de todo monto originado en la práctica de los mismos” (subrayado del Tribunal).*

En adición se indica en la cláusula Vigésimo Tercera del contrato de fiducia que es una obligación del Fiduciario:

*“Disponer la práctica de cuantos avalúos sean necesarios con cargo al fideicomiso o al FIDEICOMITENTE, a efectos de mantener actualizado el valor de los bienes fideicomitidos”.*

Queda claro que la obligación asumida por parte del Fideicomitente- PROCAMPO S.A. consiste en una prestación de dar, esto es pagar los montos correspondientes a los avalúos, previsión contractual que es evidente en el contexto del contrato al indicar que el Fiduciario hará practicar los avalúos con cargo al fideicomiso o al Fideicomitente, lo cual quiere decir que ordena su elaboración, pero imputando el valor de los mismos o bien al fideicomiso o al Fideicomitente, según sea el caso.

Se reitera que el Fideicomitente no tiene la obligación de practicar los avalúos, pues esta es una obligación del Fiduciario, en el sentido de que debe encargar a un evaluador idóneo esta tarea.

Esto es aún más evidente si se tiene en cuenta la consideración que una de las conductas que evidencian diligencia por parte del Fiduciario es precisamente evitar que el Fideicomitente realice de forma directa este tipo de avalúos, ante la contundente realidad contractual de ser una obligación propia, pues el contrato de fiducia solo le atribuye la obligación al Fideicomitente de pagar estos avalúos, en tanto que le impone al Fiduciario la tarea de disponer la ejecución de ese trabajo. Este tema reviste tanta importancia que ha merecido su incorporación en las recomendaciones gremiales de la Asociación de Fiduciarias, las cuales fueron allegadas al proceso, en las que se lee:

*“es fundamental que la fiduciaria se cerciore, hasta donde le sea posible, actuando en forma diligente, prudente y profesional, de la razonabilidad de los avalúos... es importante que sea la misma fiduciaria la que ordene practicar estos avalúos, y no se atenga a aquellos que le presenten los fideicomitentes”.*

En la doctrina adicionalmente se ha indicado lo siguiente:

*“ De allí que el acuerdo con el cliente debe estar enderezado a establecer o ratificar un procedimiento que garantice la mejor elección, pues ha de saberse que en el caso de las fiducias de garantía no resulta conveniente ni prudente estarse a los avalúos presentados por el constituyente (...) dada la finalidad de los negocios de fiducia de garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se avalúe al más alto precio y que del mismo dependerá el crédito eventual que pueda obtener del sistema financiero o de terceros. Y justamente, a una actitud de un profesional prudente y avisado como es el fiduciario no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y frente a su propio cliente, a tomar recaudos y precauciones enderezados a evitar que este le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamente elevado” (43)*

Cabe agregar que el contrato de fiducia establece que los acreedores garantizados tienen la plena facultad,

conforme a la cláusula decimoquinta del mismo, en sus numerales 1° y 2° de:

*“1. Exigir al fiduciario que vele por la conservación apropiada de los bienes fideicomitidos,*

*2. Exigir al fiduciario que mantenga actualizado el valor de los bienes fideicomitidos, practicando al menos un avalúo anual ...”.*

Todo lo cual preserva coherencia con lo dispuesto en la cláusula Vigésimo Tercera, al indicar que son obligaciones del Fiduciario:

*“1. Mantener actualizada y en orden la información y documentación relativa a las operaciones del fideicomiso.*

*2. Velar porque se conserven debidamente los bienes fideicomitidos y tomar todas las medidas de seguridad que sean necesarias (...)*

*4. Disponer la práctica de cuantos avalúos sean necesarios con cargo al fideicomiso o al fideicomitente, a efectos de mantener actualizado el valor de los bienes fideicomitidos...”.*

Es entonces claro que el Fiduciario debe tener a disposición de los beneficiarios avalúos de los bienes fideicomitidos, lo cual se justifica por dos consideraciones:

(i) En primer lugar porque por medio de dichos avalúos se evidenciará de forma concreta el cumplimiento de su obligación de conservación de los bienes fideicomitidos;

(ii) En segundo lugar porque con base en estos se verificará la existencia y aptitud, en términos de realización, de la garantía prestada a dichos acreedores beneficiarios, como que se exige que el Fiduciario practique al menos un avalúo anual.

En concordancia con las estipulaciones antes transcritas, el Fiduciario siempre tuvo a su cargo la obligación de ordenar a un experto idóneo practicar dicho avalúo. Ahora bien, si por una determinación autónoma decidió exigir al Fideicomitente que lo realizara, dentro de cierto plazo y bajo ciertos presupuestos que garantizarían la objetividad del mismo, tal determinación no implica la extinción de la obligación del Fiduciario, como se refleja, en la misma comunicación del 23 de septiembre de 1997 enviada por parte de FIDUANGLO a PROAGRO S.A., en la que se puntualiza:

*“Si en un término de 15 días comunes, contados a partir de la fecha de esta comunicación, la Fiduciaria no ha recibido el avalúo, lo ordenará directamente, con cargo al FIDEICOMITENTE”.*

Entiende con ello el Tribunal que la Fiduciaria siempre mantuvo la obligación de ordenar a un evaluador confiable la práctica del avalúo y no comparte la posición expresada en la declaración de parte del representante del LLOYDS TRUST S.A., señor Vicente Acevedo Murillo, al establecer *“Esa es una forma que nosotros utilizamos de presionar al fideicomitente haber si nos entrega el avalúo en este caso”*. Bajo este presupuesto, una entidad Fiduciaria diligente, prudente y profesional hubiese procurado y dispuesto la práctica del avalúo, una vez verificado el incumplimiento por parte del Fideicomitente del término fijado para su realización.

Cierto es que en virtud de instrucciones administrativas de la Superintendencia Bancaria, las Fiduciarias no pueden utilizar su patrimonio para el cumplimiento de labores propias de los fideicomisos que tengan a su cargo, prohibición que se basa en la misma consideración referida conforme a la cual ha de preservarse la independencia entre el patrimonio de la sociedad Fiduciaria y el del fideicomiso (44). La gestión enderezada a la práctica del avalúo corresponde al cumplimiento del deber de lealtad del Fiduciario, el cual lo obliga a dirigir su actuación exclusivamente a favor del Beneficiario. La doctrina comparte la opinión de la Superintendencia Bancaria sobre el particular, concluyendo que no es posible ... *confundir los bienes constitutivos de cada patrimonio con los demás ni con los suyos propios; y que los bienes constitutivos del patrimonio, solo responden por las obligaciones que se contraigan en desarrollo de las finalidades del fideicomiso...*” (45).

Esta consideración fue reiterada por parte de la Superintendencia Bancaria en concepto 97040816-0 de agosto de 1997, lo cual coincide con lo establecido en la cláusula octava del contrato de fiducia en garantía, que establece “el

fiduciario con causa u ocasión de este convenio, no asume de ninguna manera obligaciones tendientes a financiar con recursos propios al fideicomitente o a terceros, ni /o al fideicomiso, ni a facilitar con base en tales recursos la satisfacción de obligación alguna garantizada por el fideicomiso”; por todo ello se debe concluir forzosamente que el Fiduciario debía practicar el avalúo con cargo al fideicomiso. Ahora bien, si en este no existían fondos líquidos para dicho objeto, el mismo contrato dispone otra alternativa, consistente en que el Fideicomitente, asumiera los costos, pues como se ha advertido repetidamente este tiene la obligación de pagar el avalúo, mas no elaborarlo. Sin embargo, como consta en el acervo probatorio el Fiduciario no obró de acuerdo con las alternativas que le ofreció el contrato, pues se limitó a instruir al Fideicomitente para que se realizara la actualización del avalúo, pero no le pidió los recursos para cubrir su costo, desatendiendo así el Fiduciario una actuación que le imponía el contrato.

Es cierto que no parece razonable ordenar la elaboración de un avalúo, con la incertidumbre de si se contará con los dineros necesarios para pagarlo. Según las voces del contrato, el Fiduciario debía disponer la realización del avalúo y, en caso de no contar el fideicomiso con recursos para cubrir su valor, debía cobrarle al Fideicomitente el monto correspondiente.

Sin embargo, si el Fiduciario tenía dudas acerca de si el Fideicomitente le suministraría o no los dineros, ha debido facturarle, con anticipación, el monto estimado.

Pero no lo hizo y en cambio decidió cambiarle el objeto de la prestación a cargo del Fideicomitente, pues le ordenó que se encargara de la actualización del avalúo, en lugar de demandarle el costo de su elaboración.

Está demostrado que el fideicomiso no tenía liquidez, pero no está acreditado que el Fideicomitente no fuera a pagar el avalúo, pues jamás se le cobró, ni se le preguntó si pagaría, o no. Está si probado que el Fideicomitente ordenó la actualización del avalúo, lo que hace suponer que la debió pagar, de manera que nada permite pensar que no hubiera entregado los recursos, si se le hubieran exigido.

Adicionalmente, en la gestión signada por el profesionalismo, ha sido de reconocida práctica, en aras de la protección de las garantías y del derecho de crédito, la consideración que si no existe posibilidad alguna de practicar el avalúo por medio de estas dos vías, es posible en seguimiento de la diligencia y la prudencia propias de profesionales procurar la concertación y colaboración de los acreedores beneficiarios, los cuales tienen el real y lícito interés en que se realicen los bienes, lo cual conforme a lo probado, no se realizó, pero se consideró como viable, tal y como consta en la comunicación del 27 de octubre de 1997 enviada por parte de FIDUANGLO a PROAGRO LTDA., indicando lo siguiente:

*“A la fecha de envío de esta comunicación no hemos recibido el avalúo. Si la fiduciaria no lo ha recibido para el 31 de octubre de 1997, **citará a los acreedores garantizados del fideicomiso a fin de disponer lo necesario para la realización del respectivo avalúo**”.*

Pero a pesar de dicha comunicación no se realizó dicha citación, muy a pesar que el avalúo no fue enviado en la fecha establecida por la Fiduciaria.

Es absolutamente lógico y acorde con la más elemental diligencia, pensar en acudir a los Acreedores garantizados para obtener de ellos los dineros necesarios con el fin de actualizar los avalúos y adelantar otros trámites necesarios para la enajenación de los bienes que constituyen la garantía. De no ser así —si el Fideicomiso no tiene liquidez— la efectividad de la garantía, en un caso como este, dependería de la sola voluntad del deudor (fideicomitente) lo que le arrebataría a esta clase de fiducia todo sentido práctico y su razón de ser.

De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal es claro que el Fiduciario tenía a su disposición, para cumplir su obligación, diversos medios surgidos tanto del contrato de fiducia correspondiente, como en general de la diligencia que le es predicable como profesional de una actividad legalmente reservada, pero no los utilizó, actuando así con prescindencia de la diligencia y prudencia que caracteriza una gestión profesional.

Si bien la elaboración de los avalúos es un deber indelegable del Fiduciario, no es menos cierto que este no es un experto en la valoración de bienes de toda especie, ni en el conocimiento de los mercados en los que aquellos se negocian, de manera que es lógico y razonable entender que el Fiduciario acuda a verdaderos conocedores de esas materias para encargarles la valoración de los bienes fideicomitados. Con todo, no puede hablarse aquí de una

delegación ya que en todos los eventos el responsable de la realización del avalúo y de la verificación interna de su coherencia es EL FIDUCIARIO, es decir en este caso LLOYDS TRUST.

### **2.1.1.2.3. Aprobación de los avalúos.**

Es importante hacer una sumaria mención respecto del argumento de la Fiduciaria, en el sentido de que era menester la aprobación del avalúo, por los acreedores garantizados, para poder proceder a la venta. Es de resaltar que a lo largo del contrato de fiducia no consta en ninguna de sus cláusulas dicho requerimiento.

Según lo evidenciado en el trámite arbitral, el móvil de dicha exigencia por parte de la Fiduciaria, fue el acatamiento de las recomendaciones establecidas en el acuerdo gremial número 1 emitido por la Asociación de Fiduciarias, específicamente aquella que indica:

*“Es además recomendable que la Entidad Fiduciaria dé a conocer a todos los acreedores los avalúos practicados, y procure obtener de ellos, en lo posible su aceptación expresa o, en su defecto, una manifestación, también expresa, de conocimiento de los mismos”.*

Dicha circunstancia se evidencia en testimonios como el del señor Carlos julio Giraldo, Subgerente Asistente de Fideicomisos de la Fiduciaria LLOYDS TRUST, al indicar que: *“... un acuerdo gremial de esa Asociación de las Fiduciarias que fue el que nos sirvió a nosotros de fundamento para solicitar los acreedores garantizados su aprobación de ese avalúo que estamos hablando”.*

El Tribunal considera que este acuerdo tiene el limitado alcance y la precaria eficacia del escenario gremial toda vez que no se incorporó al contrato de fiducia como tal, de manera que si bien es reflejo de prácticas seguras y adecuadas, así como de clara diligencia y prudencia de las entidades fiduciarias, en una materia de tan señalada trascendencia como son los avalúos, no es menos cierto que la aludida recomendación no tiene poder vinculante frente al Fideicomitente y los Acreedores garantizados, pues, se repite, no se incluyó en el contrato *sub lite*, razón por la cual no es posible justificar la demora en el proceso de venta en virtud de esta aprobación, pues, en primer lugar, no fue pactada en el contrato de fiducia y, en segundo lugar, no se dio a conocer por las partes del contrato a los acreedores beneficiarios con el objeto de hacer oponible a estos sujetos dichas recomendaciones, en el momento que estos adhirieron al contrato de fiducia existente.

Es claro que en esto la conducta de la Fiduciaria se ciñó a las recomendaciones gremiales y no al contrato y lo hizo para evitar cualquier riesgo de reclamaciones ulteriores, de parte de los acreedores garantizados. Obviamente es laudable tratar de precaver cualquier eventual responsabilidad futura, pero no puede hacerse desconociendo las estipulaciones contractuales, lo que significa que no pueden extremarse las precauciones no contempladas por los contratantes a tal punto que se alteren con ellas los plazos y los procedimientos pactados.

Aquí lo mejor es enemigo de lo bueno, pues lo recomendable para la Fiduciaria era observar en esta materia las pautas de la propia Asociación de Fiduciarias, la que aconseja, en primer lugar, designar un evaluador confiable en todo sentido y, en segundo lugar, es menester que la Fiduciaria se cerciore, hasta donde le sea posible, obrando en forma diligente y profesional, de la razonabilidad intrínseca de los avalúos, lo que la obliga a verificar la calidad y contenido de los mismos. Para el examen del avalúo, no se requiere que el Fiduciario vuelva a hacer el mismo trabajo, dado que el no es un experto en ese campo, ni que contrate un nuevo avalúo para verificar lo fundado del primero. Lo que se exige es que analice la razonabilidad del resultado y de sus premisas, a la luz de los datos e informaciones que contiene el dictamen del perito evaluador, de suerte que se trata de una verificación interna de la coherencia del avalúo. Si el Fiduciario adelanta esta tarea de manera seria y ponderada, no tendrá en adelante nada que temer, pues habrá dejado a salvo su responsabilidad profesional, de manera que para ello no es indispensable que obtenga la aprobación de los avalúos por parte de los acreedores garantizados.

Sobre este tema se pronunció el laudo proferido en el proceso entre LEASING MUNDIAL y FIDUCIARIA FES, en los siguientes términos:

*“De ahí que la verificación de la razonabilidad del avalúo sea otra tarea indelegable del fiduciario, tal como lo ha resaltado la doctrina especializada, al señalar que corresponde a este “no solo designar un evaluador profesional, escogiéndolo con la prudencia y diligencia que su cargo le imponen y, además, vigilando*

*razonablemente la calidad y el contenido del trabajo...”. Incluso se explica que, de llegarse a considerar válido el pacto mediante el cual fiduciario delega la elaboración del avalúo en un tercero experto, quien asume la completa responsabilidad de su trabajo, no podría ni siquiera en este caso, descargarse el fiduciario “de su obligación de diligente designación y adecuada vigilancia” (Sergio Rodríguez A. La Responsabilidad del Fiduciario. 1ª Edición. Pág. 65 y ss).*

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

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

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

De lo expuesto el Tribunal concluye que las dos tareas a que antes se ha hecho referencia —verificación diligente de que el registro de la escritura pública de constitución del patrimonio autónomo fuera hecho en forma correcta y oportuna; y comprobación acuciosa de la razonabilidad del avalúo del bien objeto del fideicomiso— son obligaciones indelegables que corresponden legal y convencionalmente al Fiduciario con el propósito de asegurar la efectividad de la Fiducia en Garantía” [\(46\)](#).

Se debe puntualizar por parte del Tribunal que no resulta acertado excusar el incumplimiento del término pactado para la realización de los bienes como consecuencia de la no actualización oportuna del avalúo, pues ello se debió a negligencia del Fiduciario que, se reitera, contaba con diferentes medios para cumplir con tal estipulación. Adicionalmente, no es procedente considerar, como parte del procedimiento de enajenación, la aprobación del avalúo por los acreedores beneficiarios, ya que este requerimiento no consta en ninguna cláusula del contrato, ni se trata de un deber implícito de la Fiduciaria, de manera que es, simplemente, una imposición unilateral de esta última.

#### **2.1.1.2.4. Concepto de informe y rendición de cuentas.**

En cuarto lugar referente a la rendición de cuentas, tema de especial relevancia, se debe determinar que el contrato de fiducia establece en su cláusula Vigésimo Tercera en lo referente a obligaciones del Fiduciario en su numeral 7º:

*“Rendir cuentas comprobadas de su gestión a los ACREEDORES GARANTIZADOS y al FIDEICOMITENTE cada seis meses calendario con corte a 30 de junio y 31 de diciembre de cada año, o al finalizar este contrato, para lo cual les enviará a la dirección, telefax, télex o central de comunicaciones registrado una memoria sobre las actividades cumplidas en ejercicio de su obligación como FIDUCIARIO, soportadas documentalmente, particularmente de las obligaciones garantizadas, de las canceladas, de las vigentes, de la relación de los bienes entregados adicionalmente, de los frutos producidos, de los gastos y costos pagados de la aplicación de los frutos; del estado actual, localización e identificación de los bienes transferidos; de la relación de beneficiarios en la que se conste el valor de los créditos de cada uno y las condiciones generales del mismo un informe sobre el estado de cada una de las obligaciones garantizadas y el valor actual de los bienes fideicomitidos. Dichas cuentas se entenderán aprobadas si no son objetadas dentro de los veinte (20) días comunes siguientes al envío”.*

En adición la cláusula Décimoquinta del contrato de fiducia establece:

*“3. Recibir trimestralmente un informe sobre la situación financiera del fideicomiso y el estado y valor de sus bienes. 4. Recibir una rendición de cuentas correspondiente a los cortes semestrales de junio y diciembre, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al vencimiento del respectivo semestre, o al terminar el contrato”.*

Luego es relevante diferenciar el contenido de los informes de situación financiera y la rendición de cuentas, en cuanto a esta última la Circular Básica Jurídica, proferida por la Superintendencia Bancaria, en su numeral 2.1 del título quinto capítulo primero establece que:

*“... la rendición de cuentas ha de entenderse como aquel informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada. Por lo tanto, la ocurrencia de cualquier hecho de carácter económico, jurídico, administrativo o contable que incida en el desarrollo normal de la labor encomendada, debe informarse señalando las medidas correctivas adoptadas cuando sean del caso, sin perjuicio de que, para efecto de su necesaria verificación se acompañen los soportes que documenten la información presentada”.*

Posteriormente se diferencia en el numeral 2.7 la rendición comprobada de cuentas y los simples informes, indicándose lo siguiente:

*“En la rendición comprobada de cuentas —como su nombre lo indica— el fiduciario debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada en el acto constitutivo o en la ley, procedimiento este que lo libera de la obligación prevista en el artículo 1234, numeral 8° del Código de Comercio, respecto del beneficiario, siempre y cuando se realice con la periodicidad consagrada en la ley, y, desde luego, sin perjuicio de la facultad que le asiste al fideicomitente de solicitar cuentas de su gestión de acuerdo con el artículo 1236, numeral 4° del Código de Comercio. Los informes revisten un contenido diferente porque su finalidad es meramente la de comunicar o reportar algunas actividades o citaciones llevadas a cabo por el fiduciario con el propósito de poner en conocimiento de los interesados de desarrollo y estado de la gestión. No supone, pues, que tal información sea comprobada, pero tampoco goza de carácter liberatorio de las obligaciones del fiduciario, quien debe obtener la conformidad del fideicomitente o beneficiario directamente o a través de procesos comentados en el punto anterior”.*

De lo anterior se evidencia una clara diferenciación entre la rendición de cuentas y los informes, cuestión esta aplicable a lo convenido por las partes en el contrato de fiducia en garantía, pues se contempló por estas, la posibilidad de dar ciertos efectos a la rendición de cuentas y no a los informes. Uno de dichos efectos consiste en entender aprobadas las cuentas si no son objetadas dentro de los veinte (20) días siguientes a su envío, hipótesis prevista en la cláusula Vigésimo Tercera del contrato de fiducia; ahora bien el efecto jurídico anotado se produce en relación con las materias que son objeto de la rendición de cuentas y no respecto de otros temas, como son los vertidos en informes, los cuales se han diferenciado nítidamente por parte de la Superintendencia Bancaria, en su ya varias veces aludida Circular Básica Jurídica. Con esto se quiere indicar que es necesario identificar lo sucedido en el caso que nos ocupa, pues la Fiduciaria, tal y como quedó establecido por medio del acerbo probatorio, no presentó de forma independiente los informes y las rendiciones de cuentas, entregando por el contrario un documento unificado que contenía el informe sobre la situación financiera del fideicomiso, y el estado y valor de sus bienes, el cual conforme a lo pactado en el contrato de fiducia en garantía se debía presentar trimestralmente y, a su vez, dicho documento también contenía la rendición de cuentas, de cada corte semestral de junio y diciembre; por ello es importante verificar los documentos que contenían estos dos cuerpos informativos, para identificar cuáles hacían parte de cada uno, y así otorgarles, a los que correspondan, los efectos que se pactaron para el caso específico de la rendición de cuentas.

Una vez concluido lo anterior es necesario verificar la validez del efecto atribuido a las cuentas rendidas y no objetadas durante los veinte (20) días siguientes al envío; para ello es relevante traer a colación el principio reinante en el sistema obligacional referente a la autonomía de la voluntad, considerado como uno de los principios angulares de nuestro sistema. Bajo este presupuesto jurídico es válido el pacto de cláusulas como la que nos ocupa, en aras de la agilidad de los negocios mercantiles y en procura de la concreción de ciertos efectos durante determinado período, toda vez que esta circunstancia tiene en cuenta la diligencia de los acreedores beneficiarios, la cual se exige en virtud del legítimo y trascendente interés que le reporta la actividad. En todo caso, no se debe perder de vista que las consecuencias de dicha cláusula están referidas a la aprobación de las cuentas, lo que, de acuerdo al diccionario de la real academia, significa “Acción y efecto de aprobar”, considerando aprobar como “Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien” y también “Justificar la certeza de un hecho”. Este concepto es entonces de carácter formal y aplicado al caso que nos ocupa lleva a la conclusión que transcurridos

veinte (20) días del envío de las cuentas, estas se entienden que quedaron aprobadas, es decir, que se justificaron como ciertos los hechos descritos en las mismas, por no haber sido objetados, verbo este (objetar) utilizado en el contrato de fiducia en garantía, el cual se entiende como “oponer reparo a una opinión o designo; proponer una razón contraria a lo que se ha dicho o intentado”. En consecuencia, se entienden aprobados los elementos específicos de la rendición de cuentas, es decir, que no hubo respecto de ellos ningún reparo, ni objeción.

Es importante indicar que el alcance de esta aprobación o de esta carencia de objeción, no implica una remisión de las obligaciones a cargo del Fiduciario y a favor de los acreedores beneficiarios, pues precisamente se pretende que la falta de objeción o reparo tenga efectos aprobatorios, es decir, revestir al silencio de una vocación positiva aprobatoria, de manera que se entienda cumplido no solo el envío de la rendición de cuentas, sino que también se tenga por aprobado el contenido de las mismas, todo ello con inequívocos efectos contractuales consistentes en considerar debidamente atendido el deber de información propio de contratos de garantía de largo plazo, como el de fiducia, impidiendo al propio tiempo cualquier evento o posibilidad de arbitrariedad por parte de la sociedad Fiduciaria. Con este propósito habrá de circunscribirse la naturaleza de la rendición de cuentas en la forma en que la precisa el numeral 2.1 del título quinto del capítulo primero de la Circular Básica Jurídica la cual indica que:

*“La rendición de cuentas ha de entenderse como aquel informe detallado y pormenorizado de la gestión de los bienes entregados en virtud de un negocio fiduciario, particularmente en aquello que tenga relevancia con la labor ejecutada”.*

Así las cosas, solamente los informes detallados y pormenorizados que se adecuen a esta definición pueden ser entendidos como rendición de cuentas.

Por lo demás, la interpretación de la cláusula que reconoce a partir del silencio o inacción de un contratante, efectos liberatorios o exonerativos para un profesional, o que considere por lo mismo que este cumplió cabalmente sus prestaciones, ha de ser una interpretación puntual y restrictiva, solo aplicable a las específicas hipótesis contempladas por la estipulación, pues ha de aceptarse que quien celebra un contrato espera razonablemente que su deudor cumpla realmente en la práctica las prestaciones contraídas, y no que se tengan por satisfechas a través de presunciones o suposiciones que se basan en el mero silencio, a menos que este método de cumplimiento o exoneración haya sido puntualmente convenido. Nótese que, de acuerdo con el artículo 880 del Código de Comercio, aún en el caso de que un comerciante, después de recibir rendición de cuentas, otorgue un explícito finiquito, no por ello pierde el derecho de solicitar la corrección de la cuenta por errores, omisiones u otros vicios.

Ahora bien, se presentan dos informaciones que según la parte convocada fueron aprobadas directamente por la convocante, toda vez que adopto una “conducta indolente, pasiva y silente, a todas luces inaceptable en un contrato de colaboración, como lo es el fiduciario y particularmente el de fiducia en garantía”, tal y como lo describe en documento allegado por aquella, titulado “Intervención de la parte demandada respecto a afirmaciones de la parte demandante en los alegatos de conclusión”; tales informaciones se refieren a la realización de los avalúos en un tiempo determinado, lo cual fue comunicado a la parte convocante, y en segundo lugar, se afirma que se le hizo saber en posteriores informes y rendiciones de cuentas, que el proceso de enajenación de bienes finalizaba el día 8 de septiembre de 1998, entendiéndose que se había iniciado el 8 de marzo del mismo año, fecha en la cual se depositaron los bienes a la compañía corredora de inmuebles.

Al respecto es relevante concretar diversos puntos para lograr un adecuado análisis:

**2.1.1.2.4.1. En primer lugar, se debe indicar que el efecto de aprobación tácita de las rendiciones de cuentas, por no objeción de los acreedores beneficiarios, resulta única y solamente aplicable para las rendiciones de cuentas en comento, y no para los informes; luego conforme a ello se debe concluir que cualquier hecho o situación descrita en tales informes no son objeto de un tratamiento similar, ya que este efecto jurídico solo fue pactado en el contrato de fiducia en garantía (47) , para lo atinente a las rendiciones de cuentas y no para los informes.**

**2.1.1.2.4.2. De otra parte, se debe evaluar la legalidad de esta cláusula; al respecto se deben tener en cuenta ciertos presupuestos: (i) se debe dilucidar si el contrato en comento es de adhesión o no, (ii) ha de analizarse la legalidad de la cláusula en lo tocante con la viabilidad del silencio como medio de aceptación del**

## **cumplimiento de la obligación de información a cargo del Fiduciario.**

### **2.1.1.2.4.2.1. En relación con el carácter adhesivo del contrato de fiducia en garantía, asunto sobre el cual se hizo expresa mención en los alegatos de conclusión, estima el Tribunal necesario hacer sucinta alusión al tema, en los siguientes términos:**

Por contrato de adhesión se ha entendido aquel en el cual el contenido contractual se ha fijado, total o parcialmente, de manera abstracta y general antes del período contractual (48). Entre Fiduciaria y Fideicomitente se regulan relaciones patrimoniales que al momento de la celebración del contrato suponen una igualitaria condición de intercambio y discusión de expectativas negociales que quedan reflejadas en el clausulado, sin que a juicio del Tribunal sea admisible entender que allí el Fideicomitente, en este caso, PROAGRO, haya adherido a un contrato previamente redactado por la sociedad Fiduciaria o para el cual haya carecido de capacidad de negociación o habilidad de discusión.

Estima el Tribunal que entre Fideicomitente y sociedad Fiduciaria no existe resquebrajamiento alguno de la mutua voluntad negocial que suponga quebranto del equilibrio contractual que se erige necesario para evitar abusos contractuales (49), o para procurar la aplicación de las reglas de interpretación de contratos de adhesión. Cosa diferente sucede respecto de la relación jurídica que surge frente a los acreedores beneficiarios del contrato de fiducia en garantía, los cuales, como terceros en tal relación, aceptan los términos y condiciones del contenido regulatorio patrimonial estipulado entre Fideicomitente y sociedad Fiduciaria, sin que ello apareje necesariamente carencia de deliberación o reparos respecto de determinadas condiciones. El certificado de garantía es desarrollo contractual específico de un contrato normativo, esto es, genérico o marco (la fiducia en garantía) y tiene específica eficacia frente al acreedor beneficiario, en cuyo provecho se instituye, entendiéndose que el acreedor beneficiario adhiere y acepta el certificado de garantía bajo la consideración de un desarrollo racional del contrato.

Entiende pues el Tribunal que el contrato de fiducia en garantía celebrado entre sociedad Fiduciaria y Fideicomitentes es contrato ajeno a cualquier rasgo característico de la adhesión, al paso que el acreedor beneficiario adhiere al certificado de garantía que, en su favor, le es expedido y extendido como respaldo de su derecho de crédito.

### **2.1.1.2.4.2.2. Se advierte un punto de gran relevancia en la cláusula Vigésimo Tercera, el cual consiste en la aprobación de las rendiciones de cuentas por parte de los acreedores beneficiarios garantizados, por no presentar objeción alguna de dichas rendiciones dentro de los veinte (20) días comunes al envío. En este caso las partes le dieron una marcada importancia al silencio como medio de declaración de voluntad.**

Sobre el alcance y efectos del silencio, la doctrina nacional considera:

*“ Nuestra legislación admite, en principio, solo la aceptación expresa. (artículo 850 del Código de Comercio), verbal, si la oferta es verbal, escrita si así es el ofrecimiento (artículo 851 C. Co.). De manera singular se admite que “...la aceptación tácita, manifestada por un hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto...” , siempre y cuando el oferente tenga conocimiento de tal hecho durante el término de la oferta (artículo 854 del Código de Comercio). El silencio, entendido por Messineo, como “comportamiento equívoco y neutro”, no constituye por regla general actitud vinculante para quien lo guarda. En el derecho privado no rige el viejo aforismo romano “qui tacet consentire videtur” o sea, quien calla otorga. Predomina por el contrato, el de quien calla, simplemente calla. Así pues, se insiste, nuestro derecho mercantil se plegó a la fórmula francesa según la cual, para la manifestación del consentimiento necesario en los contratos no basta decir no; es necesario decir sí” (50)*

A su vez considera el doctor OSPINA FERNÁNDEZ, “...en nuestro derecho, la aceptación de una oferta debe ser expresa o debe consistir en hechos de ejecución del contrato, de los que inequívocamente se pueda inferir la aceptación tácita de él; pero el solo silencio, o sea, la inacción de la persona a quien se dirige una oferta, no puede ser interpretada como prueba de su aceptación” (51)

Con todo, en ciertos casos el silencio produce efectos jurídicos, como sucede cuando las partes así lo han acordado, *verbi gracia*, la tácita reconducción de un arrendamiento; también cuando entre oferente y destinatario existen relaciones previas de negocios que habiliten a aquel a considerar el silencio o inacción de este como

aceptación tácita de la propuesta. Por ejemplo, cuando un proveedor de bienes o servicios atiende normalmente los pedidos que le hace un comerciante sin dar previa respuesta formal a dichos pedidos, sino remitiendo inmediatamente lo demandado. De igual manera, el silencio puede producir efectos cuando medien usos y prácticas en un campo o negocio específico que así lo dispongan [\(52\)](#).

En ocasiones también la ley le hace producir consecuencias jurídicas al mero silencio, introduciendo así ciertas excepciones puntuales al principio general que niega efectos a la total inacción o a la falta de pronunciamiento de una parte. Es así como el artículo 1288 del Código de Comercio presume aceptada la comisión si el comisionista profesional no la rehúsa dentro de los tres días siguientes a la recepción de la propuesta.

De igual manera, el artículo 2151 del Código Civil establece que quienes por su profesión u oficios se encarguen de negocios ajenos están obligados a manifestar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace, so pena de interpretar su silencio como aceptación, si no se responde en un lapso razonable [\(53\)](#).

El mismo tratamiento se presenta en el derecho francés, “...*la doctrina y la jurisprudencia francesas, inspirándose en legislaciones extranjeras, han concluido que el solo silencio equivale a la aceptación tácita de una oferta: a) cuando las partes lo hubieren estipulado así, como cuando entre el arrendador y el arrendatario se ha pactado que la falta de desahucio con cierta anticipación al vencimiento del plazo implica una prórroga tácita del contrato; b) cuando entre los interesados existen relaciones anteriores de negocios que autoricen a uno de ellos para interpretar el silencio del otro como aceptación tácita de sus ofertas; por ejemplo, el proveedor habitual de una almacén puede presumir naturalmente que la falta de respuesta al anuncio de uno de sus despachos periódicos implica la aceptación del despacho; y c) cuando no existiendo relaciones anteriores de negocios entre los interesados, los usos y las prácticas relativas al negocio de que se trata han establecido que la ausencia de protesta dentro de cierto tiempo se mire como una aceptación tácita de la oferta*” [\(54\)](#).

A su vez LA MORIANDERE en el libro *La Noción de Orden Público en Derecho Privado*, precisa las excepciones a la regla general de inaplicación del silencio como medio de manifestar la voluntad, entre ellas, la que se basa en relaciones anteriores de las partes, a la cual se refiere en los siguientes términos: “*La primera de las excepciones de esta regla concierne a las ofertas que proceden de una persona que tenga ya relaciones con la primera. La existencia de tales relaciones de negocios anteriores, puede justificar según los tribunales, que el simple silencio equivalga a la aceptación...*” [\(55\)](#). Con todo, el doctrinante colombiano Ospina Fernández es claro en indicar que en nuestro sistema legal no se presentan estas excepciones al indicar que “No constituye excepción a lo dicho el caso de que entre los contratantes se haya estipulado que la falta de aviso o el silencio de uno de ellos o de ambos se tenga como aceptación de prórroga o algo semejante, porque, en tal caso la aceptación es expresa, solo que ha sido dada de antemano” [\(56\)](#). Para este autor solo se admiten dos excepciones en el sistema colombiano, siendo estas las contenidas en los artículos 2149 y 2151 del Código Civil, en primer lugar ... *la aquiescencia de una persona a la gestión de sus negocios por otra implica aceptación del contrato de mandato, y al imponer a quienes por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos la obligación de declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que les hace una persona ausente, obligación que está sancionada con la presunción de aceptación tácita del encargo, cuando no se da respuesta en un término razonable*” [\(57\)](#).

Con todo, no puede negarse que los usos o prácticas en una determinada actividad o negocio, o los antecedentes relativos a las relaciones previas entre las mismas partes, pueden justificar el que se le reconozcan efectos vinculantes al silencio de una de ellas. Ha de resaltarse, no obstante, que en el caso que nos ocupa las partes pactaron expresamente que el silencio o la falta de reacción del destinatario de la rendición de cuentas, habría de producir ciertos efectos liberatorios.

Resulta relevante indicar que se puede entender la no objeción como una conducta concluyente, la cual a diferencia de lo que ocurre con el silencio si ha sido considerada como una forma de expresar la voluntad como medio de aceptación de una oferta, cuestión esta que ha sido explicada por el doctrinante EMILIO BETTI al indicar: “*Un determinado modo de comportarse, aún no estando encaminado a dar noticia de un dado contenido perceptivo a aquellos a los que interesa, puede sin embargo adquirir, en el ambiente social en que se produce, significado y valor de declaración, en cuanto manifiesta, según la experiencia común, una cierta toma de posición respecto a algunos intereses que afectan la esfera jurídica ajena*” [\(58\)](#). Ya se advirtió que las rendiciones de cuentas no

pueden ser tenidas como actos declarativos de la voluntad inicial de convergencia contractual, sino como actos de ejecución del contrato; a pesar de ello, se podría considerar también que la no objeción es una conducta concluyente que denota en el acreedor beneficiario la aprobación de las mismas.

En todo caso, si se observan con detenimiento, habrá de concluirse que las citas anteriores están dirigidas a la aceptación de la oferta, esto es, al otorgamiento del consentimiento con el objeto de que se preste “un concurso real de las voluntades de dos o más personas”, encaminado al perfeccionamiento de un contrato, tal y como lo advierte el artículo 1494 del Código Civil, pero no se refieren a la manifestación de aprobación de ciertas actuaciones o prestaciones que se lleven a cabo a lo largo de la relación contractual ya iniciada, tal y como sucede con las rendiciones de cuentas, ya que estas son simples comunicaciones de carácter informativo de la gestión del Fiduciario en ejecución del contrato de fiducia en garantía. Sin embargo, el Tribunal considera que en el presente caso no estamos realmente frente a una actitud silente del acreedor garantizado, sino a una conducta concluyente desplegada por el mismo, consistente en no objetar, cuyos efectos liberatorios fueron específicamente estipulados por las partes. Bajo este presupuesto entiende este Tribunal que es válido pactar como medio de aprobación de las rendiciones de cuentas la no objeción, toda vez que mediante este mecanismo el destinatario de las cuentas dio su aprobación de antemano.

Con todo, la validez de la cláusula Vigésimo Tercera, no significa que tenga el alcance de eximir de algún tipo de responsabilidad a la Fiduciaria, sino de asumir como conocidos determinados hechos comunicados en las rendiciones de cuentas.

Deben ahora evaluarse las informaciones suministradas en las rendiciones de cuentas que supuestamente contenían datos sobre el trámite del avalúo y sobre la fecha en que finalizaban los seis (6) meses para la realización de los inmuebles. Sobre el particular, la convocada asegura en su contestación de la demanda que “...las rendiciones de cuentas del 9 de septiembre de 1997, del 5 de marzo de 1998 y del 20 de agosto de 1998 se refirieron al trámite de ejecución de la garantía”. Ahora bien, de las tres rendiciones de cuentas se desprende lo siguiente:

**2.1.1.2.4.3.1.** En primer lugar que en la rendición de cuentas presentada el 9 de septiembre de 1997 con corte al 30 de junio de 1997, se hace referencia al trámite de ejecución de garantía, pero en ningún caso indicando fecha alguna de realización de los bienes, ni tampoco haciendo referencia a la solicitud del avalúo. Únicamente se advierte en el numeral 8.5. —Cumplimiento de las Obligaciones— subnumeral (iii), lo siguiente: “Monómeros Colombo Venezolanos S.A., en comunicación del 8 de julio de 1997, informó a la Fiduciaria del incumplimiento de las obligaciones garantizadas y solicitó la realización de la garantía”, en adición se señaló en el subnumeral (iv) que “*La Fiduciaria en comunicación del 18 de julio de 1997, dio traslado al Fideicomitente de la comunicación de incumplimiento, quien en los sesenta días calendario siguientes a su recibo, deberá demostrar el pago o la ocurrencia de cualquier otra forma de extinción de la obligación garantizada a Monómeros Colombo Venezolanos S.A.*”; siendo ello así se evidencia que las informaciones descritas en las rendiciones de cuentas no son conducentes para indicar que el proceso de realización de bienes se iniciaría posteriormente; por el contrario, se manifiesta en dicha comunicación que el 18 de julio se dio traslado al Fideicomitente para que demostrara cualquier medio de extinción de las obligaciones, cuestión esta que conforme a la determinación contractual servía de punto de partida para contar los sesenta (60) días, que una vez vencidos obligaban a la Fiduciaria a iniciar el proceso de realización de bienes. Por ende, a juicio del Tribunal, las informaciones vertidas en la rendición de cuentas, combinadas con las estipulaciones contractuales, daban a entender que la Fiduciaria había puesto en marcha las previsiones contractuales encaminadas a la ejecución de la garantía, sin que de ello se pudiera deducir ningún tipo de atraso o dilación. Observa el Tribunal que en esta rendición se hace referencia a las gestiones de la Fiduciaria con respecto a la solicitud de realización de garantía de MONÓMEROS, indicando claramente que con base en dicha solicitud procedió a dar traslado al Fideicomitente, como lo establece el contrato, sin supeditar el inicio de los trámites en cuestión al envío de documentación complementaria.

**2.1.1.2.4.3.2.** Rendición de cuentas del 5 de marzo de 1998, a 31 de diciembre de 1997. En esta rendición resulta relevante hacer referencia a los siguientes puntos:

**2.1.1.2.4.3.2.1.** Literal 6.2. subnumeral (ii): En este literal hay tres aspectos para resaltar;

a) “Edgar Erazo, miembro activo de la Lonja de Propiedad Raíz de Calí, estimó el valor comercial de los bienes en

§ 5.246.667.266 en octubre de 1997 así...”; De esta información no se colige alteración del procedimiento contractual ni de sus plazos, ya que la fecha de realización del avalúo supone que se elaboró dentro del término de seis (6) meses aún vigente.

b) “En desarrollo de la solicitud de realización de los bienes fideicomitidos presentada por Monómeros Colombo Venezolanos (el 8 de julio de 1997), la Fiduciaria solicitó al Fideicomitente la elaboración de un nuevo avalúo de los bienes fideicomitidos.”. En este aparte se deben subrayar dos elementos; en primer lugar, se reitera que la Fiduciaria entendió surtidos los requisitos necesarios para solicitar al Fideicomitente la acreditación de algún medio de extinción de las obligaciones, y, en segundo lugar, que el avalúo se considera como parte integrante de los trámites para la realización de bienes, cuestión esta que queda totalmente clara, por expresa mención de la Fiduciaria.

c) “El Fideicomitente presentó el avalúo realizado por Édgar Erazo (miembro de la Lonja de Propiedad Raíz de Cali) en octubre de 1997, el 1° de diciembre de 1997, del cual la Fiduciaria dio traslado a los acreedores garantizados el mismo día que lo recibió”. Sobre este párrafo se ha de puntualizar que si bien en él se señala que se dio traslado del avalúo a los acreedores garantizados, en ningún caso se manifiesta que el proceso de realización de bienes habría de quedar supeditado a la obtención de las aprobaciones de dichos acreedores.

No sobra advertir que cuando se dan estas informaciones, se hallaba en curso el período de seis (6) meses para la realización del procedimiento de venta, toda vez que tal período se había iniciado el 18 de septiembre de 1997.

**2.1.1.2.4.3.2.2.** En adición se debe indicar lo establecido en el numeral 8.5., en especial en sus subnumerales (v), (vi), (vii), (viii) y (ix):

a) (v) “Vencimiento del término previsto en el contrato para que el Fideicomitente acreditara el pago de la obligación o la ocurrencia de cualquier otra causal de extinción: El 18 de Septiembre de 1997 venció el término y el Fideicomitente no cumplió con el requisito exigido en el contrato para que no se diera inicio al proceso de realización de los bienes”: En este subnumeral hay una declaración de la Fiduciaria de gran relevancia, pues indica claramente que la oportunidad otorgada al Fideicomitente para acreditar la extinción de su deuda, era una etapa que debía surtir para dar inicio al proceso de realización de bienes, de lo que se deduce que una vez vencido el término, sin que aquel se pronunciara, se daba inicio a dicho proceso de realización de bienes.

b) (vi) “Solicitud de nuevo avalúo al Fideicomitente (art. 24 del contrato de fiduciaria): La Fiduciaria envió al Fideicomitente comunicación el 23 de septiembre de 1997, solicitando nuevo avalúo de los bienes fideicomitidos (el avalúo para la venta no puede tener una vigencia superior a tres meses). La Fiduciaria reiteró la solicitud de nuevo avalúo en comunicación del 27 de octubre de 1997”: Se debe advertir en relación con este subnumeral que aún estaba en curso el lapso de los seis (6) meses previsto para la enajenación, de manera que nada llevaba a pensar al acreedor beneficiario que dicho término estuviera congelado o que fuera a prolongarse. La solicitud de un nuevo avalúo tampoco permitía inferir esas circunstancias, pues, como ya se dijo, las estipulaciones contractuales muestran que la actualización de los avalúos es una etapa dentro del procedimiento establecido para la realización de la garantía.

c) (vii) “Envío de nuevo avalúo: El Fideicomitente envió a la Fiduciaria el 1° de diciembre de 1997 un nuevo avalúo de los bienes fideicomitidos elaborado por Édgar Erazo (miembro de la Lonja de Propiedad Raíz de Cali) por valor de \$5.246.667.266 (ver detalle en nn. 6.2.)”: La fecha de envío del avalúo aún se encuentra dentro del período de los seis (6) meses, de manera que esto bien pudo hacer pensar al acreedor beneficiario que aún se estaba en tiempo para el desarrollo del procedimiento pactado contractualmente. Esta es la interpretación que debe hacer el Tribunal, pues, según se precisó previamente, los eventos en que el silencio haya de producir efectos liberatorios o exoneratorios para un deudor profesional han de interpretarse de manera estricta y restringida.

d) (viii) “Envío del avalúo a los acreedores garantizados: La Fiduciaria en la misma fecha en que recibió el avalúo (1° de diciembre de 1997), lo envió a los acreedores garantizados del fideicomiso. En comunicación del 22 de diciembre de 1997 la Fiduciaria dio plazo a los acreedores garantizados hasta el 13 de enero de 1998 para que objetaran el avalúo presentado”: En este caso, la manifestación de la Fiduciaria es clara en indicar que el avalúo estaba a disposición de los acreedores beneficiarios y que se ampliaba el término para su aprobación, pero no se

precisó en parte alguna que el proceso de realización de bienes no se hubiera iniciado ya, ni que estuviera supeditado su adelantamiento a la aprobación en comento.

e) (ix) “Venta de bienes Fideicomitidos: La fiduciaria contactó el 13 de febrero de 1998, a Anthony Halliday y Cía y a J.G. Valencia y Asociados, sociedades que se dedican al corretaje de bienes inmuebles en la ciudad de Cali, y les solicitó sus servicios para la venta de los bienes fideicomitidos, y les envió una copia del última (sic) avalúo realizado por Édgar L. Erazo. La Fiduciaria dejó en consignación los bienes en J.G. Valencia y Asociados para su venta.”: A lo largo de esta comunicación se evidencia que las actuaciones informadas por la Fiduciaria se ubicaban dentro del término previsto en el contrato para la venta de los bienes fideicomitidos, de manera que de esas informaciones no se podía inferir la parálisis del procedimiento de ventas, ni la prolongación del término pactado para su desarrollo.

**2.1.1.2.4.3.3.** Rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a 30 de junio de 1998:

**2.1.1.2.4.3.3.1.** Ante todo se debe indicar que esta rendición de cuentas es de gran relevancia, toda vez que a ella se hace referencia en posteriores rendiciones del siguiente modo;

*“Conforme a lo informado por nosotros en la Rendición de Cuentas a 30 de Junio de 1998, el 5 de Septiembre de 1998 vencía el término de venta de los bienes fideicomitidos y la Fiduciaria debía proceder a ofrecerlos en dación en pago a los acreedores garantizados...”*.

Luego de evaluar detenidamente la rendición de cuentas del 30 de junio de 1998, no se encuentra en ella ninguna información en el sentido que menciona el párrafo transcrito.

**2.1.1.2.4.3.3.2.** Resulta relevante indicar que en estas rendiciones se hace mención a la convocatoria de PROCAMPO S.A. a trámite concordatario el día 5 de mayo de 1998, y se señala que la Fiduciaria formuló una consulta el día 4 de junio a la Superintendencia de Sociedades, a fin de determinar si podía proceder o no a enajenar los bienes fideicomitidos, sin autorización de la Superintendencia. Esta dio respuesta negativa el 19 de junio de 1998. Posteriormente se indica que el 1º de septiembre de 1998 PROAGRO LIMITADA S. en C. fue convocada por la Superintendencia de Sociedades a trámite concordatario.

**2.1.1.2.4.3.3.3.** Se reitera en el numeral 6.2. que “En desarrollo de la solicitud de realización de bienes...”, se estaba adelantando los trámites correspondientes.

**2.1.1.2.4.3.3.4.** Una vez más, en el numeral 8.5. (v) se puntualiza que “El 18 de Septiembre de 1997 venció el término y el Fideicomitente no cumplió con el requisito exigido en el contrato para que no se diera inicio al proceso de realización de bienes”, dando así por entendido que ya se está en desarrollo de dicho proceso. También se vuelve a hacer aquí referencia a la realización del avalúo, como en las anteriores comunicaciones.

**2.1.1.2.4.3.3.5.** Posteriormente se indicó en el numeral (ix) “Venta de los bienes fideicomitidos: La Fiduciaria contacto el 13 de Febrero de 1998, a Anthony Halliday y Cía. y a J.G. Valencia y Asociados, sociedades que se dedican al corretaje de bienes inmuebles en la ciudad de Cali, y les solicitó sus servicios para la venta de los bienes en J.G. Valencia y Asociados para su venta el 5 de marzo de 1998”, de esta información se desprende lo siguiente:

a) Se hace referencia a Venta, lo cual no significa que previamente no se estuviera adelantando el proceso de realización de bienes. Dicha mención alude, simplemente, a la última etapa del proceso de enajenación previsto en el contrato.

b) A juicio del Tribunal, y en concordancia con el criterio de interpretación estricto, al indicar que el 5 de marzo de 1998 se consignaron los bienes en J.G. Valencia y Asociados, no se busca con ello dar a entender que con esa consignación se iniciaba el proceso de realización de bienes, de manera que no se puede inferir de dicha afirmación una aceptación tácita del acreedor garantizado, en los términos alegados por la convocada.

**2.1.1.2.4.3.3.6.** En el subnumeral (x) se indica “J.G. Valencia y Asociados, a solicitud de la Fiduciaria, informó a la Fiduciaria el 20 de Junio de 1998, que a pesar de las gestiones de venta realizadas, a esa fecha no tenía ofertas de compra de los bienes fideicomitidos”; con ello se advierte que una vez vencidos los seis (6) meses para la

realización, tal y como lo entendía MONÓMEROS, es decir, el 18 de marzo de 1998, no se había logrado la venta de los bienes fideicomitidos. Nótese que en la comunicación se indica que tres meses después del 18 de marzo de 1998, no se había aún procedido a adelantar lo que debía haberse realizado antes de la fecha indicada (marzo 18), de manera que el acreedor beneficiario, por medio de la aludida rendición de cuentas del 20 de agosto, vino a ser informado que el término contractual para la realización había sido sobrepasado por la Fiduciaria. Con todo, es del caso subrayar que en la misma rendición de cuentas se indicó que por medio de los oficios número 410-620-34077 del 19 de junio de 1998 y 410-620 6687 del 1º de septiembre de 1998, se comunicó que la Fiduciaria debía abstenerse de ejecutar los contratos de fiducia celebrados con PROCAMPO, y que se había convocado a PROAGRO al trámite concordatario, respectivamente. Así las cosas, en este momento no tenía ningún objeto práctico que el acreedor formulara una objeción, ya que evidentemente ya no era posible realizar ningún tipo de actuación que evitara la parálisis del procedimiento de enajenación de los inmuebles.

**2.1.1.2.4.3.3.7.** A continuación se indicó “(x) J.G. Valencia y Asociados, a solicitud de la Fiduciaria, informó a la Fiduciaria el 20 de junio de 1998, que a pesar de las gestiones de venta realizadas, a esa fecha no tenía ofertas de compra de los bienes fideicomitidos”. La falta de interesados en la adquisición de los bienes fideicomitidos, no es un tema que suscite debate en este proceso.

De todo lo anterior se concluye que es lícita la cláusula Vigésimo Tercera del contrato de fiducia en garantía, y que, por lo tanto, se ajusta a derecho el efecto en ella consagrado en el sentido de considerar aprobadas las cuentas rendidas por la Fiduciaria, en el evento de que el Fideicomitente no las objetara dentro del término pactado. Sin embargo, no se encuentra información alguna en las mismas que hubiese llevado a los acreedores garantizados a considerar que la iniciación del proceso de enajenación de bienes pendía de la elaboración del avalúo, ni que estuviera supeditada a la aprobación de dicho avalúo por parte de los acreedores garantizados, ni mucho menos que solo comenzara con la consignación de los bienes en la firma corredora. Por el contrario, en las rendiciones de cuentas referidas se hacen inequívocas manifestaciones de encontrarse en curso los trámites establecidos para realización de bienes. Es evidente, por lo demás, que se enviaron diversas comunicaciones a la convocante indicando que ya se había dado inicio al proceso de realización de bienes, y que la fecha que marcaba dicha iniciación era la del vencimiento de los sesenta (60) días de que disponía el Fideicomitente para acreditar la extinción de la obligación contraída con MONÓMEROS.

Estas circunstancias han de interpretarse a la luz del principio de ejecución de buena fe de los contratos, para lo cual ha de combinarse la estipulación contenida en el párrafo primero de la cláusula vigésimo quinta —que se presume conocido por MONÓMEROS por tener interés en su recta ejecución— con el conocimiento que tenía MONÓMEROS, por haber recibido copia, de la comunicación dirigida por FIDUANGLO a PROCAMPO, en la cual se le informa de la solicitud del acreedor garantizado para que se lleve a cabo la realización de la garantía, razón por la cual se le otorga al deudor (Procampo) un término de sesenta (60) días para que acredite la extinción de la deuda a su cargo, advirtiéndole que “En caso de silencio o de no demostración de la extinción de la obligación garantizadas en el plazo señalado, la Fiduciaria procederá a la realización de los bienes fideicomitidos”. Es evidente que esta advertencia coincide con lo pactado en el párrafo Primero de la cláusula Vigésimo Sexta del contrato de fiducia en garantía. Posteriormente, en carta del 23 de septiembre de 1997, enviada a PROAGRO con copia a MONÓMEROS, la Fiduciaria precisa: “En razón del vencimiento del término previsto en el contrato de fiducia (Cláusula Vigésimo cuarta: eventos que determinan la realización de la garantía), sin que el Fideicomitente acreditara a la Fiduciaria el pago o la ocurrencia de cualquier otro modo de extinción de la obligación, se da inicio al procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos” (subrayas fuera del texto). El texto transcrito no deja duda alguna, en virtud del tiempo verbal empleado (“se da inicio”) que para la Fiduciaria ya había comenzado el desarrollo del procedimiento pactado para la efectividad de la garantía. En esta comunicación, que tiene carácter vinculante para la Fiduciaria, se declara, sin reserva alguna que, vencidos ya los sesenta (60) días, se pone en marcha el proceso de realización de bienes el día 23 de septiembre, siendo entendido que el primer paso dentro de dicho proceso es la actualización del avalúo, por lo que lo solicitó al Fideicomitente, indicando en el acápite final que “Si en un término de 15 días comunes, contados, a partir de la fecha de esta comunicación, la Fiduciaria no ha recibido el avalúo, lo ordenará directamente, con cargo al Fideicomitente”. En comunicación posterior, dirigida a MONÓMEROS directamente, se indica que se envía el avalúo realizado por parte de Édgar Erazo, señalando que “Si en un término de quince (15) días, contados a partir del recibo de esta comunicación, no hemos recibido observaciones, lo consideraremos aprobado y procederemos a la venta de los

bienes fideicomitidos”, de lo cual se infiere que estando en curso el proceso de realización de bienes, se pasaría a una fase ulterior de tal procedimiento, vale decir, a la etapa de venta como tal, con el avalúo aprobado expresa o implícitamente, pasados los quince (15) días fijados. Así pues, con la venta concluía la última parte del proceso de realización de bienes fideicomitidos. En consecuencia, no existen elementos de convicción que permitan concluir que el acreedor garantizado sabía que el procedimiento de enajenación estuviera congelado, o condicionado para su iniciación a la elaboración del avalúo, o la aprobación del mismo supeditada a otros trámites o requerimientos. Nada de esto quedó demostrado, lo que impide inferir que MONÓMEROS hubiese aceptado implícitamente, por su silencio e inacción, la postergación o el aplazamiento del proceso de enajenación de los inmuebles que conformaban su garantía. A esta deducción se llega, como ya se explicó, mediante la interpretación armónica de la cláusula Vigésimo Sexta del contrato de fiducia, las comunicaciones mencionadas previamente y las mismas rendiciones de cuentas a las cuales se hizo referencia. El Tribunal es de la opinión que no se puede alegar que mediante comunicaciones posteriores se cambió de parecer con respecto a lo comunicado por parte de la Fiduciaria inicialmente, pues este no es el alcance de las rendiciones de cuentas, ya que son meros actos informativos y no declarativos; es así como quedó claro que desde el 18 de julio de 1997 la Fiduciaria comunicó que daba inicio a la realización de los bienes, información esta que creó el convencimiento en MONÓMEROS de la veracidad de dicha manifestación, se repite, todo esto, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual.

**2.1.1.2.4.4.** Ahora bien, resulta necesario evaluar las posteriores rendiciones de cuentas, enviadas después de la del 20 de agosto de 1998, con corte a 30 de junio de 1998. Estas son: rendición de cuentas del 1° de abril de 1999 a corte de 31 de diciembre de 1998; rendición del 3 de septiembre de 1999 a corte de 30 de junio de 1999; rendición de 21 de enero de 2000, a corte de diciembre de 1999; rendición del 4 de agosto de 2000, a corte de 30 de junio de 2000; y rendición del 15 de marzo de 2001 a corte de 31 de diciembre de 2000.

Sobre estas rendiciones se deben resaltar los siguientes aspectos:

**2.1.1.2.4.4.1.1.** En dichas rendiciones la Fiduciaria se refirió a un término en el que supuestamente concluiría el procedimiento de enajenación. Al efecto precisó:

*“Conforme lo informado por nosotros en la Rendición de Cuentas a 30 de Junio de 1998, el 5 de septiembre de 1998, vencía el término de venta de los bienes fideicomitidos y La Fiduciaria adelantó las gestiones necesarias para su ofrecimiento, tales como la elaboración de la minuta de dación en pago y la solicitud a la Alcaldía Municipal de Buga de la liquidación de lo adeudado por concepto de impuesto predial de los bienes fideicomitidos”.*

Nótese que se hace referencia a la rendición de cuentas a 30 de junio de 1998, indicando que en ella se comunicó que el 5 de septiembre vencía el término de venta de bienes fideicomitidos. Sin embargo, como ya se precisó, esta aseveración no era cierta, razón por la cual el Tribunal considera que a esta manifestación, hecha en la mencionada rendición (y en posteriores), no puede atribuírsele efecto jurídico alguno a favor de la Fiduciaria.

**2.1.1.2.4.4.1.2.** Según se ha dicho, en estas rendiciones se informa que el 5 de septiembre de 1998 vencía el plazo para la realización de los bienes. Sin embargo, solamente en la rendición de cuentas del 1° de abril de 1999 se informó dicha circunstancia, momento en el cual la conoció MONÓMEROS. Pero esta información choca con todas las anteriores suministradas por la Fiduciaria, lo que se enmarca dentro de concepto de *“venire contra factum proprium”*, que no puede tener protección jurídica. Entiende el Tribunal que para MONÓMEROS no era fácil desentrañar la verdadera situación, pues tenía de una parte, claras estipulaciones contractuales y, de otra, comunicaciones encontradas, algunas de las cuales se oponían también a dichas estipulaciones y a las rendiciones de cuentas precedentes. Por tanto, en observancia de la regla de interpretación estricta a la que se ha referido el Tribunal, no puede este admitir en estas circunstancias, que el silencio o falta de reacción de MONÓMEROS puedan ser vistos como generadores de una voluntad tácita de dicho acreedor garantizado enderezada a aceptar lo informado por la Fiduciaria, cuando aquel podía, razonablemente, darle credibilidad a las previas comunicaciones y rendiciones de cuenta en las que se le informaba que se hallaba en curso de procedimiento de enajenación.

**2.1.1.2.4.4.1.3.** Se debe indicar que estas rendiciones son de fechas posteriores al momento en el cual la Superintendencia convocó a trámite concordatario a PROAGRO S.A. y cuando este mismo ente de vigilancia y control ya había denegado la solicitud de la FIDUCIARIA de efectuar la dación en pago, cuestiones estas que son

relevantes, toda vez que ya habían acaecido las circunstancias que sacaban al bien del comercio y por tanto impedían la continuación del proceso de ejecución de garantía, evento este que llevó a la convocatoria del presente Tribunal. Esto significa que en estas circunstancias cualquier objeción de MONÓMEROS habría sido inane, pues ante la firme posición de la Superintendencia de Sociedades respecto de la ejecución de la Fiducia en Garantía- cualquier actuación habría sido infructuosa.

Con las consideraciones precedentes el Tribunal procede a analizar las actuaciones llevadas a cabo en cumplimiento del procedimiento contractual de enajenación, y la oportunidad en que tales actuaciones se realizaron.

<b>ACTUACIÓN</b>	<b>FECHA</b>
Solicitud de MONÓMEROS para la realización de la garantía con ocasión del incumplimiento de PROCAMPO S.A. (Actuaciones reseñadas en la rendición de cuentas del 9 de septiembre de 1997 a corte de 30 de junio de 1997)	8 de julio de 1997
A partir de la señalada solicitud, se consideró que esta cumplía los requisitos del contrato de fiducia para poner en marcha los trámites encaminados a la ejecución de la garantía. (Actuación descrita en la rendición de cuentas del 9 de septiembre de 1997 a corte de 30 de junio de 1997)	8 de julio de 1997
La Fiduciaria da aviso a PROCAMPO de la solicitud de ejecución de la garantía y le otorga 60 días para que acredite la extinción de la obligación. (Actuación informada en la rendición de cuentas del 9 de septiembre de 1997 a corte de 30 de junio de 1997)	18 de julio de 1997
Fecha de recepción de la comunicación anterior	30 de julio de 1997
Vencimiento de los 60 días de que dispone el Fideicomitente para acreditar la extinción de la deuda. (Es del caso precisar que en la comunicación en referencia se indica que los 60 días calendario serán los siguientes a la fecha del recibo de la comunicación, cuestión está que no esta estipulada en el contrato de fiducia en garantía, razón por la cual no ha de atribuírsele efecto vinculante). (Actuación indicada en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	18 de septiembre de 1997
Fiduciaria comunica a PROAGRO que se venció el término de 60 días, informa que se da inicio al procedimiento de	23 de septiembre de 1997

realización de bienes, solicita la actualización del avalúo y advierte que de no realizarlo en 15 días comunes lo elaborará directamente con cargo al Fideicomitente. (Actuación descrita en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	
Se da inicio al proceso de realización de bienes	18 de septiembre de 1997
Fecha de actualización del avalúo	20 de octubre de 1997
Término que las peritos establecieron como razonable para la actualización del avalúo de 20 a 30 días	23 de octubre de 1997
La Fiduciaria envía nueva comunicación insistiendo en la necesidad de obtención del avalúo actualizado, informando que de no recibirlo para el 31 de octubre de 1997, citará a los Acreedores Garantizados a fin de disponer lo necesario para la realización del avalúo. (Actuación informada en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	27 de octubre de 1997
Fecha en que la Fiduciaria recibió el avalúo actualizado enviado por el Fideicomitente. (Actuación reseñada en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	1° de diciembre de 1997
Fecha en que la Fiduciaria envió el avalúo a los Acreedores garantizados, dándoles un plazo de 15 para su aprobación. (Actuación señalada en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	1° de diciembre de 1997
Comunicación del Banco Sudameris en que se aprueba el avalúo.	11 de diciembre de 1997
El Banco Uconal solicita información a la Fiduciaria sobre el estado del Fideicomiso.	12 de diciembre de 1997
Se informa a los acreedores garantizados sobre la solicitud de Uconal, y se amplía el plazo para observaciones del avalúo hasta el 13 de enero de 1998. (Actuación descrita en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	22 de diciembre de 1997
Fecha en la cual se debió entender aprobado el avalúo, según el término fijado unilateralmente por la fiduciaria	13 de enero de 1998 (Toda vez que este plazo se dispuso en comunicación

	del 22 de diciembre, y a su expiración no se había solicitado ampliación de información por parte de ningún acreedor garantizado)
La Fiduciaria envía la información solicitada por Uconal (interrogatorio de parte visible a folio 8 del Cuaderno de Transcripciones)	15 de enero de 1998.
El Banco Uconal solicita complementación de información	16 de enero de 1998
La Fiduciaria envía nueva de información solicitada por Uconal	23 de enero de 1998
Uconal aprueba el avalúo	4 de febrero de 1998
Fecha en la cual se entendió aprobado el avalúo	4 de febrero de 1998
Contacto con compañías de corretaje de bienes inmuebles. (Actuación reseñada en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	13 de febrero de 1998
Fiduciaria consigna los bienes fideicomitidos a la firma J.G.Valencia & Cía. Ltda. (Actuación descrita en la rendición de cuentas de 5 de marzo de 1998 a corte de 31 diciembre de 1997)	5 de marzo de 1998
Superintendencia admite en concordato a PROCAMPO S.A. (Entidad que incumplió sus obligaciones con MONÓMEROS) (Actuación indicada en la rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a corte de 30 de junio de 1998)	5 de mayo de 1998
Solicitud de la Fiduciaria a la firma de Corredores de bienes inmuebles, para que informe el estado de la venta	7 de mayo de 1998
Segunda solicitud de información de la Fiduciaria a los corredores de bienes inmuebles	1º de junio de 1998
Respuesta de la firma corredora de bienes inmuebles, informando que hasta el momento no ha resultado cliente para la compra de los mismos.	2 de junio de 1998
Solicitud de la Fiduciaria para que la Superintendencia de Sociedades manifieste expresamente si la Fiduciaria podía o no proceder a enajenar los bienes fideicomitidos sin autorización	4 de junio de 1998

previa de esa Superintendencia. (Actuación que aparece en la rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a corte de 30 de junio de 1998)	
Respuesta de la Superintendencia de Sociedades a la anterior solicitud, prohibiendo la enajenación de los inmuebles (Actuación reseñada en la rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a corte de 30 de junio de 1998)	19 de junio de 1998
J.G. Valencia y Asociados, a solicitud de la Fiduciaria, informó que a pesar de las gestiones de venta realizadas, a esta fecha no tenía ofertas de compra de los bienes fideicomitidos. (Actuación señalada en la rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a corte de 30 de junio de 1998)	20 de junio de 1998
Tercera solicitud de información de la Fiduciaria a la firma de Corredores de bienes inmuebles.	30 de junio de 1998
Comunicación de PROCAMPO a la Fiduciaria indicando ampliación del plazo para practicar diligencias con miras a su posible venta o realización del avalúo (visible a folios 408 y 409 del Cuaderno de Pruebas N° 1)	24 de julio de 1998
La Fiduciaria envía comunicación a PROCAMPO, PROAGRO y QUIMOR en donde se niega a suspender el trámite de venta (visible a folios 411 y 412 del Cuaderno de Pruebas N° 1)	5 de agosto de 1998
Desarrollo de actuaciones tendientes al ofrecimiento en dación en pago de los bienes fideicomitidos; envió a abogado externo de minuta de dación en pago para revisión. (Actuación indicada en la rendición de cuentas de 1 de abril de 1999, a corte a 31 de diciembre de 1998)	31 de agosto de 1998
Superintendencia convoca a trámite concordatario a PROAGRO S.A. y QUIMOR. (Actuación reseñada en la rendición de cuentas del 20 de agosto de 1998, a corte de 30 de junio de 1998)	1° de septiembre de 1998
Solicitud de la Fiduciaria a la Superintendencia de Sociedades con el objeto de aprobar la dación en pago de los bienes fideicomitidos por PROAGRO S.A. (Actuación señalada en la rendición de cuentas de 1 de abril	7 de octubre de 1998

de 1999, a corte a 31 de diciembre de 1998)	
Respuesta de la Superintendencia de Sociedades negando la autorización para hacer la dación en pago. (Actuación que aparece en la rendición de cuentas de 1 de abril de 1999, a corte a 31 de diciembre de 1998)	26 de octubre de 1998

Según el anterior cuadro de análisis de las actuaciones llevadas a cabo y la oportunidad en que se efectuaron, el Tribunal concluye que la Fiduciaria ha debido desarrollar y concluir todos los trámites que conforman el procedimiento estipulado en el contrato de fiducia para la enajenación de los bienes fideicomitidos en un período de seis (6) meses que concluyó el 18 de marzo de 1998, prestación esta que no cumplió, pues en ese período no se realizaron todas las actuaciones previstas.

### 2.1.2. Consideraciones en cuanto a la tercera y cuarta pretensión del convocante.

“**TERCERA:** Que LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no ofrecer a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) los bienes fideicomitidos en dación en pago para cancelar las obligaciones garantizadas con el Certificado de Garantía Fiduciaria identificado con el número cero uno de fecha 1º de marzo de 1996, al vencimiento del término contractual de seis (6) meses estipulado en Parágrafo Segundo de la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato”.

“**CUARTA:** Que LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. FIDUANGLO) obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO” e incumplió el contrato al no pagar a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) las obligaciones a favor de esta y a cargo de la sociedad PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. –PROCAMPO S.A. que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria en su condición de vocera del referido fideicomiso mercantil de garantía constituido en virtud del contrato”.

En cuanto al incumplimiento del Fiduciario por no ofrecer los inmuebles en dación en pago a los Acreedores Beneficiarios, es necesario verificar que específicamente el contrato de fiducia establece que “... en caso de no lograrse la venta, deberá ofrecer a los ACREEDORES GARANTIZADOS en dación en pago el (los) bien(es) fideicomitado(s) necesario(s) para el pago de su(s) acreencia(s). Sí este (estos) manifiesta(n) interés por alguno o algunos de ellos, serán adjudicados siempre y cuando se cumpla el presupuesto señalado en el parágrafo anterior”.

Se advierte, entonces, como presupuesto para el ofrecimiento de la dación en pago, la existencia de un avalúo adecuado, conforme a los requerimientos del parágrafo primero de la cláusula vigésimo séptima del contrato de fiducia, según el cual “Ningún bien se podrá realizar por un precio inferior al 80% de su valor presente. El valor presente se determinará a partir del último avalúo comercial, técnicamente elaborado de acuerdo con las pautas previstas en este contrato, con una antelación no superior a tres (3) meses a la fecha de venta o disposición de los bienes”, por ende, una vez verificada la realización del avalúo y transcurrido el plazo de seis (6) meses para proceder a la enajenación, era obligación del Fiduciario ofrecer en dación en pago dichos bienes a los acreedores beneficiarios. Ahora bien para determinar si en el caso que nos ocupa se produjo un incumplimiento por parte del Fiduciario en cuanto al ofrecimiento de la dación en pago a los acreedores beneficiarios, se debe tener en cuenta la fecha en la cual finalizaron los seis (6) meses para proceder a la enajenación de dichos bienes. A este respecto se determinó previamente que el 18 de septiembre de 1997 venció el término contractual de los sesenta (60) días para que el Fideicomitente acreditara la extinción de su deuda, momento desde el cual, de acuerdo al contrato de fiducia, se deberían adelantar los trámites para la realización de los bienes, es decir, que desde dicha fecha transcurrirían los seis (6) meses para la enajenación. Dicho período vencía, entonces, el 18 de marzo de 1998, que

constituye el límite contractual para concluir el trámite de venta y para proceder, en caso de que no se lograra la enajenación, al ofrecimiento de la dación en pago. Con todo, la Fiduciaria no hizo el señalado ofrecimiento a la expiración del lapso de seis (6) meses, incurriendo así en incumplimiento de esta obligación. Para el Tribunal, los dos incumplimientos a que se ha hecho mención provienen de la misma causa, toda vez que los mismos hechos y omisiones que impidieron cumplir con la totalidad de los trámites para la realización de los inmuebles fideicomitidos, dentro del lapso de seis (6) meses, a la postre impidieron también el ofrecimiento de la dación al vencimiento de este término, pues es claro que dicho ofrecimiento no podía hacerse sin haber agotado el procedimiento para la enajenación de los bienes. Esto se explica porque al fin y al cabo todas estas gestiones hacen parte del mismo proceso, estipulado para la efectividad de la garantía fiduciaria.

Según los análisis precedentes del Tribunal, las actuaciones que generaron pérdidas de tiempo fueron, en particular, la elaboración del avalúo, para cuya oportuna realización la Fiduciaria no empleó las opciones que el contrato y la diligencia le indicaban; posteriormente supeditó, sin justificación contractual, la continuación del trámite de enajenación a la aprobación del avalúo por parte de los acreedores garantizados. Es así como el avalúo fue sujeto a aprobación el 1º de diciembre de 1997, según consta en las comunicaciones de FIDUANGLO S.A. enviadas a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A., a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO S.A., a la CORPORACIÓN FINANCIERA DE CUNDINAMARCA S.A., comunicaciones en donde se informaba que “Si en un término de quince (15) días contados a partir del recibo de esta comunicación, no hemos recibido observaciones, lo consideramos aprobado y procederemos a la venta de los bienes fideicomitidos”; ahora bien, dicho término se amplió por medio de la comunicación de FIDUANGLO del 22 de diciembre de 1997, en donde se estableció: “En consideración a la solicitud de información adicional de uno de los acreedores garantizados ampliamos el plazo para recibir el avalúo hasta el 13 de enero de 1998. Si a esta fecha no hemos recibido sus comentarios, lo consideramos aprobado y daremos inicio al trámite de venta previsto en el contrato de fiducia”; finalmente, el 4 de febrero por medio de comunicación del BANCO UCONAL, acreedor beneficiario solicitante de información, se aprobó el avalúo. Por tanto, se sigue de lo anterior la siguiente secuencia:

- (i) El Fiduciario entendió aprobado el avalúo el 4 de febrero de 1998 y desde esta fecha empezó a realizar las subsiguientes actuaciones tendientes a la enajenación de los bienes,
- (ii) Es así como el 13 de febrero del mismo año envió comunicación a las firmas de corretaje inmobiliario “Valencia y Asociados” y “Anthony Halliday y Cía”, adjuntando el avalúo realizado para que procedan a la venta,
- (iii) El 5 de marzo, se envió comunicación por parte de FIDUANGLO a la firma de corretaje inmobiliario JULIO GUILLERMO VALENCIA. Y CÍA, en la cual se confirmó que se dejaban en consignación los bienes descritos en la comunicación del 13 de febrero de 1998 “...para que los promocióne para su venta”. A dicha firma se le solicitó en diversas ocasiones informes sobre la venta de los bienes. Tales solicitudes se realizaron el 7 de mayo de 1998 y el 1º de junio de 1998.
- (iv) La firma contratada comunica el 2 de junio a la Fiduciaria que no existen clientes para la venta de los bienes y que, por lo tanto, seguirá haciendo gestiones para la venta,
- (v) El 4 de junio de 1998 la Fiduciaria solicita a la Superintendencia de Sociedades adicionar el auto que convocó a concordato a PROCAMPO, para indicar si era posible que FIDUANGLO procediera a enajenar los bienes del fideicomiso sin autorización de dicha Superintendencia, considerando que PROCAMPO es una persona jurídica diferente al FIDEICOMITENTE, PROAGRO. El 30 de julio de 1998 se solicitó de nuevo por parte de FIDUANGLO S.A. informe de dicho ofrecimiento,
- (vi) Finalmente, hasta el 31 de agosto se envía la minuta de dación en pago para su revisión a una firma de abogados externos, lo cual consta en el testimonio rendido por el doctor Andrés López Valderrama, a la sazón abogado de la firma de abogados que estaba realizando dichas gestiones.
- (vii) El 1º de septiembre se convocó mediante auto número 410-6206687 al trámite concordatario a PROAGRO y QUIMOR.

(viii) El 7 de octubre FIDUANGLO solicita a la Superintendencia de Sociedades autorización para transferir los bienes a los acreedores garantizados en dación en pago, dicha solicitud fue negada el día 26 de octubre.

Bajo los anteriores presupuestos fácticos, puede decirse que el ofrecimiento y ulterior perfeccionamiento de la dación se vieron frustrados por una imposibilidad sobreviniente, pues el 1º de septiembre de 1998, se convocó a trámite concordatario a PROAGRO y QUIMOR, siendo la primera entidad Fideicomitente de la fiducia en garantía que nos ocupa. Sobre este aspecto es conveniente formular ciertas precisiones, entre ellas las relativas a las implicaciones jurídicas que se derivan del hecho de que el deudor de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS sea PROCAMPO, en tanto que el Fideicomitente de la fiducia en garantía sea PROAGRO. A este respecto, también se debe definir en que calidad actúa PROAGRO en relación con PROCAMPO. Adicionalmente se debe determinar, si la causa eficiente de la inejecución de la garantía fue la convocatoria a concordato de PROCAMPO y/o PROAGRO.

1. En primer lugar se debe considerar que efectivamente el deudor de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS era PROCAMPO, entidad esta que es del mismo grupo empresarial de PROAGRO. Esta circunstancia es bastante clara en comunicaciones tales como la enviada por MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS con el objeto de informar a FIDUANGLO el incumplimiento de PROCAMPO; en dicho documento se indica: “...nos permitimos informar que la sociedad Productividad para el Campo S.A. –PROCAMPO, representada en el contrato de fiducia por el Dr. Ramiro Villalobos Azcarate, ha incumplido sus obligaciones para con la sociedad que represento”. Posteriormente se evidencia que FIDUANGLO en comunicación del 18 de julio de 1997, comunica dicha solicitud y le hace saber a PROCAMPO la existencia de los sesenta (60) días para acreditar algún modo de extinción de las obligaciones, haciendo expresa referencia al “Incumplimiento de obligaciones garantizadas por el Fideicomiso de Garantía Proagro-Fiduango”.

2. En segundo lugar se debe proceder a encontrar la relación existente entre PROCAMPO (DEUDOR) y PROAGRO (FIDEICOMITENTE), para verificar bajo que presupuesto este último constituyó una fiducia con FIDUANGLO con el objeto de garantizar, entre otras, las obligaciones de PROCAMPO. Sobre este punto se debe advertir que tanto PROCAMPO como PROAGRO pertenecen al mismo grupo empresarial; en segundo lugar se debe indicar que el contrato de fiducia en garantía tiene por objeto en este caso *“a) Garantizar hasta el 83% del valor de los bienes fideicomitados las obligaciones presentes o futuras, por concepto de capital, intereses, gastos de cobranza y demás montos accesorios no computables como interés, que aparezcan en los libros o registros de los ACREEDORES GARANTIZADOS y en cualquier clase de título o documento de carácter civil o mercantil que preste mérito ejecutivo y haya sido otorgado, avalado, girado, endosado, aceptado o suscrito por el FIDEICOMITENTE o por terceros que este previamente haya designado ante el FIDUCIARIO con su aceptación, conjunta o separadamente respecto al fideicomiso frente a los ACREEDORES GARANTIZADOS, y/o sus cesionarios o causahabientes...”* (negritas fuera del texto). Además, en la designación de las partes del contrato se hace mención a los acreedores garantizados, en dicho acápite de la cláusula primera del contrato se indica: *“Tendrán tal posición las personas jurídicas o naturales, las entidades financieras debidamente establecidas y autorizadas para funcionar designadas por EL FIDEICOMITENTE o por terceros previamente indicados a través de escrito por el mismo al FIDUCIARIO...”*. Resulta necesario verificar qué connotación tienen los “terceros” para este contrato, evidenciándose la carencia de definición de dicho término en el contrato de fiducia instrumentado en la estructura pública 7627; por ello, hemos de remitirnos a la escritura pública 4097 contentiva del contrato de fiducia en garantía celebrado entre PROAGRO LIMITADA Y CÍA. S. en C.S. y FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., antes de la cesión de los derechos de esta última a FIDUANGLO S.A., en el cual se indica en la cláusula primera *“...De conformidad con lo estipulado en el presente contrato, para todos los efectos derivados de esta relación contractual se entiende por terceros, los siguientes: a) los socios de la sociedad y b) las filiales y subsidiarias de el fideicomitente”*.

Ahora bien, es importante determinar si PROCAMPO era considerado como tercero conforme a la definición contenida en el contrato mencionado; para ello resulta importante verificar que PROCAMPO resulta ser una filial de PROAGRO (declaración de Ramiro Villalobos visible a folios 125 a 159 del Cuaderno de Transcripciones). Por tanto, PROAGRO puede garantizar el pago de las obligaciones que PROCAMPO tenga con terceros, los cuales han de considerarse ACREEDORES GARANTIZADOS de acuerdo con el contrato de fiducia que nos ocupa.

3. Todo esto resulta relevante por cuanto PROCAMPO, la deudora, fue convocada a concordato por parte de la Superintendencia de Sociedades el 5 de mayo de 1998 y PROAGRO, la Fideicomitente, el 1° de septiembre de 1998, siendo pues imperativo que el Tribunal defina frente al binomio deudor-fideicomitente, a partir de cuándo se impidió continuar con la ejecución de la garantía. Para ello resulta relevante indicar que la Ley 222 de 1995 regula en forma sistemática, los llamados procesos concursales, noción en la cual están agrupados dos clases de procesos; esto es, el concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor; y el concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor. Sobre el particular disponen los artículos 94 y 95 de la ley en mención:

*“El concordato tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito”. Por su parte, el artículo 95 establece que “...mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo”.*

En cuanto a los concursos se ha considerado por parte de la doctrina que existen diversos principios, entre ellos, el más relevante para el caso, es el principio de la colectividad, el cual, como lo indica la Superintendencia de Sociedades, “... supone la carga procesal para todos los acreedores del deudor fallido de hacerse parte en el concordato, so pena de perder todo tipo de acción ejecutiva contra el deudor hasta que se pague a los acreedores que se hicieron presente en el concurso. No obstante este principio no impedía a los acreedores realizar acciones judiciales o extrajudiciales encaminadas a obtener de los codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores, o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación del deudor fallido, la satisfacción de sus acreencias...” (59). Con todo, la Superintendencia de Sociedades, en el auto en el cual se encuentra la cita que viene de transcribirse, siguió los siguientes lineamientos de la Superintendencia Bancaria(60): *La caución constituida mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía es, para todos los efectos legales, una garantía personal. Por tal virtud, lo que suceda con la obligación principal afecta de manera directa el encargo... Por tanto, resulta de bulto que, ante la suspensión de pagos que comporta un proceso concursal, no puede el acreedor pretender el pago con la garantía concedida por el deudor con sus propios bienes –que dejaron de ser suyos precisamente para garantizar el pago que ahora queda suspendido...”* . Con estas premisas, la Superintendencia de Sociedades concluyó: ***“De manera que el pago, aunque formalmente se haya hecho con patrimonio “ajeno al deudor” (por no poder decirse, sin incurrir en imprecisión, que con patrimonio de un tercero), en realidad se hizo: (i) por orden anticipada del deudor, (ii) para pagar obligaciones suyas, y (iii) con la prenda general de sus acreedores. Lo que equivale a decir que, tanto por el sujeto de quien emana la voluntad de pago, como por los medios con los cuales se paga, y el titular de las obligaciones pagadas, cuando paga la fiduciaria, paga el deudor ”*** (negrillas fuera del texto)(61) .

En consecuencia PROCAMPO, como deudor convocado al procedimiento concordatario, no podía pagar sus acreencias por sí mismo, y tampoco podría un tercero pagarlas con bienes que se consideren hacen parte de la prenda general de los acreedores del deudor concursado, tal como sucedería con la ejecución de la fiducia en garantía constituida por el deudor en calidad de Fideicomitente, de suerte que aquí coinciden en una misma persona las dos calidades. Esto implica que cuando el deudor garantizado por la fiducia entre en concordato, no será posible ejecutar dicha garantía con el objeto de cumplir las obligaciones del citado deudor, pues de lo contrario se vulneraría el principio de colectividad y universalidad de este tipo de procesos, cuya preservación ha llevado a la Superintendencia de Sociedades a prohibir la ejecución de las garantías constituidas por el Fideicomitente, cuando este es el deudor.

Sin embargo, en el caso bajo análisis los bienes objeto de la fiducia en garantía no eran de propiedad del deudor sino de un tercero, como lo es PROAGRO, de manera que los principios arriba indicados no podían resultar vulnerados, toda vez que, como lo precisa la Superintendencia de Sociedades, para que esto ocurra es necesario que los bienes destinados al pago hagan parte de la prenda general del deudor concursado, hipótesis que no se presenta cuando el Fideicomitente es una persona distinta al deudor.

De lo anterior se colige que, no obstante encontrarse en concordato PROCAMPO, vale decir, el deudor cuyas obligaciones estaban respaldadas con la fiducia, dicha garantía podía ejecutarse, toda vez que estaba conformada por inmuebles transferidos al patrimonio autónomo por PROAGRO, y sin importar que el propósito de la

realización de la garantía fuera el de satisfacer obligaciones contraídas por el deudor concursado. Esto se infiere, igualmente, del texto del oficio de la Superintendencia de Sociedades, número 410-620-34077 del 19 de junio de 1998, en el cual le indica a la Fiduciaria que “... *deberá abstenerse de ejecutar los contratos de fiducia celebrados con la concordada, so pena de incurrir en ineficacia de pleno derecho*” (Negrillas fuera del texto). Así las cosas, se concluye por parte del Tribunal que solo hasta el 1° de septiembre de 1998, cuando fue convocado a concordato el Fideicomitente – PROAGRO, se tornó en imposible la ejecución de la garantía, todo ello conforme a las consideraciones de la Superintendencia de Sociedades aplicables al caso de procesos concursales y fiducias en garantía.

Es así como se encuentra que pasados los seis (6) meses del proceso de realización de los bienes, sin haberse logrado su venta, tuvo la Fiduciaria desde el 18 de marzo de 1998 hasta el 1° de septiembre del mismo año, para ofrecer y perfeccionar la dación en pago; es decir, que LLOYDS TRUST dispuso de cinco meses y medio para dicho propósito, sin que en ese término se hubiese presentado ningún obstáculo o imposibilidad legal para efectuar el pago por este medio, ya que en dicho lapso no se hizo la convocatoria a concordato de PROAGRO, entidad FIDEICOMITENTE.

Para el Tribunal, a pesar de no haberse estipulado un plazo determinado para la realización de la dación, considera que el tiempo transcurrido (cinco meses y medio) era más que suficiente para efectuar el pago por esta modalidad, lo que resulta reafirmado por las peritos en sus aclaraciones y/o complementaciones al dictamen pericial, al indicar que:

*“Bajo el supuesto que presenta la pregunta, que la dación en pago se ofreció en fecha anterior al 1° de abril de 1998 y se solicita a los peritos la “opinión personal” sobre si se hubieses podido perfeccionar en un periodo de cinco meses (1° de abril a 30 de agosto de 1998); se reitera –la incertidumbre en el manejo de tiempos- pero que tomando en cuenta estas consideraciones y sin pretender entrar en el campo del derecho al referirse al “perfeccionamiento” del hecho o de la acción de dación, podrá pensarse que sí procedería ese plazo –salvo imponderables”.*

Lo cual pone en evidencia en este caso un incumplimiento de la FIDUCIARIA, toda vez que obró de forma negligente en el manejo del fideicomiso de garantía, al no ofrecer los bienes fideicomitados en dación en pago, y consecuentemente al no pagar con dichos bienes fideicomitados, en la oportunidad establecida en el contrato de fiducia.

**Por ende para el Tribunal, LLOYDS TRUST incumplió el contrato de fiducia en garantía celebrado con PROAGRO, identificado con la escritura pública 7627, toda vez que no obró con la diligencia propia de un deudor profesional para el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

### **3. EL VÍNCULO DE CAUSALIDAD.**

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

A este respecto la Corte ha puntualizado que el vínculo de causalidad “se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, esto es, haber sido consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (inciso 1° del artículo 1616 del Código Civil)” [\(62\)](#) .

La doctrina también señala que la relación de causalidad exigida es aquella que muestra que “ *el perjuicio cuya reparación se impetra obedece a la conducta del demandado*” , pues “ *solo es resarcible el perjuicio causado*

por la persona a quien se solicita indemnización; no el proveniente de otras razones” (63) .

En el presente caso, como se ha reseñado, la convocante le endilga a la Fiduciaria el haber incumplido varias obligaciones, tanto convencionales como legales, a su cargo. En su sentir, ese cúmulo de imputaciones es la causa compleja de los perjuicios cuyo resarcimiento persigue en este proceso. A ellas debe agregarse, como un hecho notorio que no requiere prueba, la grave crisis económica que experimentó el país, en general, y el sector inmobiliario, en particular, a partir de 1995, que produjo un notorio descenso, en términos reales, en los precios de la propiedad raíz y redujo marcadamente la demanda de inmuebles, lo que habría dificultado en alto grado la ejecución de la garantía fiduciaria de que trata este proceso. También ha de tomarse en consideración la actitud, el comportamiento y la intención de la sociedad Fideicomitente que quería conservar, por todos los medios a su alcance, los inmuebles fideicomitados como activos esenciales para su subsistencia y para el desarrollo de los proyectos que intentaba desarrollar.

Nos encontramos así ante varias causas potencialmente generadoras de los perjuicios alegados, es decir, ante un problema de pluralidad de causas, el cual se presenta cuando concurren varias en la producción del perjuicio, debiéndose establecer cuál es la verdadera. Teniendo en cuenta que todas las circunstancias que acompañan un hecho e inciden en su producción se denominan concausas, deben absolverse varios interrogantes: ¿cuál de dichas concausas produjo realmente el daño? Se pueden hacer distinciones entre ellas? O se debe considerar que todas intervienen de un mismo modo en la generación del daño? Para resolver estas dudas la doctrina, y en ello ha sido seguida por la jurisprudencia, ha elaborado varias tesis, dentro de las que se destacan la llamada de la “equivalencia de condiciones”, y una de más reciente acogida por la Sala Civil de la Corte que es la de “causa eficiente”.

### **3.1. La equivalencia de condiciones.**

La teoría de la equivalencia de condiciones o *conditio sine qua non* (64) es la que ha tenido un mayor reconocimiento en la jurisprudencia colombiana, la cual explica que, como quiera que todas las concausas concurren a la producción del daño, todas ellas deben ser consideradas como causas del mismo, sin que pueda distinguirse entre ellas en razón de la importancia. Por tanto, todas las concausas o condiciones preexistentes tienen el mismo valor, de manera que todas son equivalentes, lo que impide hacer diferenciaciones entre ellas, pues todas son indispensables para producir el resultado dañoso, lo que significa que si falta una, ese resultado no acaecería. Cada una de las condiciones puede ser considerada al mismo tiempo como causa de todo el desenlace final(65) .

Por tanto, el daño es el resultado de la suma de concausas, en el sentido de que ninguna de estas puede suprimirse sin que aquel deje de producirse. Esto pone en evidencia que todas las concausas son igualmente necesarias para que la consecuencia perjudicial se produzca. De ahí que se afirme que “ *cuando varios eventos concurren a la realización de un daño cada uno de ellos es su causa entera, pues en ausencia de cualquiera de ellos el perjuicio no se habría producido ni siquiera en parte*” (66) . Así las cosas, la relación de causa a efecto existe, entre una concausa y el daño, cuando la consecuencia (daño) no habría podido tener lugar sin aquella concausa y cuando esta, por ende, no puede ser eliminada sin que aquel desaparezca. De esta característica proviene el nombre de la teoría, pues todas las concausas se miran como equivalentes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han propuesto un criterio o método para determinar cuándo una condición ha de considerarse causa de un resultado perjudicial. Según dicho criterio, para que el vínculo causal exista, es suficiente que pueda responderse negativamente a la siguiente pregunta: ¿sin el hecho (o incumplimiento) culposo en cuestión, el daño se hubiere producido? (67) . En el evento de que sin la intervención del agente el daño no se hubiere generado, tal intervención es “causa” del perjuicio(68) .

En cuanto a la jurisprudencia nacional, la Corte ha reconocido expresamente que la teoría usualmente acogida en el país es precisamente la de la equivalencia de condiciones y sobre su mecánica operativa y método para aplicarla, ha precisado lo siguiente: “ *Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio, es decir, una relación tal, que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido... se requiere el elemento de necesidad de la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está*

*plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si estos no se hubieran reunido, no habría daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que esta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin culpa del demandado no se habría producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño (...)” (69) (subrayada del Tribunal).*

En igual sentido la Corte, en providencia de 1980 (70) , reitera que la doctrina generalmente aceptada en Colombia es la francesa de la equivalencia de condiciones o de la causalidad ocasional, para cuya aplicación ha de contestarse la pregunta de sí, de no haberse presentado la culpa, se habría evitado o no el perjuicio; es decir, que se suprime hipotéticamente el hecho ilícito, de manera que si el perjuicio desaparece es porque el hecho ilícito es la causa del daño; si subsiste, no hay relación causal.

A título de ejemplo de la aplicación de esta teoría pueden citarse diversas jurisprudencias francesas, dictadas en la primera mitad del siglo XX, en las cuales se declaró la responsabilidad del propietario de un vehículo, que lo deja sin custodia, abierto e incluso con las llaves puestas en el arranque; dicho vehículo en razón del descuido de su dueño es robado y el ladrón causa con él daños a terceros, quienes demandan al propietario, con base en su innegable negligencia. Se debía precisar en estos casos si el demandado podía tenerse como responsable de los accidentes causados por el ladrón. En diversas ocasiones se declaró tal responsabilidad, con apoyo en la doctrina de la equivalencia de condiciones, considerando que el robo se hizo posible por culpa del dueño del vehículo, al no haber adoptado las medidas normales de cuidado (71) . Así las cosas, se concluía que sin el robo, que el propio propietario facilitó, el accidente no hubiera ocurrido, de suerte que aquel hecho culposo aparece como una de las causas que concurrieron a producir el daño.

La teoría de la equivalencia de condiciones tuvo inicialmente, por su sencillez y claridad, gran acogida en Europa Occidental, pero luego fue objeto de serias críticas que hicieron que se la relegara en el derecho comparado, no así en Colombia.

Dentro de tales críticas se encuentra la que puntualiza que la teoría en cuestión ensancha exageradamente el concepto de causa, por lo que en ocasiones riñe con el sentido común y la justicia. Esta falta de equidad llevó a la Corte de Casación Francesa, en una etapa ulterior, a rechazar la tesis de la equivalencia de condiciones en los casos antes reseñados de daños a terceros causados por carros robados, cuyo hurto fue facilitado por la conducta negligente de su dueño, pues la Jurisprudencia estimó que la imprudencia del propietario si bien era la causa del robo, no lo era del accidente sufrido por el tercero, aun cuando es evidente que sin la imprudencia del dueño el accidente no se hubiera producido.

Ahora bien, como quedó explicado, dentro del marco de la teoría de la equivalencia de condiciones, ha de procederse a dar aplicación al test propuesto por la jurisprudencia y la doctrina con el objeto de definir si una determinada conducta culposa es causa generadora de un daño, para lo cual debe suprimirse hipotéticamente dicha conducta de entre las posibles causas del demérito económico sufrido, de tal manera que si dicho demérito desaparece con tal supresión, habrá de concluirse que la conducta en cuestión si es causa del perjuicio. En caso contrario, vale decir, si el daño subsiste es porque no hay vínculo causal con el comportamiento culposos que se le imputa al demandado.

Esto significa que se debe vislumbrar un escenario en el que la Fiduciaria hubiere obrado con la diligencia debida y esperada para iniciar y desarrollar el procedimiento previsto en el contrato para la venta de los inmuebles y para su ulterior ofrecimiento en dación en pago a los acreedores garantizados, para luego observar, en ese escenario,

que hubiera ocurrido, esto es, si dichos acreedores no hubieran experimentado ningún daño patrimonial, o si, por el contrario, dicho daño hubiere subsistido.

Para llevar a cabo ese ejercicio, es del caso analizar, como se hará más adelante, los testimonios rendidos en el proceso en los apartes que hacen relación a la importancia que tenían los predios que conformaban el patrimonio autónomo para el Fideicomitente, es decir, para PROAGRO y para las demás empresas de su grupo, toda vez que tales inmuebles eran esenciales para el cumplimiento de su objeto social y para el desarrollo del proyecto que dicho grupo intentaba emprender, el que era imprescindible para la supervivencia financiera de las empresas a que nos referimos. De ese carácter esencial de los predios en cuestión se podrían derivar diversas consecuencias de especial relevancia para el análisis del vínculo causal, toda vez que ciertas pruebas permitirían pensar que no es descabellado suponer que los administradores de las empresas del Grupo Procampo-Proagro no habrían permitido la enajenación de los bienes —aún si el proceso de venta de los inmuebles, por parte de la Fiduciaria— se hubiera adelantado de forma más expedita, pues aparentemente siempre tenían la posibilidad jurídica de acelerar, según su conveniencia, la entrada en proceso concordatario de la sociedad Fideicomitente. Así mismo, el carácter esencial de los inmuebles para la supervivencia económica de las empresas del mencionado grupo podría tener la virtualidad de llevar a la revocatoria de la dación en pago de los bienes fideicomitados, de haberse formalizado poco tiempo antes de la iniciación del Concordato de PROAGRO, según doctrina ya reiterada de la Superintendencia de Sociedades, como se explicará más adelante.

Lo anterior significa que existen dudas y argumentos que hacen pensar que, aún de no haber existido ningún reproche al comportamiento de la Fiduciaria, vale decir, de no haberse presentado ninguna demora en el desarrollo del proceso de enajenación de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, aún así se habría podido producir el mismo daño para MONÓMEROS, pues no hubiera podido disponer de los bienes en virtud de los efectos propios del concordato, bien porque este se hubiera acelerado impidiendo su transferencia al acreedor garantizado, o bien mediante la revocatoria de la dación. Por tanto, de resultar ciertas estas lucubraciones, no habría vínculo causal, a la luz de la teoría de la equivalencia de condiciones, toda vez que, a pesar de no existir incumplimiento del Fiduciario, el demérito económico se habría podido producir.

### **3.2. Causalidad adecuada.**

En consideración a los reproches de que fue objeto la tesis de la equivalencia de condiciones, un sector importante de la doctrina del derecho comparado acogió la teoría de la causalidad adecuada.

Como quiera que la teoría de la equivalencia de condiciones argüía que todos los antecedentes de un hecho deben ser considerados como condiciones necesarias para la producción de ese hecho sin distinciones, -pues todos poseen idéntica importancia de manera que ninguno puede tener mayor realce para ser visto como causa-, la nueva doctrina de la “causalidad adecuada” viene a afirmar que es preciso extraer de ese conjunto de condiciones, una que tenga verdaderamente la calidad de causa y atribuirle la producción del evento.

Entiende esta teoría que no todos los acontecimientos que preceden a un daño tienen la misma relevancia, sin que ello quiera decir que deba escogerse al que esté más próximo en el tiempo.

Para realizar este proceso se explica que, en vez de apreciar el fenómeno causal en concreto, se debe analizar en abstracto y en general, buscando establecer si en ese plano es probable o cuando menos posible que alguna de aquellas condiciones produzca el resultado cuya causa específica se trata de establecer. Si es probable o posible que uno de tales antecedentes genere el resultado dañoso, se le atribuirá el carácter de causa. Así las cosas, el daño debe asociarse con el antecedente que según el curso normal de los acontecimientos, ha sido su causa directa e inmediata. Una persona responde del daño producido solo en el caso de que su conducta, en igualdad de condiciones, resulte apta para conducir precisamente, a ese resultado.

Por lo tanto se desentraña la causa por vía de la generalización y del análisis de la situación en abstracto, basándose en la noción de posibilidad. Se trata de encontrar una condición general o comúnmente idónea para la producción del daño [\(72\)](#) .

De acuerdo con lo anterior, solo deben considerarse como causa aquellos hechos de los cuales quepa esperar, con

base en criterios de probabilidad o de razonable regularidad, la producción de la consecuencia dañosa de que se trate. El concepto relevante es, por ende, el de la regularidad. Es la experiencia diaria, el acontecer cotidiano lo que muestra la idoneidad del antecedente. Y esta especie de análisis de probabilidades no se realiza concentrándose en lo realmente sucedido, en el caso puntual y específico, sino atendiendo lo que usualmente ocurre y al grado de previsión que un hombre razonable podría tener en virtud de su profesión u otras circunstancias. Bien podría decirse que no hay causalidad en un caso singular, pues lo que se hace es un pronóstico retrospectivo de probabilidad, determinando si la acción que se juzga era por sí sola apta para provocar normalmente la consecuencia que produjo. Basándose en la experiencia es menester que diversos casos hayan ocurrido, pues de lo contrario no habría una regla basada en lo acontecido.

Para saber si una condición es causa adecuada, algunos afirman que solo se deben tomar en consideración las circunstancias (condiciones) conocidas por el agente en el momento de realizar la acción. Para otros, deben tenerse en cuenta todas las condiciones existentes en la realidad, aún las no conocidas por el agente. Para ilustrar esta distinción suele presentarse el ejemplo de quien golpea la cabeza de una persona que tiene una especial debilidad craneana por lo cual muere. La primera tesis comentada entiende que dicho golpe no puede tenerse como causa de la muerte, por cuanto el hecho de la debilidad craneana no pudo ser tomada en cuenta como condición porque el atacante no la conocía.

Según la doctrina [\(73\)](#) , para que haya responsabilidad no es necesario que se haya debido prever el daño preciso, basta que se haya podido prever que iba a producirse un perjuicio por el acto u omisión.

Por tanto, con base en la teoría de la causalidad adecuada, una acción o una omisión no pueden ser consideradas como causas de un daño por el solo hecho de que se constate que sin ellas el daño no se hubiere producido. En efecto, se dice que dentro de todas las circunstancias que concurren a la realización de un perjuicio -circunstancias que son las condiciones- no todas son "causa" de ese perjuicio desde el punto de vista de la responsabilidad, de suerte que no todas obligan a su autor a indemnizar. Solamente pueden ser consideradas como "causa" de un daño los eventos que deben normalmente producirlo. Se requiere, en consecuencia, que el vínculo entre el evento y el daño resultante sea "adecuado" y no simplemente "fortuito" [\(74\)](#) .

Así las cosas, existe vínculo causal cuando la condición de que se trate tiene normalmente la virtualidad de producir el daño que se pretende reparar, o considerando como causa únicamente las circunstancias cuyas consecuencias dañosas eran previsibles para el demandado [\(75\)](#) . Como se ve, en ambos casos, la base es el criterio de previsibilidad, pues en el primero es suficiente que la consecuencia dañosa del hecho haya sido normalmente previsible; en el segundo se requiere que el demandado haya previsto esta consecuencia.

Esta teoría permite discriminar entre las distintas condiciones que participan en la producción de un daño para solo otorgarles el carácter de "causa" a algunas de entre ellas, pero no a todas. El criterio para llevar a cabo tal discriminación consiste en precisar que únicamente son causa del daño aquellos eventos que debían normalmente producir ese perjuicio, es decir, únicamente los eventos cuya similar consecuencia dañosa era normalmente previsible. En este sentido el juez ha de dirigir su análisis, pero él tiene la discrecionalidad para apreciar la importancia del papel desempeñado por un hecho determinado en la producción del daño y si este era o no usualmente previsible.

El aspecto de la previsibilidad es una cuestión de hecho que el juez debe calificar concretamente en cada situación, basándose para este efecto en el criterio de la normalidad o frecuencia del acontecimiento o, por el contrario, en su rareza y repentinidad. Si dicho acontecimiento es frecuente, si suele ocurrir, habrá de decirse que era previsible o que ha debido ser previsto [\(76\)](#) . Pero si se trata de un acontecer de rara ocurrencia, si es súbito, sorpresivo, extraordinario, excepcional, se dirá que no podía preverse [\(77\)](#) .

En la jurisprudencia civil colombiana no existen decisiones que se basen en la teoría de la causa adecuada, es decir, en la posibilidad de previsión del daño o en que este sea la consecuencia normal del hecho culposo del demandado.

Para la eventual aplicación de esta teoría, el Tribunal estima que es del caso tomar en consideración las circunstancias de hecho imperantes a comienzos de 1997, para precisar, de acuerdo con ellas, si un Fiduciario

acucioso podía prever y anticipar, razonablemente, que la demora en la puesta en marcha y ejecución de la enajenación de los bienes fideicomitidos, pudiera generar los resultados perjudiciales que se produjeron, esto es, que el Acreedor garantizado no recibiera oportunamente el pago de sus créditos o el ofrecimiento de los mismos en dación en pago, sufriendo así un daño equivalente a los intereses causados en adelante y posiblemente a una parte del capital.

Para el Tribunal —en las aludidas circunstancias de hecho— un Fiduciario no habría esperado, razonablemente, que una demora de unos meses en la venta de determinados inmuebles, debidamente avaluados, que servían de garantía de un crédito —con un adecuado margen— podría llevar a que el acreedor perdiera los intereses e incluso parte del capital. Y no podría esperarse ese resultado, pues como había sido usual en Colombia, y ello constituye un hecho notorio, los inmuebles siempre aumentaban de valor, incluso por encima de la inflación, de manera que el desplazamiento en unos cuantos meses de la fecha esperada de venta, generaría unos mayores intereses de mora a cargo del deudor, que serían cubiertos no solo por el margen de cubrimiento de la garantía, sino por el mayor valor de los inmuebles.

### **3.3. La causa eficiente.**

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

A este respecto la doctrina explica que solo es causa eficiente aquella que por su propia acción es productora de un efecto dado. Debe, por tanto, averiguarse cuál de los eventos intervinientes ha contribuido más poderosamente a que el efecto se logre (78). Se dice que esta noción se adapta al concepto vulgar de causa y coincide con la noción popular de justicia, dejando, además, campo al criterio del juez para apreciar la causalidad en los casos de concurrencia de culpas(79).

El punto central de esta teoría es la búsqueda del evento que contribuye más poderosamente a que la consecuencia dañosa se produzca, aspecto también acogido más recientemente por la doctrina francesa y la jurisprudencia, las que han puntualizado que no es suficiente que un evento haya desempeñado un papel en la realización de un daño para que, desde el punto de vista de la responsabilidad, sea considerado como causa de ese daño; por el contrario deben desecharse todos aquellos eventos que no han desempeñado un papel “preponderante” y que, por consecuencia, no han producido verdaderamente el daño, pues no han sido su “causa generadora” (80).

En síntesis, solo deben ser calificados como “causas” del daño, en el sentido jurídico del término, los hechos que han desempeñado un papel “preponderante”, “decisivo”, no aquellos que han sido simplemente la ocasión, sino los que han cumplido la función de “causa creadora” (81).

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

A este respecto la Corte en sentencias de las tres últimas décadas (82) ha dado cabida a la teoría de la causa eficiente, puntualizando que no todas las circunstancias que concurren en la producción del daño tienen la misma valoración jurídica, pues cabe hacer entre ellas discriminaciones, de suerte que no son consideradas como causas sino aquellas que hayan desempeñado un papel “preponderante y trascendente” o aquellas cuya intervención en el evento perjudicial haya sido “decisiva”, o solo se mira como responsable a la parte que por último tuvo la oportunidad de evitar el daño y, sin embargo, no lo hizo. Y con base en estos criterios se precisa que a ciertos hechos, aunque culposos, no se les reconoce como causa del daño, en virtud de haber sido inocuos, o lo que es lo mismo, cuando esos hechos u omisiones fueron secundarios o de segundo orden frente a la otra culpa esa sí trascendente, preponderante y decisiva.

Para ilustrar lo aquí afirmado pueden traerse a colación algunas jurisprudencias, a saber:

— En cuatro decisiones de la Corte Suprema de Justicia (83), en las cuales se emplea un lenguaje muy similar,

se acoge la teoría de la equivalencia de condiciones y al mismo tiempo se utilizan términos y conceptos propios de la doctrina de la causa eficiente.

En efecto, las cuatro providencias contienen afirmaciones del siguiente tenor:

*“Ciertamente, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dícese entonces que todos estos acontecimientos son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido”.*

*“En dichos supuestos que doctrinariamente se han conocido con la denominación de concurrencia de culpas, para deducir la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, toda actividad que entre las concurrentes, ha contribuido a la realización del perjuicio”.*

Los párrafos transcritos claramente apoyan la tesis de la equivalencia de condiciones, pero en ellos también se dice lo siguiente: al hablar de la concurrencia de culpas entre la del demandado y la víctima, señalan que se trata de “dos culpas distintas que concurren ambas a la realización del hecho dañoso, y en donde la culpa de la víctima, justamente por no ser preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí compensa, en la medida o grado que estime prudente el juez, con la del reo de la acción” (estas afirmaciones se encuentran en las sentencias del 27 de julio de 1977; 17 de mayo de 1982 y en la del 17 de julio de 1985) (Subrayado para resaltar).

Al hablar igualmente de la participación de dos actividades peligrosas en la producción de un daño, afirmó la Corte: “la una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal (actividad peligrosa) pudiera atribuirse a esta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento” (Sentencia de 30 de abril de 1976 y 17 de julio de 1985).

En igual sentido, al explicar el régimen aplicable a los eventos en que se presenta participación conjunta de circunstancias en la generación de daños, precisa que en “*tales supuestos, empero, para deducir la responsabilidad la jurisprudencia no ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio*” (Subrayado del Tribunal).

*“De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido sino hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas...”.* “*En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo”* (Sentencia del 30 de abril de 1976 y 27 de julio de 1977) (Subrayado del Tribunal).

Y en otra jurisprudencia de 1987 (84) , al volver a tratar la concurrencia de culpas, precisó la Corte que “esa concurrencia de culpas da lugar a la responsabilidad *in solidum* de las demandadas, porque es incontrovertible que el daño no hubiera brotado sin la confluencia de los dos hechos”, pero afirma que ambos eventos contribuyeron de manera decisiva en la producción del daño, con lo cual igualmente parece afirmar, en la primera parte, la teoría de la equivalencia de condiciones, pero el empleo del adjetivo “decisiva” es una aplicación de los criterios de la doctrina de la culpa eficiente.

Las sentencias comentadas, si bien no se apartan de la tesis clásica de la equivalencia de condiciones, sí dejan entrever otra tendencia, según la cual, no todas las circunstancias que concurren en la producción del daño tienen la misma valoración jurídica, pues cabe hacer entre ellas discriminaciones, de suerte que no son consideradas como causas sino aquellas que hayan desempeñado un papel “preponderante y trascendente” o aquellas cuya intervención en el evento perjudicial haya sido “decisiva”, o solo se mira como responsable a la parte que por último tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo. Y con base en estos criterios sabemos que a ciertos hechos, aunque culposos, no se les reconoce como causa del daño, en virtud de haber sido inocuos en la producción del perjuicio, o lo que es lo mismo, cuando esos hechos u omisiones fueron secundarios o de segundo orden frente a la otra culpa esa sí trascendente, preponderante y decisiva.

Esta nueva tendencia se deduce de la terminología empleada por la Corte, pero no corresponde a la expresa adopción de una doctrina en particular. Puede decirse, si, que la tradicional posición de nuestra jurisprudencia ha sido la de apoyarse en la equivalencia de condiciones, notándose en los últimos años una cierta inclinación hacia la teoría de la causa eficiente” (85).

Vistas las principales elaboraciones doctrinales utilizadas para la determinación de la existencia o inexistencia del vínculo causal, es pertinente la evaluación de la prueba testimonial que aparece en el expediente, la cual arroja ciertas luces sobre la que podría ser la verdadera causa del demérito económico que alega haber sufrido la convocante. Al respecto han de tomarse en consideración las siguientes declaraciones:

De Carlos julio Giraldo, funcionario de LLOYDS TRUST, respecto de las reuniones sostenidas por PROCAMPO-PROAGRO con sus acreedores, incluido MONÓMEROS:

— “(...) obviamente que el fideicomitente nos dice en el momento y nos dijo muchas veces mire yo estoy en reuniones no solamente con Monómeros sino con todos mis acreedores, estamos llegando a un acuerdo, hemos tenido muy buena acogida, la fórmula que estamos presentando para un acuerdo es esta, nosotros hemos venido teniendo reuniones individuales con ellos pero optamos por tener unas reuniones en grupo porque individualmente no podemos manejar la cosa. Este tipo de cosas que para nosotros no era satisfactoria porque no interrumpía o no era lo que el contrato exigía para la interrupción del término previsto para la realización de los bienes” (visible a folio 238 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Sí, yo asistía a reuniones más o menos, el mes estoy seguro la fecha no estoy muy seguro en marzo del 98, en marzo del 98 la fiduciaria fue convocada a una serie de reuniones con todos los acreedores de Procampo, Proagro y Quimor del grupo económico, reuniones que se desarrollaron en el Hotel la Fontana y como les digo la asistencia del sector financiero fue prácticamente todos estuvieron, la asistencia de la otra categoría fue exigua a parte de Monómeros no asistió nadie más, se nombró una comisión ahí que siguió estudiando el tema y la fiduciaria fue invitada a participar en esa comisión y se discutió a profundidad una fórmula por una de acuerdo presentada por ese grupo económico a favor de todos sus acreedores. Esas reuniones duraron más o menos hasta que Procampo entró en concordato, cuando Procampo en mayo de ese año entró en concordato pues hasta ahí llegaron las reuniones digamos no tan informales, formales en el sentido que había todo una fórmula presentada, todo un escrito presentando que le daban su entidad a la reunión” (visible a folio 254 del Cuaderno de Transcripciones).

Así mismo el doctor Jorge Enrique Cuadro Molina, funcionario del Banco Sudameris, reseñó lo siguiente respecto de las reuniones celebradas y la culminación de las mismas en el trámite concordatario.

— “Sí, las fechas no las tengo muy claras, pero si creo que fue sobre el año 97 ó 98 debió comenzar el trámite concordatario, la empresa previó eso, las empresas deudoras convocaron a varias reuniones de acreedores para llegar a un acuerdo y finalmente se acogió el trámite concordatario, después de ese trámite concordatario, el trámite de ley con Supersociedades y hasta hoy estamos todavía, no ha terminado, estamos todavía en ese trámite” (visible a folio 22 del Cuaderno de Transcripciones).

Por su parte, Luis Francisco Espinosa Sánchez, gerente de las empresas del Grupo Procampo, declaró acerca del mismo tema de las reuniones.

— “Nosotros intentamos por supuesto con la colaboración de muchos acreedores entre los que participó activamente Monómeros, en diferentes reuniones a que nosotros convocamos, justamente para que nos ayudaran de alguna forma a perfeccionar esa fórmula que habíamos planteado para buscar dicho acuerdo. Reitero, Monómeros participó activamente, conjuntamente con otros acreedores, para que se concretara esa fórmula de acuerdo, hecho que finalmente no sucedió por las circunstancias que les mencionaba de que Procampo fue convocado a concordato en el año 98” (visible a folios 161 y 162 del Cuaderno de Transcripciones).

— “En ese lapso de tiempo (después de la notificación de incumplimiento) nosotros veníamos haciendo una serie de reuniones con los acreedores encaminadas a buscar una solución, mediante diálogo directo, reitero que se hicieron muchas reuniones entre octubre/97 y marzo/98 en donde estábamos discutiendo justamente esa fórmula.

*Lo que sí recuerdo es que Monómeros participó activamente en el desarrollo de esa fórmula, acompañándonos en las reuniones” (visible a folio 162 del Cuaderno de Transcripciones).*

— *“Lo que sí recuerdo mirando un poco los diferentes archivos de la empresa, es que Procampo solicitó basada justamente en los análisis que hacíamos dentro de las personas que de alguna forma estábamos orientando el tema del puerto, era que si bien es cierto para esa época nosotros estábamos implantando con nuestros acreedores, pues era prudente y así se solicitó a la fiducia consideramos en llevar unas... el proyecto en un momento determinado... que se diera una espera mientras que se dieran los resultados, cualquiera que estos sean, esas diferentes reuniones que estábamos teniendo con los acreedores, era prudente si teníamos esa necesidad de avanzar dentro de un acuerdo y si veíamos el apoyo de los acreedores como efectivamente fue encontrado y fue aceptado por ellos, en una reunión de marzo/98 en donde lo que pretendimos era dos reuniones, una con los acreedores financieros y otra con los proveedores.*

*“En la reunión de los acreedores financieros la participación fue definitiva, más no sucedió en la reunión con los proveedores de las empresas del grupo, en las que ninguna multinacional estuvo. Sin embargo, Monómeros nos acompañó en esa reunión, nosotros de alguna forma lo que pretendíamos, lo que se planteó en la carta que se solicitó a Fiduángulo era, si existen los términos pertinentes porque no nos dan una espera mientras que nosotros miramos qué resultado obteníamos de estas reuniones.*

*“Quiero también poner de presente que una reunión de estas implicaba mucho tiempo en su preparación, teníamos que hacer proyecciones financieras, teníamos que plantear diferentes fórmulas que se fueran a utilizar, el plan que había dentro del proceso de titularización que para esa época ya de alguna forma teníamos reestructurado, el recoger algunas recomendaciones o rechazos de nuestros acreedores en las diferentes reuniones que estábamos teniendo.*

*“Consideramos prudente tener un compás de espera y así se lo manifestamos a Fiduángulo para ver qué resultado tenían estas diferentes reuniones” (visible a folio 183 del Cuaderno de Transcripciones).*

— *“No, hay un lapso que es importante en las definiciones de las reuniones que estábamos adelantando.*

*“La primera reunión fue en octubre del año 97, quiere decir estos que nosotros por lo menos en junio, julio, pensamos en la reestructuración de algún acuerdo que nos permitiera mediante el mecanismo de la convocatoria de nuestros acreedores, poder plantearse, fue algo hecho con profesionalismo, con mucho cuidado, no podíamos llegar a plantear absolutamente nada, sino por el contrario pensar entre nosotros cuál sería el mejor mecanismo en un momento determinado para plantearle a nuestros acreedores.*

*“Es así como la primera reunión la adelantamos hacia octubre/97, que concluye básicamente por la no participación de los proveedores, de las multinacionales de agroquímicos en marzo/98, además porque durante ese lapso aparece Procampo Ltda. en Bogotá que solicita un concordato. Fue tema de discusión el hecho de que se nos dijera que Procampo estaba solicitando un concordato, eso nos causó un gran daño, el hecho que Procampo Ltda. cuyo objeto social es muy parecido al nuestro, cuyos socios es una familia, haya solicitado un concordato.*

*“Lo que pasa es que hay un Procampo Ltda. y nosotros somos Procampo S.A., es razón también dio a que algunos acreedores dijeran que definitivamente no querían seguir conversando con nosotros porque paralelamente de que estábamos adelantando una serie de reuniones para buscar una fórmula, estábamos solicitando a la Superintendencia concordato, cosa que no es así.*

*“Con el tiempo encontramos que efectivamente fue ese Procampo Ltda. el que le había solicitado a la superintendencia ese concordato. Eso motivó, muy seguramente entre otras razones, me hace pensar que fue lo que motivó a que estas multinacionales solicitaran la liquidación de Procampo y es evidente que en un momento determinado en marzo/98 que había sido convocada la última reunión, pues pasara un tiempo, a mayo 5, para el concordato.*

*“Pero si es un lapso de tiempo donde nosotros, ahora entre octubre y marzo hubo muchas reuniones en donde lo que hacíamos era como profesionales de esquema recogiendo inquietudes de los acreedores, hubo muchas*

reuniones, incluso hubo una con los acreedores para poder buscar un mecanismo que nos permitiera hacer un acuerdo de pagos” (visible a folio 184 del Cuaderno de Transcripciones).

Y en cuanto a la iniciación del concordato, y la conveniencia de que este se extendiera a las diferentes empresas del Grupo, el señor Espinosa López puntualizó:

— “La primera empresa que fue convocada a concordato fue Procampo, en mayo 5/98, unos meses antes a dicha convocatoria lo que pretendimos era lograr algunas reestructuraciones de créditos. La metodología que utilizamos era la de buscar acuerdos de reestructuración individualmente con cada uno de los acreedores, empezamos por las más grandes, las instituciones financieras.

“Algunas de esas reestructuraciones se lograron, donde de alguna forma reforzábamos la garantía vinculando a las otras dos empresas, Proagro y Quimor y desde mucho antes estas dos empresas también respaldaban las obligaciones que adquiría Procampo.

“En este orden de ideas, cuando Procampo fue convocado a concordato, en mayo/98, y en las diferentes visitas con la Superintendencia de Sociedades que se hicieron, ellos detectaron que si Proagro y Quimor no eran convocadas también a concordato para Procampo era muy difícil, en razón a que había adquirido la mayor cantidad de pasivos, poder de alguna forma responder por dichos pasivos, porque era natural que los acreedores en vista que Procampo había sido convocado a concordato, pudieran eventualmente repetir contra Proagro y contra Quimor en razón a que Proagro y Quimor habían servido de garantía también a otras acreencias adquiridas por Procampo.

“Es así como el 1° de septiembre/98, la Superintendencia también convoca a concordato a las empresas Proagro y Quimor.

“Debo aclarar que en ningún momento lo que pretendíamos era llegar a una situación concordataria, por el contrario lo que siempre buscamos fue hacer un arreglo con todos nuestros acreedores, no en la figura del concordato, sino directamente, y es así como adelantamos diferentes reestructuraciones y adelantamos diferentes reuniones antes de ser convocada a concordato la primera empresa que fue Proagro” (visible a folios 174 y 175 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Una petición formal en ese sentido no existió, lo que sí planteamos era que así como se utilizó la fórmula de concordato para Procampo para que respondiera por sus obligaciones, pues Proagro y Quimor quedarían eventualmente desprotegidas ante esa actitud de las empresas de responder con su firma por las obligaciones de Procampo; por eso en un momento determinado había que de alguna forma protegerlas.

“En las reuniones que se hacían con la Superintendencia de Sociedades se establecía que de alguna forma las otras empresas había que protegerlas, más no una petición formal porque nunca existió ni siquiera para Procampo” (visible a folios 175 y 176 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Pienso que independientemente de las diferentes relaciones que tenían la empresas del grupo con sus acreedores en materia de garantía, lo que siempre se tocó fue buscar una fórmula que nos permitiera cancelar esas obligaciones. Básicamente mecanismos de arreglo que nos permitieran en el futuro cancelar dichas obligaciones y desde esa época nosotros ya teníamos clarísimo que tenía que ser con la totalidad de los bienes.

“Desde un principio nosotros pensábamos que los bienes de las 3 empresas teníamos que vincularlos de alguna forma para la obtención de esos pasivos que tenían las empresas” (visible a folio 186 del Cuaderno de Transcripciones).

De otra parte, en relación con el desarrollo del puerto seco y sobre la importancia que para este proyecto tenían los inmuebles fideicomitidos, el señor Espinosa López afirmó:

— “Por esa época el Valle del Cauca venía sufriendo de un deterioro muy grande, la situación que generaba el hecho que nosotros ya estábamos en concordato pues indiscutiblemente afectaba cualquier tipo de relación que se pudiera adelantar, incluso para el desarrollo del objeto social de las empresas del grupo.

*“Es muy complicado cuando es llamado uno a concordato y no tener recursos para mover la situación... pero coinciden los hechos no solamente en el Valle del Cauca, la difícil situación en el sector inmobiliario y cosas de ese tipo generalizada en todo el país.*

*“Apenas ahora ve uno algunos indicios de recuperación de ese sector, Buga no debería ser ajeno a ese tema, sin embargo es importante mencionar que el desarrollo de nuestro proyecto de puerto seco que abarca necesariamente algunos de los predios que poseemos en Buga hará de esos predios, tal como fue establecido también por supuesto en la fórmula concordataria, un polo de desarrollo industrial importante que va a beneficiar no solamente a Buga, ni a las empresas del y a los acreedores hoy en día, sino al sector del comercio exterior, sector empresarial” (visible a folios 166 y 167 del Cuaderno de Transcripciones).*

*— “Con los diferentes estudios que se originaron entorno al tema de Buga, su cercanía al puerto de Buenaventura apoyados por el gobierno departamental, las Cámaras de Comercio de Cali y Buga y soportábamos estudios que se ordenó al Ministerio de Transporte hacia el año 92, 93, en el cual fue escogido Buga para adelantar un puerto seco y dentro de Buga diferentes puntos de la ciudad donde funcionan actualmente las empresas del grupo campo.*

*“Un puerto seco no es otra cosa que la extensión que se hace de las diferentes actividades que se realizan en un puerto marítimo que consisten fundamentalmente en que se puedan tramitar todas las actividades relacionadas con trámites aduaneros, importaciones y exportaciones, que se puedan desarrollar actividades de consolidación y desconsolidación o actividades de transformación en...*

*“Quizá nos fuimos por el camino largo donde pretendimos basados en que no había normatividad en Colombia sobre desarrollo de puerto seco, pretendimos que bajo un solo documento el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Desarrollo de alguna forma nos permitieran desarrollar las actividades que les he mencionado.*

*“Con el paso del tiempo le he dado todas las actividades que tuvimos que desarrollar ante estos organismos, pues a la conclusión a la que llegamos era que teníamos que abrir el esquema para conseguir los permisos que nos permitieran desarrollar el puerto seco.*

*“Es así como el Ministerio de Hacienda DIAN Aduana autoriza a Proagro para operar un depósito público orientado a aduanas, justamente en el sitio delimitado por dicha resolución de aprobación EDUC.*

*“El Ministerio de Transporte nos autoriza, unos dos meses después, estoy hablando del año 99, dadas las gestiones que veníamos adelantando de tiempo atrás, le autoriza, no a Proagro, que no lo puede hacer sino a Procampo, en otro sitio determinado en Buga la posibilidad de ejercer un centro de consolidación y desconsolidación de mercancías y algunos meses después el Ministerio de Desarrollo Económico le autoriza a Procampo, también en unos terrenos que se han dispuesto para dicho fin, la posibilidad de operar un centro de transformación y centro de mercancías.*

*“En su conjunto las 3 actividades de depósito público, centro de consolidación y desconsolidación, centro de transformación, hará que un empresario de comercio exterior utilice el puerto de Buenaventura, que es el principal puerto marítimo que tiene Colombia, como un complemento, no como una competencia, así se estableció en una alianza estratégica que hicimos con la sociedad portuaria de Buenaventura, pudiera el empresario desde Buga hacer su comercio exterior.*

*“Se le va traducir esa ejecución de hacerlo en Buga y no en Buenaventura en unos menores costos, en una mayor eficiencia.*

*“El municipio de Buga se ha vinculado en el proceso autorizando una cesión tributaria de industria y comercio municipal porque esta no es ciento por ciento para las empresas que se vinculen al centro de transformación y ensamble, hecho que hará que el puerto seco en un momento determinado se desarrolle.*

*“Porque es importante mencionar que Buga por su ubicación estratégica es paso obligado de toda la mercancía que va hacia el puerto de Buenaventura o que viene.*

*“Otro de los objetivos que se pretende con la implementación del puerto seco es que de manera logística y por eso allí hay un centro de consolidación y desconsolidación, se le reparta la mercancía al empresario que utilice los servicios del puerto seco de una manera razonable, se la reparta su mercancía por Colombia desde el punto de vista de una logística gruesa, es decir, si la persona importa 20 toneladas, va mandar 5 a Medellín, 12 a Bogotá, 2 a Pereira y el resto a Cali, pues nosotros podamos mediante alianzas estratégicas con compañías de transporte, poder distribuir su mercancía en unos camiones adecuados y no como sucede hoy en día que el empresario tiene que llevar todo su contenedor a los grandes centros, en este caso Bogotá, y desde allí repartir su mercancía de una manera logística, no es lo que nosotros pretendemos hacer, además porque en Buga existiría un patio de contenedores.*

*“Un patio de contenedores que sería el sitio donde el contenedor y el propietario tuviera el sitio donde poder almacenar esos contenedores y el empresario incurriría en unos menores costos del manejo que tiene en un momento determinado de su carga, bien para las importaciones o bien para las exportaciones” (visible a folios 167 y 168 del Cuaderno de Transcripciones).*

— *“Una de las características del puerto seco es la definición muy precisa del sitio donde se va a desarrollar en un momento determinado cualquiera de estas actividades, sobre todo la del depósito público.*

*“La resolución en donde se autoriza el funcionamiento de un depósito público es muy precisa. Si esa precisión se pierde pues dicha aprobación también igualmente se pierde.*

*“No es sujeta en un momento determinado, bueno salvo que yo haga la petición formal a la aduana de un cambio en el sitio determinado que fue escogido para que se adelantara alguna actividad. Es importante mencionar lo que buscamos con el esquema de puerto seco era el aprovechamiento en un momento determinado de la ubicación de esos predios pues el acceso de la calzada, la línea férrea, cosas de ese tipo, el fuerte desnivel que de alguna forma el Municipio de Buga autorizó su construcción justamente pensando en que el desarrollo del puerto seco se diera en ese sitio.*

*“Para contrarrestar un poco el tema de los predios y nuestros acreedores dentro de la fórmula concordataria también quedó establecido que si bien es cierto esta es una actividad importante... para las entidades del grupo Procampo, pues nosotros compartiéramos la valorización que tuvieran esos terrenos dada una actividad en la cual justamente las empresas del grupo Procampo eran las únicas que podían adelantar dichos esquemas en puerto seco.*

*“Quedó establecido que mediante un contrato de arrendamiento, nosotros pudiéramos desarrollar las actividades de puerto seco y compartir con nuestros acreedores en el tiempo la valorización que van a tener necesariamente esos terrenos, que son de nuestros acreedores...” (visible a folio 176 del Cuaderno de Transcripciones).*

— *“Si nos hubiéramos quedado sin terreno pues el proyecto no lo hubiéramos podido desarrollar sin esos terrenos, hubiéramos tenido que buscar otros. Ahí lo que habría que pensar era que Buga seguía siendo estratégico para adelantar el puerto seco, seguramente no hubiéramos podido adelantarlos nosotros así siempre hubiéramos demostrado el interés de obtener los diferentes permisos. En esto de los permisos también tengo aclarar que demoramos muchos tiempo, tuvimos que cumplir con muchos requisitos por parte de las diferentes autoridades para la expedición de esos certificados, incluso la obtención de una póliza de cumplimiento a favor de la aduana fue muy difícil de conseguir.*

*“Eso implicaba necesariamente que el aprovechamiento de unos terrenos, el aprovechamiento de unas construcciones que se habían adelantado allí por parte de Procampo, y además porque Procampo había adelantado alguna labor tangencial con respecto al manejo logístico de carga, de hecho que se manejaba carga de soya, de purina, de diferentes plantas de concentrados ubicadas en Buga, la logística que incluso en algún lío institucional de Procampo se observa de los fertilizantes de Monómeros, el acopio, la ensacada, el almacenamiento y la distribución es justamente una de las partes que constituye el desarrollo del puerto seco.*

*“Procampo ya venía teniendo experiencia en el manejo de algunas de las actividades de la cadena logística que implica el desarrollo de un puerto seco” (visible a folio 177 del Cuaderno de Transcripciones).*

— “Los márgenes de comercialización de fertilizantes son muy bajos el aprovechamiento de la infraestructura apoyados en los permisos que teníamos de puerto seco indiscutiblemente genera una mejor alternativa para las empresas del grupo el desarrollo del puerto seco, como lo es y así quedo conceptualizado en nuestras previsiones, el desarrollar en el futuro producción de agroquímicos con Quimor, producción de semillas con esto y el desarrollo del puerto seco. Digamos que allí está para cualquier actividad que se le agregue a estas que de alguna forma hemos planteado como propias, pues lo que van a hacer es contribuir a un mejoramiento en las proyecciones financieras del grupo” (visible a folio 177 del Cuaderno de Transcripciones).

— “El puerto seco efectivamente es indispensable en el desarrollo de nuestras proyecciones en la medida en que contábamos con la infraestructura para desarrollarla, es decir si hubiéramos tenido que implementar algunas obras de infraestructura para desarrollar el puerto seco hoy en día, posiblemente no tendríamos los recursos para desarrollar esa actividad, eso es basado en la infraestructura que tenían los diferentes bienes del grupo de Procampo donde efectivamente podíamos desarrollar esa actividad sin que no cueste una inversión muy grande; no quiero decir con esto que para poder adelantar las actividades de puerto seco tenemos que ir mejorando poco a poco esta infraestructura que tiene Procampo, un mejoramiento en los pisos, un mejoramiento en las cubiertas, un mejoramiento en la diversidad, una mejor protección, una mejor seguridad para desarrollar esas actividades, algunos equipos, la capacitación de la gente, adquisiciones de nuevas básculas, cosas de este tipo que efectivamente tampoco pudiéramos haber desarrollado si no es porque mediante la alianza con la sociedad portuaria de Buenaventura y el acomodamiento de algún operador portuario, estamos en conversaciones, pueda adelantar en un momento determinado el desarrollo y el inicio efectivo de las diferentes actividades del puerto seco.

“El tener los equipos para que suban o bajen los contenedores de los camiones, el conocimiento operativo de los diferentes mecanismos que implican poner a operar un puerto seco, no lo hubiéramos podido desarrollar si en un momento determinado no buscamos aliados y no buscamos apoyarnos en las diferentes infraestructuras que poseyeran en un momento determinado las empresas del grupo” (visible a folios 178 y 179 del Cuaderno de Transcripciones).

El señor Ramiro Villalobos Azcarate, quien trabaja para MONÓMEROS, también se refirió a la integración económica de las empresas del Grupo Procampo-Proagro, así:

— “El negocio es un negocio integral y Proagro es accionista de Procampo y accionista de Quimor, en el caso eventual de esa venta, el esquema que tenemos hoy en día de acuerdo concordatario, hubiese fracasado porque es pieza fundamental en el acuerdo” (visible a folio 141 del Cuaderno de Transcripciones).

**“ Salvar el grupo porque van interrelacionadas las tres compañías, Procampo es el comercializador, Proagro es el productor o digamos así, la holding patrimonial y Quimor es la productora de los químicos es una integración que realmente se hizo durante todo este desarrollo todos estos años, es la única empresa en Colombia que hoy...”** (visible a folio 142 del Cuaderno de Transcripciones).

En el testimonio del señor Cesar Augusto Lorduy Maldonado, secretario general y director jurídico de MONÓMEROS, este expresó respecto de la situación financiera de las empresas del Grupo Procampo: en Monómeros Colombo Venezolano (...) durante los 22 años digamos ocupé desde el puesto más bajo (...) seguí hasta profesional, y en el año 99 en ausencia de quien era mi jefe en ese instante, el doctor Gustavo Jimeno, ascendí a ser secretario general y director jurídico de la compañía” (visible a folio 190 del Cuaderno de Transcripciones).

— “(...) a partir de septiembre del 99, asumí la mayoría de las responsabilidades con relación al asunto que nos ocupa” (visible a folio 191 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Teníamos que ser consistentes, coherentes entre lo que estábamos haciendo, entre lo que veníamos diciendo desde siempre y entre lo que estábamos proponiendo hacer, es decir Monómeros siempre consideró por todo una gran cantidad de información financiera, que las compañías no tenían una propuesta razonable para resolver los problemas en la que estaba, nosotros no consideramos que eso es viable, ni era viable en ese instante, es más, todos los acreedores financieros en ese instante consideraron que tampoco era viable, todo cambió el 6 de abril

de 2001, nosotros tuvimos coherencia entre la primera reunión y la última reunión y siempre mantuvimos esa posición” (visible a folio 202 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Yo le dije a este Tribunal que fuimos coherentes desde el principio, consideramos que los análisis que se hacían de la compañía no indicaban ni que con ese acuerdo ni con todos los anteriores que se habían propuesto, la compañía podía tener prospecto de salida por lo menos en los términos en que se estaban planteando” (visible a folio 221 del Cuaderno de Transcripciones).

**Sobre el mismo tema, el ingeniero Héctor Manuel Rodelo Sierra, Vicepresidente Financiero de MONÓMEROS, manifestó en su testimonio:**

— “Tengo mala memoria pero le voy a decir que año 95 ó 96 ahí si no me gustaría precisar una fecha porque estoy trabajando memoria pero más o menos en ese orden de ideas, empezó a tener dificultades financieras.

“De retrasos en los pagos, si usted quiere yo le puede hacer una exposición porque nosotros parte de la labor financiera es, asesorar los clientes. Cuando los clientes empiezan a tener dificultades obviamente nos acercamos a ellos, hablamos con ellos, qué les pasa, lo que hace normalmente cualquier empresa, que dificultades tiene y del diagnóstico que le hicimos en esa oportunidad, a los amigos de Procampo les decíamos que ellos el capital de trabajo de corto plazo desafortunadamente lo habían invertido en proyectos de activos fijos que no generaban el flujo de caja para dar la vuelta completa.

En un negocio financieramente si usted toma un crédito de corto plazo para invertirlo en activos que generan un flujo de caja y que pretendes pagarse a largo plazo, deja la empresa coja, algo de eso fue lo que él le pasó, en ese instante tenía un congelamiento en activos fijos que concretamente las tierras y todas esas cosas que eran activos muy buenos y de mucho desarrollo en futuro y de mucho potencial en un proyecto futuro, pero desafortunadamente la manera en que se financió no fue la más adecuada, él no tuvo problemas que se desapareció el mercado, el mercado estaba allí y se seguía vendiendo de hecho nosotros tenemos otros distribuidores y sí se sigue ahí” (visible a folio 85 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Nosotros tenemos experiencia en concordatos porque un cliente nuestro, Vanilon, incluso lo hicimos nosotros entrar a concordato, le hacíamos las proyecciones financieras y vimos que era viable, Vanilon es una empresa de producción y tenía era problemas de capital, pero era una empresa técnicamente viable desde el punto de vista de producción.

“En el caso concreto de Procampo y Proagro, no le veíamos viabilidad porque la magnitud de la deuda que estaba representada en activos fijos que ellos compraban era tal que el negocio tan pequeño que tenía, no le permitía generar un flujo de caja suficiente para atender en un plazo prudencial la deuda que tenía. A manera de ejercicio, es como si yo pretendiera con mi salario mensual pagar una deuda de treinta mil millones de pesos o de treinta y seis mil millones de pesos pagando diez millones de pesos mensuales, me tardaría 300 años nada más pagando el capital sin hablar de los intereses, esa era más o menos la proporcionalidad había, no veíamos un flujo de caja que permitiera atender la deuda dentro de un período prudencial, no le veíamos viabilidad a Procampo esa es la verdad.

“Sin embargo con Ramiro nosotros le aconsejamos que contratara expertos financieros y de hecho lo hizo, tenemos entendido y me consta que contrató a Capital Cor y le hizo proyecciones financieras. Las cifras que mostraban son muy pequeñas comparadas con la magnitud de la deuda y en alguna oportunidad nosotros lo que le aconsejamos fue escritúranos la tierra a todos los acreedores por cinco años y le hacemos un pacto de recompra, pero escritúrala y dentro de 5 años si ya definitivamente no era viable la empresa y no ha generado la caja para recuperar la tierra, pues la vendemos y se acaba el negocio, esa fue una propuesta que vimos que era muy viable (...)” (visible a folios 88 y 89 del Cuaderno de Transcripciones).

— “Nosotros nos opusimos (a la fórmula concordataria) por dos razones fundamentales, una, porque honestamente no vemos todavía la viabilidad del acuerdo y dos, porque el acuerdo incluía una cláusula referente a la fiduciaria de que Monómeros o por lo menos los acreedores debían abstenerse de procedimientos contra la fiduciaria ante cualquier eventualidad y ya nosotros habíamos instaurando la demanda” (visible a folio 92 del

Cuaderno de Transcripciones).

Con base en los criterios antes expuestos y en las pruebas que obran en el proceso, surgen fundadas dudas respecto de cual pudo ser la verdadera causa o razón preponderante del demérito patrimonial que alega haber sufrido MONÓMEROS, pues bien puede pensarse que no fue la demora del Fiduciario en desarrollar el procedimiento de enajenación de los inmuebles, lo que generó el perjuicio sino la crónica situación de iliquidez de PROCAMPO/PROAGRO. Situación que se presentaba desde hacia años y era perfectamente conocida por MONÓMEROS, cuyos funcionarios declararon en el proceso que dichas compañías no eran económicamente viables, dadas las altas inversiones en activos fijos inmobiliarios, su insuficiente capital de trabajo y los altos costos financieros en que debían incurrir para incrementarlo. De ahí que, en su sentir, la fórmula concordataria acordada con sus acreedores está destinada al fracaso.

Podría decirse que, precisamente, cuando un deudor tiene dificultades como las descritas, los acreedores, para superarlas, exigen garantías reales o fiduciarias, esperando, en este último caso, que las Compañías Fiduciarias actúen diligentemente para evitar los inconvenientes que se han presentado en nuestro caso. Con todo, esos mecanismos de garantía tienen sus limitaciones y no evitan todos los riesgos. En efecto, si el deudor tiene una marcada insolvencia, que no le permita cubrir con sus demás bienes los créditos de la primera categoría (laborales e impuestos) las garantías se desvanecerán. Y si los bienes fideicomitidos son esenciales para el desarrollo de su objeto social, la iniciación de un proceso concordatario (hoy de reestructuración) impedirá su enajenación y con ello frustrará, al menos temporalmente, la garantía fiduciaria.

No sobra reiterar que los inmuebles que conformaban este fideicomiso eran esenciales para la ejecución de los proyectos que querían desarrollar Procampo/Proagro, de los cuales dependía su viabilidad empresarial. Así lo reconoció, en especial, el gerente de las empresas del grupo Procampo/Proagro en el testimonio que rindió en el proceso.

Del carácter esencial de esos inmuebles para el desarrollo del objeto social de las empresas, y para su preservación como unidades productivas, se podían derivar varias secuelas, que a su turno generan no pocas incertidumbres. En primer lugar, de haberse llevado a cabo la dación en pago de los inmuebles —pocos meses antes de la iniciación del trámite concordatario de PROAGRO— se afrontaba el riesgo de que esa operación fuera revocada, toda vez que de acuerdo con el artículo 19 del D.E. 350/89, si los bienes de la Empresa hubieran sido insuficientes para cubrir la totalidad de los créditos reconocidos, procedía la acción revocatoria de los actos realizados dentro de los diez y ocho (18) meses anteriores a la iniciación del concordato, siempre que no se hubiera celebrado con buena fe exenta de culpa. Dentro de esos actos se menciona “toda dación en pago perjudicial para el patrimonio de la empresa” [\(86\)](#)

Al respecto, es del caso subrayar que en providencias de la Superintendencia de Sociedades —en particular en los autos 410-3480 del 4 de junio de 1997 y 410-4253 del 8 de julio del mismo año proferidas dentro de los concordatos de Acería Paz del Ríos S.A. y Técnicos Fabricantes de Carrocerías Ltda., “Fatecolcar Ltda.”, respectivamente— se ha impedido la venta de bienes fideicomitidos para pagar los créditos respaldados con certificados fiduciarios de garantía, por considerar que la enajenación de tales bienes —que en los dos casos en cuestión eran esenciales para la supervivencia de las sociedades deudoras— desintegraría el patrimonio de la empresa, lo cual contraviene los propósitos fundamentales del concordato, toda vez que, como se dijo, con sus normas especiales se busca la preservación y el mantenimiento de la unidad productiva que atraviesa dificultades económicas, pues de esta manera se protege el empleo y la producción nacionales, que son valores superiores a los de los intereses cuya satisfacción persiguen los acreedores del deudor en concordato.

Así las cosas, para asegurar la continuidad de la explotación económica de la empresa se impide hacer efectiva la garantía fiduciaria, teniendo en cuenta que, si bien los bienes fideicomitidos conforman un patrimonio autónomo vinculado a un fin específico, no es menos cierto que dichos bienes provienen de la empresa misma, lo que significa que hacen parte de los activos organizados por el deudor para desarrollar una actividad productiva.

De otra parte, las providencias comentadas también fundamentan su posición de no permitir la venta de los bienes constitutivos de la Fiducia en Garantía, para pagar a los beneficiarios de los certificados fiduciarios, por considerar que con ello se violarían normas imperativas que establecen la prelación de pagos, con la cual el legislador otorga

un tratamiento especial a ciertos créditos, como los laborales y fiscales.

Con todo, la Superintendencia advierte que las mencionadas restricciones solo tienen lugar mientras se desarrollan los trámites concordatarios, pues es mediante este proceso como se busca preservar la empresa y con ella la producción y el empleo.

Igualmente, el carácter esencial de los inmuebles los hacía imprescindibles para el desarrollo de las actividades y proyectos empresariales de Procampo/Proagro. De ahí que para su supervivencia no pudieran privarse de ellos. Para el Tribunal, de los testimonios analizados podría inferirse que las empresas habrían hecho todo lo que estuviera a su alcance para evitar su enajenación por la Fiduciaria. Es así como dichas empresas llevaron a cabo reuniones para presentar a sus acreedores fórmulas de reestructuración de los pasivos. Y se tiene la impresión que cuando estas negociaciones no prosperaron y cuando era inminente la dación en pago de los inmuebles a los acreedores garantizados, sus administradores habrían podido provocar la iniciación del trámite concordatario de PROAGRO, con el propósito de bloquear la dación. Parecería que esa carta la tenían siempre a su disposición para jugarla cuando se aproximara la enajenación de los predios. De ser así, habrían tenido el control de la situación de manera que si la Fiduciaria hubiera actuado más aceleradamente para surtir el procedimiento de realización de los bienes fideicomitidos, los administradores de PROAGRO habrían utilizado antes la misma estrategia de dar comienzo al concordato para paralizar la ejecución de la garantía. En otras palabras, PROAGRO se habría acomodado a la mayor o menor rapidez con que actuara la Fiduciaria para llevar a cabo su plan preconcebido de impedir que se dispusiera de los bienes fideicomitidos. Así las cosas, si estas especulaciones resultaran ciertas, desaparecería el nexo causal entre el comportamiento omisivo o poco diligente de la Fiduciaria y el daño experimentado por MONÓMEROS, pues este desenlace perjudicial provendría en forma más directa y preponderante de la muy difícil situación financiera de las empresas y del designio de sus administradores.

Sin embargo, estas incertidumbres se despejan con el análisis de los antecedentes administrativos que llevaron a la expedición del auto 410-620 6687, del 1º de septiembre de 1998, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades llevó a cabo la convocatoria del concordato de PROAGRO.

Allí, en los considerandos de esa providencia, se observa que desde el 20 de mayo de 1998, la Superintendencia le solicitó a PROAGRO “allegar la información necesaria para determinar su real situación contable y financiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 222 de 1995 y numeral 4º del artículo 2º del Decreto 1080 de 1996”.

Casi dos meses después, el 17 de julio de 1998, PROAGRO entregó la información solicitada, con base en la cual los funcionarios del Grupo de Diagnóstico concursal de la Superintendencia elaboraron un informe sobre la situación real de la empresa, el que llevó a la apertura del proceso concordatario de PROAGRO, cuya convocatoria se efectuó el 1º de septiembre del mismo año.

Esto demuestra que los administradores de PROAGRO y PROCAMPO no eran quienes tenían el control de la situación en el sentido de que pudieran, cuando ellos lo consideraran oportuno, acomodándose a la mayor o menor celeridad de la Fiduciaria en el adelantamiento de los trámites de enajenación, provocar la iniciación del concordato para impedir la ejecución de la garantía fiduciaria, pues es claro que desde hacía cerca de cuatro meses antes de la convocatoria del concordato de PROAGRO, la Superintendencia ya tenía en la mira a esta sociedad para efectos de la eventual iniciación de dicho proceso, para lo cual se estaban preparando los estudios y análisis correspondientes.

De otra parte, en el mismo informe elaborado por los funcionarios de la Superintendencia se lee en cuanto a la situación financiera de PROAGRO:

*“A 31 de diciembre de 1997, los activos de la empresa sumaban la suma de \$ 102.871 millones, y los pasivos \$8.783 millones.*

*“Sin lugar a dudas el deterioro de la situación financiera durante 1997, es consecuencia de la caída en las ventas del 39%, frente a un ascenso del 51% en los gastos operativos así como del déficit en tesorería por \$ 455 millones. No obstante el repunte que mostró el margen bruto al pasar del 26% en 1996 al 46% en 1997.*

Aunque el nivel de endeudamiento de la compañía ha venido presentando un descenso al pasar del 11.56% en 1995 al 8.43% en 1996, hasta ubicarse en un escaso 4.32%, la sociedad día a día ha perdido la capacidad de generar operativamente los recursos suficientes para cumplir con el servicio de la deuda, en la medida en que el margen operativo ha descendido notoriamente al pasar del 50.61% en 1995 al 4.92% en 1997, y a su vez los gastos financieros se han incrementado al pasar de \$ 157 millones en 1995 a \$ 506 millones en 1997. De tal suerte y manera que estos equivalen al 55% de los ingresos operativos y superaron en \$461 millones la utilidad operativa del último período”.

Los datos transcritos reflejan que PROAGRO venía teniendo problemas de liquidez, los cuales mostraban una tendencia a la agravación, pues en virtud del descenso en las ventas, por una parte, y el aumento de gastos operativos y de los costos financieros, por la otra, no le permitían generar recursos para el pago de sus pasivos. Pero al mismo tiempo se refleja que se trataba de una empresa solvente, pues sus activos excedían en mucho sus pasivos, dado el muy bajo índice de endeudamiento.

Esa situación de solvencia —no obstante la iliquidez— hace muy remota la posibilidad de que la dación en pago efectuada con los bienes fideicomitidos por PROAGRO —dación efectuada antes de la iniciación de su concordato, pero dentro del período sospechoso de los diez y ocho (18) meses anteriores— pudiera llegar a ser revocada, pues con activos que exceden en trece veces al pasivo no parece posible demostrar la generación de un daño directo y cierto para la sociedad y sus acreedores, elemento este que es condición indispensable para que prospere la acción revocatoria.

Despejadas así las dudas planteadas, el Tribunal considera que la causa eficiente y preponderante del perjuicio alegado por MONÓMEROS fue la demora injustificada de la Fiduciaria en adelantar los trámites que conforman el procedimiento de venta de los bienes fideicomitidos y para ofrecerlos en dación en pago al acreedor garantizado. Ese comportamiento negligente del Fiduciario constituye incumplimiento de las obligaciones asumidas por este en su carácter de deudor profesional, incumplimiento que a su turno tiene un vínculo causal directo con los deméritos económicos derivados de la demora en que incurrió.

#### **4. EL DAÑO.**

Sin duda el daño constituye un *prius* lógico en punto a responsabilidad civil con respecto a los otros dos elementos que la configuran, estudiados antes, el incumplimiento de la obligación contractual y el vínculo de causalidad. La prioridad de este factor ha sido proclamada por nuestra jurisprudencia civil en repetidos fallos, entre ellos el que profirió el 4 de abril de 1968 la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en el cual se lee:

*“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”* (G.J. Tomo CXXIV, Magistrado Ponente: Doctor Fernando Hinestrosa).

La tratadística doméstica reciente insiste en la misma puntualización. De ello es muestra, en lo relativo a la responsabilidad del Estado, la siguiente opinión del Profesor JUAN CARLOS HENAO:

*“El daño es, entonces el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene por qué ser favorecida con una condena que no correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad”* (EL DAÑO, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 36).

Esta precedencia del daño en el orden jurídico y cognoscitivo sobre los demás elementos de la responsabilidad se cimenta en una razón incommovible: en últimas, de lo que se trata en esta es de asignar la carga de soportar el

perjuicio sufrido por el patrimonio que ha recibido una lesión sin estar jurídica o moralmente obligado a ello, a aquel sujeto de derecho que lo causó sin título legítimo. Empero, es común que tanto la ciencia jurídica como la actividad forense estudien los tres factores en un orden distinto, como lo hace este mismo laudo. Se explica el fenómeno porque en el esquema de planteamiento del proceso normalmente se promueven pretensiones declarativas, relativas a la fuente concreta de responsabilidad, que por lo mismo requieren decisión previa, como base y presupuesto de la pretensión de condena propiamente tal referida al daño, a su fisonomía, a su naturaleza y a su cuantificación.

Es carga del actor en esta clase de procesos indicar el resarcimiento que demanda de la jurisdicción, lo que supone identificar el alcance del perjuicio. Su señalamiento al respecto no solo encausa el análisis del fallador sino que no puede ser reemplazado por ninguno otro de los partícipes del proceso sin agresión al **principio de congruencia** que es base de la estructura de toda litis y de su desenlace en la sentencia.

La carga de la prueba de todos los elementos de la responsabilidad, asignada al actor, comprende la demostración de la ocurrencia de un demérito patrimonial cuya reparación se persigue, así como la índole del mismo, lo que significa que debe acreditar que se trata de un perjuicio cierto, directo y en principio previsible a menos que el incumplimiento de las obligaciones obedezca a dolo o culpa grave, evento en el cual las voces del artículo 1616 del Código Civil ordenan alcanzar con el resarcimiento también los daños imprevisibles.

Finalmente, corresponde también al demandante establecer la cuantía de daño, aún si se trata de uno llamado a concertarse en el futuro, pues también este debe ser reparado a condición de que su existencia no sea meramente hipotética sino que ostente la certeza de su producción en los términos que se aludirán más adelante.

En el presente caso la secuencia entre pretensiones declarativas de los fundamentos de la responsabilidad y de limitación de las pretensiones de condena fue cumplida por la parte convocante mediante la formulación de las peticiones QUINTA y SEXTA de la solicitud de convocatoria del Tribunal las cuales, en explícita referencia a las pretensiones analizadas antes y como consecuencia de ellas, deprecian las siguientes:

“**QUINTA:** *Que como consecuencia de la conducta negligente e imprudente de LLOYD'S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. –FIDUANGLO) en el manejo del fideicomiso mercantil denominado “FIDEICOMISO DE GARANTIA PROAGRO-FIDUANGLO” y de los incumplimientos contractuales declarados conforme a las pretensiones Segunda y/o Tercera y/o Cuarta precedentes, LLOYD'S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. –FIDUANGLO) es civilmente responsable frente a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) por los perjuicios económicos que le irrogó con dichos incumplimientos, y en particular por el no pago con cargo a los bienes fideicomitidos de las obligaciones respaldadas en virtud de la expedición del Certificado de Garantía Fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1° de marzo de 1996”.*

“**SEXTA:** *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones LLOYD'S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. –FIDUANGLO) debe pagar a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA), a título de indemnización de perjuicios, el valor de las obligaciones respaldadas con el Certificado de Garantía Fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1° de marzo de 1996, así:*

6.1. *Por daño emergente, la suma de mil quinientos veinticuatro millones novecientos noventa y nueve mil doscientos noventa y cuatro pesos moneda legal colombiana (\$1.524.999.294), o la suma que en su lugar determine el Tribunal de Arbitramento.*

6.2. *Por lucro cesante, la suma de dinero que corresponda al perjuicio económico sufrido por MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. al haber sido injustamente privada por LLOYD'S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. –FIDUANGLO) de la oportuna disponibilidad del pago de las obligaciones a su favor y a cargo de la sociedad PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. – PROCAMPO S.A. que fueron garantizadas por dicha sociedad fiduciaria en su condición de vocera del referido fideicomiso mercantil de garantía constituido en virtud del Contrato, amparadas con el Certificado de Garantía Fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1° de marzo de 1996, ya fuera en dinero o en especie, determinada mediante estimación efectuada por peritos, o la suma que el Tribunal de Arbitramento determine por*

*este concepto”.*

Como petición subsidiaria de la que reclama resarcimiento del lucro cesante en el numeral 6.2. últimamente transcrito, la SÉPTIMA petición propone:

*“ SÉPTIMA: En subsidio de la pretensión recogida bajo el numeral 6.2 de la pretensión Sexta precedente, solicito que se condene a LLOYD’S TRUST S.A. (antes SOCIEDAD FIDUCIARIA ANGLO S.A. –FIDUANGLO) a pagar a MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) 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 8 de julio de 1997 y la fecha en que se produzca el pago de dicha condena, o por el período que determine el Tribunal de Arbitramento”.*

Al respecto el Tribunal observa que en esencia la QUINTA pretensión se endereza a obtener la condena de LLOYDS TRUST al pago en favor de MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas frente a este por el Fiduciario en la ejecución del FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO-FIDUANGLO, perjuicios surgidos del hecho del “...no pago con cargo a los bienes fideicomitidos de las obligaciones respaldadas en virtud de la expedición del certificado de garantía fiduciaria identificado con el número 01 de fecha 1º de marzo de 1996”, relativo este último a obligaciones contraídas por la sociedad garantizada PRODUCTIVIDAD PARA EL CAMPO S.A. PROCAMPO S.A. en beneficio de la convocante. Tal condena genérica la especifica el libelo introductorio en el encabezamiento de la pretensión SEXTA, la cual reclama, en concepto de resarcimiento de los perjuicios, el “valor de las obligaciones respaldadas con el certificado de garantía fiduciaria” aludido allí mismo que, según el subnumeral 6.1. equivale al monto monetario del capital de dichas obligaciones a título de daño emergente, mientras el subnumeral 6.2. se concreta a indicar y pedir, a título de lucro cesante, la cifra de dinero que corresponda al perjuicio que para MONÓMEROS derivó, siempre según la demanda, del hecho de haber sido privada injustamente de la disponibilidad oportuna del pago en dinero o en especie.

#### **4.1. La cuestión del daño emergente.**

La solución de la litis así planteada supone entonces decidir previamente si el daño patrimonial padecido por el acreedor convocante en el presente caso consistió en el no pago del crédito garantizado por el fideicomiso que administró LLOYDS TRUST, toda vez que la expresa formulación de la petición resarcitoria así lo postula, aparte de que también explícitamente la convocante cuantifica el monto del daño emergente que alega haber sufrido en el mismo monto del principal del crédito que tuvo como parte obligada a PROCAMPO.

En opinión del Tribunal esta cuestión previa debe ser resuelta en sentido contrario a las postulaciones del actor, por dos razones:

(i) Porque el gestor del fideicomiso en garantía no es ni fue extremo subjetivo pasivo de la obligación que reclama MONÓMEROS y no puede, por lo mismo, ser tratado como el deudor de ella;

(ii) Porque tal obligación no ha sido objeto de pérdida dado que, aunque extinguida en su forma primitiva por uno de los medios jurídicamente eficaces al efecto, subsiste bajo otra forma como crédito de MONÓMEROS contra las compañías concordadas por la misma cuantía que fue materia de su reclamo, de modo que el sustituto jurídico de ella sigue siendo parte del patrimonio del acreedor, MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS. Veamos:

(i) Las relaciones jurídicas que del contrato de constitución del fideicomiso en garantía, en cuanto estipulación por terceros y para terceros, surgen en beneficio de los titulares activos de las relaciones obligacionales, no convierten a estos en acreedores del Fiduciario por las deudas garantizadas. El Fideicomisario asume un papel bien distinto al de responsable de los créditos a cuya solución se destinan los bienes que administra: frente a los titulares de tales créditos sus obligaciones se contraen a las prestaciones principales e instrumentales que fueron objeto de análisis en este laudo y a cuya estipulación puntual se contrajeron las cláusulas Décimo Octava, Vigésimo Primera y Vigésimo Tercera del contrato de constitución de la fiducia. Fundamentalmente su papel es el de gestor y administrador de un patrimonio destinado al fin de proveer, previa su liquidación que el Fiduciario se encarga de

realizar llegado el momento, recursos dinerarios para el pago de los créditos garantizados cuando sobrevenga el hecho de su exigibilidad no atendida por el deudor, y, sucesivamente, la de ofrecer el pago con los mismos bienes en caso de no lograrse oportunamente su venta. En otras palabras: el Fiduciario asume en beneficio del Fideicomitente y de las demás partes del contrato o de las relaciones jurídicas derivadas de él unas prestaciones propias de la figura contractual de la fiducia en garantía, sin que le sean atribuibles las deudas contempladas en esta, ninguno de cuyos elementos constitutivos, es decir ni su objeto ni sus extremos subjetivos, cambia por el hecho de la constitución de la fiducia. Los créditos a cuya satisfacción debe proveerse con los bienes fideicomitados siguen siendo relaciones entre el acreedor y el deudor originales, y el Fiduciario es responsable solo de satisfacer las conductas, actividades y prestaciones necesarias para que los fines de la fiducia se cumplan.

Sabiendo que el Fiduciario es extraño a la relación crediticia existente entre el titular activo de la obligación y el deudor, conviene precisar el alcance y naturaleza de sus obligaciones propias que, en general, pueden ser descritas como queda dicho: la satisfacción del propósito y destino de los bienes comprometidos en el contrato fiduciario. Ahora bien los bienes vinculados al fideicomiso constituido primero entre PROCAMPO y FIDUCIARIA DEL ESTADO S.A., parte esta sustituida posteriormente por FIDUANGLO S.A. (hoy LLOYDS TRUST S.A.), según las estipulaciones expresas del contrato normativo de constitución, fueron separados del patrimonio del constituyente para afectarlos al destino de fungir, primero, como **fuentes de pago** de las obligaciones del Fideicomitente o de los terceros señalados por este para tal prerrogativa, y, en el evento de fracaso de este objeto inicial, como **medio de pago** de estas mismas obligaciones, supuesto el consentimiento de los acreedores respectivos. La obligación principal del Fiduciario como gestor del destino de los bienes estaba llamada a revestir, sucesivamente, dos contenidos, expresivos de otras tantas modalidades, de su prestación: en un primer lapso, ella consiste en gestionar la venta de los activos para transformarlos en recursos líquidos y aplicarlos al pago de las obligaciones protegidas, como solución alieno nomine, es decir, como delegado del único deudor; ulteriormente, en el evento de fracaso en la gestión de venta y una vez vencido el plazo de seis (6) meses estipulado para el cumplimiento de la fiducia bajo esta primera modalidad, a adquirir la de ofrecer y perfeccionar la dación de los mismos bienes en pago a los acreedores que aceptaran la oferta de satisfacción de sus créditos bajo esta modalidad solutoria.

En resumen, las prestaciones propias del Fiduciario se contraen, en virtud de las estipulaciones expresas del contrato en consonancia con la naturaleza de este, a procurar la liquidación de los bienes fideicomitados o a pagar con ellos créditos de los que nunca fue parte pasiva.

(ii) De otro lado, las evidencias del proceso, establecidas mediante los actos postulatorios de ambas partes así como por su plena demostración en el acervo probatorio (Acuerdo Concordatario visible a folios 489 a 495 del Cuaderno de Pruebas 7) proclaman la subsistencia actual de un crédito en favor de MONÓMEROS equivalente al amparado por la fiducia en garantía que da origen a este litigio. En efecto: Si bien novada en su objeto, la obligación subsiste y mantiene a MONÓMEROS una expectativa razonable de la posibilidad de su percepción en el futuro, sobre lo cual solo podrá tenerse certeza una vez transcurrido el plazo previsto para la liquidación del FIDEICOMISO PAGOS PROCAMPO en el Acuerdo Concordatario en que desembocó el proceso concursal de PROAGRO, PROCAMPO y QUIMOR. De allí surge con claridad meridiana que no pueda considerarse la pérdida del crédito como materialización del daño sufrido por MONÓMEROS en razón de la defectuosa ejecución de las prestaciones propias del Fiduciario LLOYDS TRUST en la administración del fideicomiso que constituyó PROAGRO, entre otros objetos, con el de garantizar el pago de los créditos a cargo de PROCAMPO.

Desde luego, el sometimiento del crédito bajo su nueva forma de derecho fiduciario en el fideicomiso constituido en FIDUCOLOMBIA para la ejecución del Acuerdo Concordatario de las tres compañías no es indiferente para el Acreedor, ni puede decirse que la dación de derechos fiduciarios de liquidación dilatada en el tiempo sea un equivalente exacto de la satisfacción de sus acreencias que MONÓMEROS ha debido obtener mediante el cumplimiento tempestivo y puntual del fideicomiso administrado por LLOYDS TRUST, pero aún así es lo cierto que la dilación en el futuro del pago equivalente mediante el cumplimiento del nuevo encargo fiduciario encomendado a FIDUCOLOMBIA por los acreedores de la compañía originalmente deudora, de la compañía fideicomitente y de QUIMOR, es efecto del proceso concursal a que estuvieron sujetas estas y no resultado previsible de la ejecución defectuosa de la fiducia de garantía que motiva la reclamación de MONÓMEROS.

Al respecto es conveniente recordar que la responsabilidad contractual por incumplimiento o cumplimiento defectuoso o retardado es una fuente obligacional que vincula la pretensión resarcitoria no solo a los daños pasados, es decir plenamente consumados, sino también a la del daño futuro, a condición de que este sea cierto. En efecto, a diferencia de los perjuicios actuales respecto a cuya existencia no existe duda pues el demérito patrimonial de que se trata constituye en la hipótesis una realidad demostrada dentro del proceso en que se ventila la pretensión de indemnización en su materialidad específica y en su cuantía, el derecho admite la posibilidad de que el deudor sea obligado a indemnizar perjuicios futuros, en el entendido de que el incumplimiento de las obligaciones contractuales no siempre genera de inmediato todas sus secuelas nocivas por cuanto la lesión que experimenta el acreedor en tal caso está llamada a proyectarse en el porvenir. Admitiendo la condena al pago de perjuicios aún no materializados pero sobre cuya producción existe certeza en el momento de proferirse el fallo judicial, el ordenamiento jurídico evita que el perjudicado deba instaurar diversos procesos sucesivos al ritmo en que se vayan concretando los daños derivados de la inobservancia de las obligaciones contractuales. Con todo, para que al deudor que ha violado sus compromisos se le condene al pago de perjuicios futuros, es menester que estos sean ciertos y que su cuantía pueda fijarse de antemano. Ahora bien, la exigencia de la certeza del daño significa que no procede la condena cuando los deméritos patrimoniales alegados son meramente eventuales o hipotéticos, pues, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, si el perjuicio “no parece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico del daño indemnizable” (87). Así pues, de no estar acreditado el carácter cierto del perjuicio, no podría sostenerse con firmeza que este llegará a concretarse, de suerte que la indemnización podría dejar de ser resarcimiento para convertirse en fuente de enriquecimiento. De ahí que la Jurisprudencia puntualice que “...para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto” (88).

Sobre esta materia, el Tribunal acoge las precisiones hechas en el laudo del proceso de COVIANDES contra INVÍAS (89) que son del siguiente tenor:

“Para un sector de la doctrina, la certeza acerca de la ocurrencia del daño futuro es un concepto absoluto, lo que significa que solo puede condenarse a resarcir los daños futuros que se presenten desde ya como consecuencia necesaria del incumplimiento”. A este respecto se explica que “...no es necesario que el perjuicio sea actual; puede el Tribunal perfectamente tomar en consideración un daño futuro cuya realización sea cierta en virtud del desarrollo de una situación ya existente...”. Debe tratarse de un “daño susceptible de prolongarse” (90)

El Consejo de Estado sigue esta misma línea de pensamiento al precisar que el daño futuro es jurídicamente relevante en cuanto revista certidumbre, por cuanto la simple posibilidad o eventualidad no bastan para que se ordene su reparación y puntualiza que “el daño futuro es cierto y, por lo mismo indemnizable, cuando necesariamente ha de realizarse...” (91). También precisa que el daño futuro es aquel al que “solo le falte el transcurso del tiempo para que se produzca” (92).

Frente al descrito criterio absoluto, se encuentra otro, llamado “relativo”, preconizado especialmente por los hermanos Mazeaud, según el cual “se deja a criterio del juez la apreciación de la certeza o eventualidad de los perjuicios futuros” (93). Voceros relevantes de la doctrina nacional acogen este concepto más flexible, explicando que “es resarcible el daño futuro sobre la medida de la certidumbre nunca absoluta, pero sí dijéramos que aproximativa, de que ocurrirá...”. El daño “no ha ocurrido todavía, pero la proyección dentro de las reglas de la ciencia, técnica o del arte respectivo, permiten hacer, no una mera conjetura, sino un cálculo aproximativo sólido” (94).

Para el Tribunal, la certeza del daño futuro debe determinarse con base en un concepto flexible o relativo, no absoluto, mediante el cual el juez tenga la facultad de definir su existencia, de acuerdo con las circunstancias y con el curso o desarrollo normal de las cosas. Estos son en efecto los criterios con base en los cuales la doctrina considera que debe establecerse la viabilidad de resarcir los perjuicios futuros más caracterizados, como son el lucro cesante y la pérdida de una oportunidad (La Perte d'une Chance).

Respecto del lucro cesante, esto es, de las ganancias que se dejan de percibir, ha de decirse que “este demérito puede ser actual o futuro, pero en cualquier caso suele ser incierto, de suerte que su demostración fehaciente es muy difícil o enormemente compleja, sino imposible en la práctica” (95). De ahí que “si se exigiera certidumbre

absoluta en cuanto a su ocurrencia, el lucro cesante —como lo afirma el profesor Diez Picazo— nunca se resarciría, pues por definición el lucro cesante es contingente o dudoso” (96) .

Por tanto “de lo que se trata es de que las ganancias que se invocan como pérdidas... sean razonablemente posibles, que no se fundamenten en ilusorias esperanzas”, de manera que se exigen “características de verosimilitud”. “...El *lucrum cesans, a diferencia del damnum emergens* , participa de todas las vaguedades e incertidumbres de los conceptos imaginarios, lo que hace que para su apreciación reclame de una prueba razonable acerca de lo que hubiera podido ser el verdadero lucro dejado de percibir por causa de la eventualidad perjudicial y en relación a lo que solo pudieran suponerse que son meros sueños de ganancias...” (97)

Por ende, lo que debe aparecer en el proceso es una demostración razonable de la verosimilitud de la ganancia que se habría percibido de no mediar el incumplimiento. De otra manera, vale decir, si para el lucro cesante “ *se exigiere la demostración absoluta y segura de lo que se iba a obtener y se frustró por el incumplimiento, se impedirían muchas indemnizaciones en casos en los que probabilísimamente se habría obtenido el lucro en cuestión, pero cuyo resarcimiento no prosperaría porque no se puede justificar de forma indudable que en efecto se habría obtenido* ” (98)

El criterio del juez, entonces, habrá de jugar un papel significativo en la determinación de la existencia cierta del lucro cesante futuro, pues “ *considerase ganancia frustrada aquella que, con cierta probabilidad, fuese de esperar, atendiendo el curso normal de las cosas o a las especiales circunstancias del caso concreto y particularmente a las medidas y providencias adoptadas. No basta, pues, la simple posibilidad de realizar la ganancia, como no se exige tampoco la absoluta seguridad de que esta se habría verificado, sin la intromisión del hecho dañoso. Ha de existir una cierta probabilidad objetiva...* ” (99) , la cual será sopesada por el juzgador, *las cuestiones relativas a la realidad de los daños y perjuicios lo son de hecho, y, por consiguiente, la apreciación de las mismas corresponde al Tribunal sentenciador...* ” (100) . O, como lo señalan otros comentaristas, “se trata de una cuestión fundamentalmente casuística que, por tanto, depende en gran medida de la apreciación del juez” (101)

Con todo, el juzgador no tiene un poder discrecional ilimitado, pues debe descartar el resarcimiento de lo que la doctrina denomina “sueños de ganancia”, o “ganancias inseguras”, o las “solo posibles”, o las “aleatorias o hipotéticas”, o aquellas respecto de las cuales “solo había esperanzas de obtenerlas” (102)

En síntesis, se reparan las utilidades dejadas de percibir cuando estas son “verosímilmente probables atendiendo el curso normal de los acontecimientos” (103)

En cuanto a la pérdida de una oportunidad (Perte d'une Chance), el derecho francés —de donde proviene esta teoría acogida y consolidada en nuestra Jurisprudencia— la sitúa a medio camino entre las nociones de daño eventual, que es incierto, y daño futuro, que debe ser “razonablemente cierto” (104) . “Actualmente se admite la reparación por la pérdida de una oportunidad, si con base en un cálculo de probabilidades se llega a un grado aceptable de certeza a lo que esa pérdida representa y en la medida en que pueda ser evaluada” (105) .

“El perjuicio conocido como pérdida de una oportunidad se define como la desaparición de la probabilidad de una ocurrencia favorable, cuando esa probabilidad es suficientemente real y seria” (106) , lo que le da a ese demérito el carácter de verosímil, o de certidumbre que se requiere para ser indemnizable. Por tanto, no puede tratarse de una pérdida meramente eventual o hipotética.

Es al juez a quien le corresponde determinar si la oportunidad que se perdió era real y seria, y para eso habrá de ponderar el correspondiente cálculo de probabilidades, con el fin de precisar si existía, o no, un grado de probabilidad suficiente de que la ocurrencia favorable tuviera lugar. Sin duda nos encontramos ante un álea, pues por definición la oportunidad es aleatoria, pero eso no es un obstáculo para que se admita que, con su pérdida cierta, se genera un perjuicio indemnizable (107) cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad de éxito que la víctima tenía de lograr que la ocurrencia favorable se presentara (108) . Es el Tribunal el llamado a determinar la magnitud de esa probabilidad (109) . Así las cosas, debe admitirse la existencia de un menoscabo patrimonial, cuando la concreción de una determinada situación ventajosa para la víctima dependía de un álea que ha desaparecido por el hecho imputable a un tercero (110) , como puede ser por el incumplimiento de una

obligación asumida mediante contrato.

En síntesis, en términos generales, la reparación por la pérdida de una oportunidad reposa sobre una probabilidad y sobre una certeza. Es verosímil o probable que la ocurrencia favorable se hubiera producido. Pero es cierto que esa posibilidad desapareció, con lo cual se genera un daño. La tarea del juez es precisar si la realización de la situación favorable era en verdad verosímil o suficientemente probable (111). Y para la evaluación del perjuicio el fallador debe tomar en consideración el álea que inevitablemente está presente en este caso, de manera que no puede soslayar ni su existencia misma, ni su grado o magnitud(112).

Con apoyo en los criterios que se dejan expuestos, el Tribunal reitera que la certeza del daño futuro es un concepto relativo y no absoluto, y que para su determinación la apreciación del juez tiene una señalada relevancia. De esta manera, el juzgador deberá definir si se halla razonablemente probada la verosimilitud de ese perjuicio, para llegar a la conclusión de si, de acuerdo con el curso o desarrollo normal de las cosas, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, ese daño futuro puede tenerse como cierto, dadas las probabilidades de su ocurrencia.

En el presente caso, el Tribunal no encuentra fundamento para avizorar la frustración del Acuerdo Concordatario celebrado entre las compañías PROCAMPO, PROAGRO y QUIMOR con sus acreedores, del cual deba resultar fatalmente el detrimento patrimonial para el acreedor que, en virtud de ese Acuerdo y hasta el momento, solo se concreta en el hecho jurídico del aplazamiento. Ello porque en él está contemplado el pago de la suma de \$ 1.241.327.748 que MONÓMEROS reclamó tanto en el concordato de PROCAMPO (solicitud de reconocimiento formulada a la Superintendencia de Sociedades el día 18 de junio de 1998, cuya copia es visible a los folios números 489 a 495 del Cuaderno de Pruebas 7) como en el de PROAGRO (según solicitud presentada a la Superintendencia el 19 de octubre de 1998, cuya copia reposa en el expediente a los folios 123 a 129 del Cuaderno de Pruebas 7), obligación derivada de 97 facturas cambiarias de compraventa suscritas por PROCAMPO (\$ 1.227.914) y del costo de remesas bancarias impagadas originado en cheques que giró la misma sociedad y que los bancos respectivos devolvieron en su momento (\$ 13.812.823). Es la misma suma de dinero y, en la realidad económica, el mismo crédito cuya supuesta pérdida fundamenta la pretensión QUINTA del libelo que determinó la convocación de este Tribunal. En resumen, el pago de la obligación contraída inicialmente por PROCAMPO en favor de MONÓMEROS, trasmutado en derechos fiduciarios dentro del FIDEICOMISO PAGOS PROCAMPO constituido con una considerable parte del patrimonio de las tres sociedades concordadas que incluye los bienes inicialmente vinculados a la fiducia de garantía con la cual ha debido ser satisfecho, ha sido sometido a un nuevo plazo pero no desconocido ni afectado por causa que determine su insatisfacción definitiva o su pérdida.

No es dable entonces apreciar como fundamento válido de la pretensión de condena el daño que la parte convocante afirma haber recibido por la no satisfacción oportuna de sus créditos contra PROCAMPO en ejecución de la fiducia que en garantía de dicha obligación constituyó PROAGRO.

Resta considerar el otro aspecto de la cuestión, enunciado atrás, relativo a la obligación supuestamente incumplida por LLOYDS TRUST, según el subnumeral 6.1 de la demanda promotora del presente proceso arbitral, sobre lo cual se dijo en su lugar que no puede consistir en la satisfacción del crédito exigible por MONÓMEROS a PROCAMPO en razón de suministros de mercaderías y devolución de remesas bancarias. Es la cuestión de cuál fue la prestación cuya inejecución por el obligado LLOYDS TRUST resulta ser susceptible de generar responsabilidad resarcitoria. Recuerda el Tribunal a este propósito que esas prestaciones no pudieron ser otras que las asumidas por el Fideicomisario en el contrato normativo que constituyó el fideicomiso y que ellas se concretan, dejando de lado aquellas de naturaleza instrumental cuya consideración no es necesaria en este momento, en las conductas encaminadas a procurar el propósito de la fiducia mediante la liquidación de sus activos para proveer al pago de los créditos garantizados y, sucesivamente, en defecto de éxito en esta operación, en la oferta y perfeccionamiento de la dación en pago de dichos bienes a los acreedores garantizados. En la realidad jurídica última es esta obligación de ofrecer dar en pago y de solemnizar el negocio una vez aceptado por el acreedor o acreedores, es decir, bajo la forma y contenido que finalmente adquirieron las responsabilidades del Fiduciario según las estipulaciones del contrato constitutivo, la que debe reputarse insatisfecha en razón de no haber sido obtenidos los fines de la fiducia. En esta perspectiva el retardo o la mora reflejados en la conducta del Fiduciario para el cumplimiento de la obligación bajo su primera forma, la de vender los bienes vinculados al fideicomiso, es

una violación intermedia que se consumó cuando, transcurrido el plazo de siete (7) meses contemplado para el efecto, omitió ejecutar las prestaciones debidas bajo la segunda forma, a saber, la de dación a los acreedores de los bienes fideicomitidos.

Ahora bien: Si la prestación debida bajo la modalidad inicial, encaminada a lograr el cumplimiento de la fiducia como **fuelle de pago** constituye una obligación de medio, cuando esa prestación por el transcurso del tiempo adquiere la segunda forma, en cuya virtud la fiducia opera como **medio de pago**, constituye una obligación de resultado. Las obligaciones de dar, por su propia estructura, pertenecen todas a este segundo tipo, o, dicho con más precisión, la división de las obligaciones en las dos especies mencionadas juega su papel propio en el campo de las obligaciones de hacer y no en las de dar ni en las de no hacer (113). De ello se desprende una importante consecuencia: la obligación a su cargo finalmente incumplida por la entidad Fiduciaria, por no haberse ejecutado nunca y haberse hecho imposible durante la mora para cumplirla bajo su forma inicial, fue la de ofrecer y entregar a MONÓMEROS, en pago de su crédito, los bienes fideicomitidos.

La obligación no satisfecha, entonces, no fue de naturaleza dineraria sino la “de valor” consistente en la transferencia a los acreedores de los bienes inmuebles vinculados al fideicomiso. Y por lo mismo el demérito patrimonial que esa omisión, en razón de la naturaleza de la prestación insatisfecha, es susceptible de generar al acreedor no fue ni el monto pecuniario del crédito garantizado ni el de sus frutos ordinarios. La dación omitida en pago de una obligación que por la evolución del proceso concursal está ahora sometida a un nuevo aplazamiento, no privó al acreedor de los activos monetarios debidos por PROCAMPO sino de la recepción de las especies inmobiliarias.

Como consecuencia del tipo específico a que pertenece la prestación inejecutada, la responsabilidad de la entidad Fiduciaria obligada resulta ser, según predica la doctrina generalizada, de tipo objetivo, y el deudor omisivo solo puede liberarse de ella mediante una causa también objetiva de exoneración que se origine en la intervención eficiente de la llamada “causa extraña”.

Para el Tribunal es incuestionable que, de haberse llevado a cabo la dación en pago, es decir, de haberse perfeccionado antes de que se tornara imposible como consecuencia de la convocatoria del proceso concordatario del Fideicomitente, el acreedor garantizado hubiese recibido, mediante la transferencia de un inmueble de extensión mayor, los accesorios del crédito causados hasta esa fecha, es decir, los intereses de plazo o de mora que se hubiesen hecho exigibles respecto de las distintas acreencias, esto es, la tercera cuota prevista en el acuerdo de pagos y el monto de las facturas correspondientes a despachos adicionales.

Esta deducción del Tribunal se basa en el alcance de la garantía fiduciaria, por cuanto esta cubría tanto el capital, como los accesorios de los créditos objeto de respaldo. Por tanto, la dación debería haber satisfecho el derecho del acreedor a percibir los accesorios, lo que, se reitera, habría de concretarse a través de la transferencia del derecho de dominio sobre una porción mayor de los bienes fideicomitidos.

Pero esa porción mayor, equivalente a los réditos ya causados, la perdió MONÓMEROS al entrar al proceso concordatario de Proagro, pues en la fórmula finalmente acogida por los acreedores no se reconocieron intereses moratorios a favor de estos y a cargo de la aludida sociedad concordada. Esto significa que la pérdida de los rendimientos en cuestión ha de mirarse como una consecuencia directa de no haber realizado la Fiduciaria, dentro del término estipulado, la dación en pago prevista en el contrato de fiducia, para la solución de las deudas contraídas frente a los acreedores garantizados.

No sobra recordar aquí que la indemnización de los perjuicios producidos por la inobservancia de obligaciones contractuales, busca colocar al acreedor perjudicado en la misma posición económica en que se habría encontrado de no haber mediado incumplimiento del deudor. En este sentido, para la correspondiente reparación, habría de tomarse en cuenta que la dación en pago debía perfeccionarse —de acuerdo con lo estipulado en el clausulado de la fiducia y en concordancia con el deber de diligencia que le incumbe a los deudores profesionales— antes del vencimiento del término de siete (7) meses contado a partir de la iniciación del procedimiento pactado para la realización de los bienes fideicomitidos (seis (6) meses para el adelantamiento de las gestiones de venta y, en caso de resultar estas infructuosas, un mes adicional para el perfeccionamiento de la dación, lapso sugerido por los peritos y que el Tribunal encuentra razonable).

A este respecto, es forzoso poner de presente que la dación, de haberse celebrado en cualquier punto del tiempo, habría cubierto tanto el capital como los intereses de plazo y de mora que se hubieren causado hasta ese momento en relación con las distintas obligaciones insolutas. Esto quiere decir que las secuelas económicas derivadas del perfeccionamiento retardado de la dación, serían asumidas por el deudor (PROCAMPO) quien debía pagar un monto mayor por intereses, o por el Fideicomitente (PROAGRO), el que habría de entregar más inmuebles para satisfacer los réditos adicionales que se hubieren generado.

Y es evidente que la preservación o subsistencia del crédito de MONÓMEROS según el Acuerdo Concordatario se contrajo a las sumas debidas por capital de la tercera cuota del Acuerdo de 1996 (\$ 826'204.263); al valor de los intereses de plazo incorporado a las facturas de los despachos contemplados en dicha cuota (\$ 117'833.564); al valor de la remesa de los cheques devueltos a MONÓMEROS (\$ 13'812.823); al valor de los despachos de mercaderías realizados con posterioridad a la celebración del Acuerdo de Pagos (\$ 276'563.022) y a los intereses de plazo incorporados a las facturas (\$ 6.914.076), todo lo cual arroja el gran total de \$ 1.241'327.748. Ahora bien: este fue el crédito reconocido en el Concordato de las tres compañías, lo que deja como pérdida neta producida por el no pago de los créditos y sus accesorios mediante dación de los bienes fideicomitidos, el monto de los intereses moratorios que han debido ser solventados mediante la ejecución de esta el día en que ha debido cumplirse, esto es, según los cómputos del Tribunal, el 18 de abril de 1998.

El evento dañoso así materializado, al implicar la pérdida de los accesorios del crédito que, al igual que el capital de esta habrían sido satisfechos con la dación, constituye un “... *perjuicio o pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento...*” (artículo 1614 del Código Civil) que es precisamente en lo que consiste el fenómeno de “daño emergente”, dado que esa pérdida implica la desaparición de un activo existente en el patrimonio de la víctima, toda vez que se trata de réditos ya causados .

#### **4.2. La cuestión del lucro cesante.**

En lo tocante al resarcimiento del lucro cesante que habría sufrido la convocante, deprecado en la pretensión formulada en el subnumeral 6.2 de la Sexta petición, es del caso tener en cuenta, para efecto de la demostración del demérito económico alegado, que la obligación incumplida por el Fiduciario tenía por objeto la entrega de bienes inmuebles, y no de dinero, al acreedor garantizado. Esto significa que no caben en este caso las reglas que presumen la causación de daños en el evento de incumplimiento de obligaciones pecuniarias (artículos 1617 del Código Civil y 884 del Código de Comercio), presunciones que se apoyan en el reconocimiento del carácter fructuario del dinero (artículo 717 del Código Civil).

No es procedente, en consecuencia, tratar de probar y de evaluar el lucro cesante por la falta de entrega de inmuebles, mediante el simple cálculo de los intereses de mercado (D.T.F.) o de los intereses de mora que hubiere producido un capital igual al monto de la deuda que se hubiere extinguido mediante la dación en pago, o igual al valor del inmueble transferido por ese concepto. Y no es procedente esta forma de evaluación, por cuanto la Fiduciaria, como ya se ha precisado, no era deudora principal, ni codeudora solidaria, ni subsidiaria de las sumas adeudadas por PROCAMPO. Su obligación consistía en transferir el derecho de dominio, a título de dación en pago, de ciertos inmuebles.

En tal virtud, para la hipótesis obligacional que analizamos, no puede acudirse a las normas especiales de las obligaciones de entregar dinero, pues las presunciones de generación de perjuicios, que para ellas operan a partir de su incumplimiento, no pueden hacerse extensivas a la inobservancia de prestaciones que versan sobre la entrega de otra clase de bienes. Esa sería una extensión artificial y a todas luces injustificada.

Por ende, a falta de presunción legal relativa a la producción de daños, debe darse aplicación al principio general sobre carga de la prueba, en el sentido de que el actor debe demostrar los elementos configurativos de su pretensión, entre ellos, la generación de un perjuicio cierto, directo y cuantificado.

En el caso que nos ocupa, se advierte que la falta de la dación en pago privó al acreedor garantizado del derecho de uso y goce de los bienes inmuebles que constituían la garantía fiduciaria.

Pero esa intuición, acerca de la hipotética privación del uso y goce de los bienes raíces, no es suficiente para la concreción y prueba de un demérito patrimonial cierto y específico.

Para ello hubiera sido menester que el convocante allegara los medios demostrativos adecuados para acreditar el destino que se les pudiere haber dado a los inmuebles y sus posibles rendimientos económicos.

Así, por ejemplo, se ha debido probar, con el apoyo de peritos, cuál pudiera haber sido el uso factible de los lotes fideicomitidos: habrían servido para desarrollar en ellos un proyecto similar al que querían implementar PROAGRO, PROCAMPO y QUIMOR, según declararon sus representantes en el curso del proceso; o para destinarlos a la agricultura o a propósitos agropecuarios; o para actividades empresariales, como sería el establecimiento de una bodega para depositar y comercializar los productos de MONÓMEROS que distribuían las empresas mencionadas; o para montar otra clase de negocios, *verbi gracia*, una estación de servicio, si es que los predios se encuentran al borde de una carretera, aspecto que desconoce el Tribunal.

Y junto a lo anterior, se ha debido también acreditar, siquiera aproximadamente, a través del dicho de expertos, cuál podría haber sido el rendimiento periódico que habría obtenido MONÓMEROS, según la actividad a que hubieren sido destinados los inmuebles, tomando en consideración las circunstancias económicas imperantes en la época que nos ocupa, siendo un hecho notorio, que, por ende, no requiere demostración, que a partir de 1996 se presentó en el país, y de manera más aguda en el Valle del Cauca, una recesión sin precedentes en la historia reciente, habiendo afectado, de manera más profunda y durable, al sector inmobiliario, pues por primera vez hubo una caída, en términos absolutos, del precio de la propiedad raíz y del valor de los arrendamientos.

No sería de recibo, en consecuencia, alegar, sin respaldo probatorio, que el canon de arrendamiento equivale a un determinado e invariable porcentaje del valor de los inmuebles, pues ello depende de la mayor o menor oferta y demanda, de la dedicación del bien raíz (vivienda o actividad de negocio), de la región del país, de la época, etc.

En todo caso, el convocante no aportó las pruebas indispensables para acreditar la existencia del lucro cesante producido con posterioridad a la fecha en que ha debido cumplirse la dación. No es solo la carencia de la demostración de la cuantía, en cuyo caso el juez debe complementar oficiosamente las probanzas encaminadas a la correspondiente valoración, o, en su defecto, proceder a la determinación del monto del demérito, con base en la equidad, según lo establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Se trata, por el contrario, de la falta de prueba del perjuicio en sí, vale decir, de su naturaleza cierta, directa y previsible, lo que impide acceder a la pretensión resarcitoria de la parte demandante.

A más de lo anterior, cabe señalar que el perjuicio a que nos referimos, dados los términos de la fórmula concordataria acogida por los acreedores de PROAGRO, impide su cuantificación actual, lo que se convierte en otro obstáculo para condenar al Fiduciario a su reparación.

En efecto, dentro del concordato de las compañías, se reconoció un crédito a favor de MONÓMEROS por \$ 1.241'327.748, que comprende intereses de financiación incluidos en las facturas de venta de productos, pero no se reconocieron intereses de mora.

El crédito de MONÓMEROS, como el de los demás acreedores, será satisfecho con la dación en pago de derechos fiduciarios.

Para este propósito, vale decir, para el pago de todas las obligaciones a cargo de las empresas, estas debieron constituir con todos sus bienes —muebles e inmuebles— dos fideicomisos. El segundo de ellos comprende bienes por un valor de alrededor de 49 mil millones para pagar, en orden de prelación, créditos de 5 categorías (de la A a la E). Las categorías C y D comprenden créditos prendarios, hipotecarios y garantizados con certificados fiduciarios, de manera que en estos últimos está ubicado el crédito de MONÓMEROS.

Según el dictamen pericial, el valor asignado a los bienes objeto del mencionado segundo fideicomiso, equivale al valor de las obligaciones que se intentan pagar con él, de manera que de esos 49 mil millones de pesos, alrededor de 1.241.327.748 han de corresponder a MONÓMEROS.

El segundo fideicomiso durará 10 años. Y entretanto los bienes serán entregados en arrendamiento a las Empresas,

las cuales pagarán un canon variable y ascendente, de acuerdo con sus resultados económicos anuales. Al cabo de los diez (10) años, las Empresas tienen una opción de compra de los bienes por un valor predeterminado de \$56 mil millones, de los cuales las Empresas deben pagar un anticipo en los últimos cuatro (4) años del arrendamiento. Si no se hace uso de la opción, los inmuebles se venderán para pagar con su producto los créditos o mejor para redimir los derechos fiduciarios recibidos en pago por quienes eran acreedores.

En estricto sentido, el daño que podría experimentar MONÓMEROS vendría a producirse al momento de redimir los derechos fiduciarios, momento en el cual se podría calcular la diferencia entre lo recibido a cambio de los derechos fiduciarios y lo que habría percibido de haberse hecho en tiempo la dación en pago de los inmuebles.

Se trata entonces de un perjuicio futuro por no haberse generado o concretado aún al momento de la sentencia. Pero el daño futuro puede ser objeto de resarcimiento si, a juicio del juez, tiene el carácter de cierto esto es, que, dadas las circunstancias del caso y, habida cuenta del desarrollo normal de las cosas, tiene una seria probabilidad de ocurrir y siempre que pueda ser cuantificado dentro del proceso.

Con todo, en el presente arbitraje no es posible cuantificar el daño que podría experimentar MONÓMEROS. En efecto, no se sabe cuánto podría recibir por los derechos fiduciarios de que es titular. En las actas de las reuniones concordatarias se manifiesta que puede haber una valorización de los bienes —en virtud de los proyectos que las Empresas piensan desarrollar— pero no se señala de cuanto podría ser esa valorización; tampoco se arriesgaron a evaluarla las peritos.

Además, el fideicomiso se verá incrementando con otros ingresos, en especial por los cánones de arrendamiento y por sus rendimientos. Estos ingresos adicionales serán distribuidos proporcionalmente entre todos los acreedores y no preferentemente según las categorías a que pertenecen. También si se ejerce la opción de compra podría haber un ingreso adicional, en el sentido de que el valor de los bienes fideicomitidos es de \$49.058.208.687 y el de la opción de \$56.700 millones de pesos.

Así las cosas, no puede saberse cuánto recibirá MONÓMEROS y si ese monto será o no suficiente para cubrir el capital de sus créditos o si alcanzaría para cubrir intereses, siquiera parcialmente. Por tanto, el Tribunal no podría aventurarse a asegurar que se cristalizará una pérdida, ni menos aún su monto.

No es remoto pensar que MONÓMEROS recibirá el principal de sus créditos, pues el valor de los inmuebles alcanzaría para ello y se espera, además, alguna valorización. El perjuicio estaría más por el lado de los intereses, pero no se tiene certeza de qué suma dejaría de percibir por este concepto MONÓMEROS.

Así las cosas, al no ser cuantificable el lucro cesante dentro del actual proceso, no puede el Tribunal proferir condena contra LLOYDS TRUST en el sentido de indemnizar al convocante por este perjuicio que alega haber experimentado como consecuencia de no haberse llevado a cabo la dación en pago para la efectividad de la fiducia en garantía.

### **4.3. La cuestión de la indemnización.**

4.3.1. Está visto que el daño emergente que las evidencias procesales registran como cierto se materializó en el valor de los intereses moratorios que accedían al crédito de MONÓMEROS el 18 de abril de 1998, fecha que las puntualizaciones del Tribunal indican como aquella en que la dación en pago de los bienes fideicomitidos ha debido ejecutarse. Ello porque fue el incumplimiento de esta obligación el hecho generador del perjuicio y este, a su vez, se concreta en la pérdida para el acreedor de los accesorios de la última clase mencionada. En efecto, MONÓMEROS tuvo derecho a percibir los intereses moratorios de las obligaciones a cargo de PROCAMPO, cuya pérdida se consumó en el acuerdo concordatario que desató el concurso acumulado de las compañías QUIMOR, PROAGRO y PROCAMPO al cual fue presentado el crédito para su satisfacción por la vía ejecutiva. En el acuerdo de que se hace memoria las obligaciones pendientes a favor de MONÓMEROS fueron reconocidas en la cuantía de \$ 1.241.327.748.

La liquidación de los intereses moratorios, purgada de cualquier componente de intereses de plazo de la respectiva obligación principal, tan discutidos en el debate probatorio, consta en las siguientes tablas:

a) Intereses de mora liquidados a la tasa máxima sin sobrepasar el umbral de usura:

Fecha inicial	Valor base	Fecha Final	Umbral de Usura	Valor Intereses de Mora
<b>27.02.97</b>	<b>\$ 826.204.263,00</b>	28/02/1997	62,52%	\$ 1.115.281
28.02.97	\$ 826.204.263,00	30/04/1997	60,95%	\$ 69.387.457
30.04.97	\$ 826.204.263,00	30/06/1997	58,02%	\$ 66.603.763
30.06.97	\$ 826.204.263,00	31/08/1997	57,44%	\$ 67.173.275
31.08.97	\$ 826.204.263,00	30/09/1997	55,23%	\$ 30.837.666
30.09.97	\$ 826.204.263,00	31/10/1997	53,16%	\$ 30.893.781
31.10.97	\$ 826.204.263,00	30/11/1997	53,99%	\$ 30.265.052
30.11.97	\$ 826.204.263,00	31/12/1997	54,02%	\$ 31.307.143
31.12.97	\$ 826.204.263,00	31/01/1998	52,94%	\$ 30.787.696
31.01.98	\$ 826.204.263,00	28/02/1998	55,61%	\$ 28.909.077
28.02.98	\$ 826.204.263,00	31/03/1998	53,40%	\$ 31.009.351
31.03.98	\$ 826.204.263,00	18/04/1998	58,52%	\$ 19.252.952
		Suma valor intereses		<b>\$ 437.542.495</b>

b) Intereses moratorios sobre cartera no incluida en el acuerdo de pagos a la tasa máxima sin sobrepasar nivel de usura

Saldo Factura sin incluir intereses de plazo	Factura No.	Fecha inicial	Valor base para liquidación	Días	Valor Intereses de Mora	Fecha Final	Tasa efectiva anual
\$20.682.927	121570	11.03.97	\$ 20.682.927	50	\$ 1.413.349	30/04/1997	60,95%
		30.04.97	\$ 20.682.927	61	\$ 1.667.337	30/06/1997	58,02%
\$ 50.146.250	120618	06.05.97	\$ 50.146.250	55	\$ 3.630.834	30/06/1997	58,02%
\$ 3.573.900	120619	06.05.97	\$ 3.573.900	55	\$ 258.768	30/06/1997	58,02%
\$ 63.591.251	120959	13.05.97	\$ 63.591.251	48	\$ 4.000.284	30/06/1997	58,02%
\$ 4.959.000	120960	13.05.97	\$ 4.959.000	48	\$ 311.952	30/06/1997	58,02%
\$ 2.799.000	120958	14.05.97	\$ 2.799.000	47	\$ 172.296	30/06/1997	58,02%
\$ 3.187.750	121313	20.05.97	\$ 3.187.750	41	\$ 170.518	30/06/1997	58,02%
\$ 30.351.500	121314	20.05.97	\$ 30.351.500	41	\$ 1.623.552	30/06/1997	58,02%
\$ 2.017.800	121315	20.05.97	\$ 2.017.800	41	\$ 107.935	30/06/1997	58,02%
\$ 14.802.000	121612	01.06.97	\$ 14.802.000	29	\$ 555.756	30/06/1997	58,02%
\$ 4.651.200	121613	01.06.97	\$ 4.651.200	29	\$ 174.634	30/06/1997	58,02%
\$ 11.150.000	121880	03.06.97	\$ 11.150.000	27	\$ 389.268	30/06/1997	58,02%
\$ 3.762.000	121881	03.06.97	\$ 3.762.000	27	\$ 131.339	30/06/1997	58,02%
\$ 466.500	121879	06.06.97	\$ 466.500	24	\$ 14.449	30/06/1997	58,02%
\$ 1.866.000	122811	10.06.97	\$ 1.866.000	20	\$ 48.041	30/06/1997	58,02%

\$ 2.810.500	122812	10.06.97	\$ 2.810.500	20	\$ 72.357	30/06/1997	58,02%
\$ 2.479.500	122813	10.06.97	\$ 2.479.500	20	\$ 63.836	30/06/1997	58,02%
\$ 4.136.300	122814	17.06.97	\$ 4.136.300	13	\$ 68.911	30/06/1997	58,02%
\$ 1.825.000	122815	17.06.97	\$ 1.825.000	13	\$ 30.404	30/06/1997	58,02%
\$ 2.137.500	122816	17.06.97	\$ 2.137.500	13	\$ 35.611	30/06/1997	58,02%
\$ 2.488.000	123327	30.06.97	\$ 2.488.000	0	\$ 0	30/06/1997	58,02%
\$ 5.602.750	123328	30.06.97	\$ 5.602.750	0	\$ 0	30/06/1997	58,02%
\$ 1.838.250	123329	30.06.97	\$ 1.838.250	0	\$ 0	30/06/1997	58,02%
		Suma	\$ 241.324.881				
	=	30.06.97	\$ 241.324.881	62	\$ 19.620.551	31/08/1997	57,44%
\$ 15.246.750	124561	08.07.97	\$ 15.246.750	54	\$ 1.074.166	31/08/1997	57,44%
\$ 2.007.500	124562	08.07.97	\$ 2.007.500	54	\$ 141.433	31/08/1997	57,44%
\$ 4.446.000	124563	08.07.97	\$ 4.446.000	54	\$ 313.230	31/08/1997	57,44%
	127954	10.07.97	\$ 0	52	\$ 0	31/08/1997	57,44%
\$ 1.580.488	127955	10.07.97	\$ 1.580.488	52	\$ 107.088	31/08/1997	57,44%
\$ 3.676.500	124852	15.07.97	\$ 3.676.500	47	\$ 224.438	31/08/1997	57,44%
\$ 1.555.000	125101	23.07.97	\$ 1.555.000	39	\$ 78.370	31/08/1997	57,44%
\$ 912.500	125102	23.07.97	\$ 912.500	39	\$ 45.989	31/08/1997	57,44%
\$ 658.350	125103	23.07.97	\$ 658.350	39	\$ 33.180	31/08/1997	57,44%
\$ 912.500	125104	28.07.97	\$ 912.500	34	\$ 39.966	31/08/1997	57,44%
\$ 658.350	125105	28.07.97	\$ 658.350	34	\$ 28.834	31/08/1997	57,44%
\$ 839.700	127117	05.08.97	\$ 839.700	26	\$ 27.981	31/08/1997	57,44%
\$ 1.934.500	127118	05.08.97	\$ 1.934.500	26	\$ 64.463	31/08/1997	57,44%
\$ 810.000	127143	16.08.97	\$ 810.000	15	\$ 15.464	31/08/1997	57,44%
\$ 276.563.022							
		Suma	\$ 276.563.022				
	=	31.08.97	<b>\$ 276.563.022</b>	30	\$ 10.322.578	30/09/1997	55,23%
		30.09.97	\$ 276.563.022	31	\$ 10.341.362	31/10/1997	53,16%
		31.10.97	\$ 276.563.022	30	\$ 10.130.902	30/11/1997	53,99%
		30.11.97	\$ 276.563.022	31	\$10.479.731	31/12/1997	54,02%
		31.12.97	\$ 276.563.022	31	\$ 10.305.851	31/01/1998	52,94%
		31.01.98	\$ 276.563.022	28	\$ 9.661.261	28/02/1998	55,50%
		28.02.98	\$ 276.563.022	31	\$10.380.048	31/03/1998	53,40%
		31.03.98	\$ 276.563.022	18	\$ 6.444.719	18/04/1998	58,52%
			<b>TOTAL</b>		<b>\$ 114.823.035</b>		

Los intereses moratorios de las dos obligaciones hasta la fecha de advenimiento de la omisión que generó su

pérdida, suman, pues, \$ 552.365.530.

4.3.2. La condena que este fallo puede proferir está limitada por la cuantía pretendida por el actor en la demanda que dio origen al proceso. El principio de congruencia, de ineludible acatamiento en el ámbito del proceso arbitral como en cualquier otro proceso en que se discutan relaciones jurídicas de naturaleza civil o mercantil, así como las restricciones a que están sujetas las facultades jurisdiccionales que ejerce el Tribunal, que le vedan cualquier pronunciamiento *ultra o extra petita*, enmarcan rígidamente dentro de las pretensiones aducidas por el promotor del proceso las posibles condenas a que está **avocada** la parte demandada. Así, la cuantía que se señala a las peticiones de la demanda constituye un límite infranqueable al acogimiento de ellas a que pueda dar lugar el desenlace del proceso.

En esta perspectiva el Tribunal está obligado a tomar en consideración el hecho de que el valor de las pretensiones de condena por daño emergente fue señalado por MONÓMEROS en la suma de \$ 1.524.999.294 como se lee en el numeral 6.1 de la SEXTA petición. Es forzoso entender que esa cifra es la expresión pecuniaria de la lesión patrimonial que, según el acreedor, él mismo sufrió como efecto de la violación de las obligaciones contractuales de la fiduciaria, y es también ineludible asumir que comprende todos los factores integrantes del daño, siempre según la opinión del actor reflejada en su acto de postulación. Según las voces expresas de la petición, el señalamiento del monto que aquel hace, equipara el perjuicio cuyo resarcimiento reclama al monto del capital de los créditos sumado al de sus accesorios de toda clase.

Ahora bien: en cumplimiento de su deber de interpretar la demanda para descubrir en sus formulaciones el alcance real de lo que con ella se pretende, el Tribunal entiende que la suma de \$ 1.524.999.294 reclamada por el actor como daño emergente comprende (i) el capital de las obligaciones, (ii) los intereses de plazo y (iii) los intereses moratorios en los montos en que cada uno de esos conceptos es evaluado por MONÓMEROS como componente del derecho suyo a percibir el pago, bien mediante satisfacción en dinero o bien mediante dación solutoria. Descomponiendo tal cuantificación de la pretensión en sus componentes parciales, se tiene, como monto del principal, la suma de \$ 1.116'580.108 (\$ 826'204.263 a título de valor de la “tercera cuota” insatisfecha del Acuerdo de Pagos; \$ 13'812.823, en razón de las remesas devueltas; \$ 276'563.823, valor conjunto de las facturas posteriores al Acuerdo mencionado), y la suma de \$ 124.747.640 en razón de los intereses de plazo incluidos en la tercera cuota y en las facturas ulteriores (\$ 117'833.564 y \$ 6'914.076, respectivamente). Estos dos factores ascienden a la suma de \$ 1.241'327.748. El resto de la cuantía de la pretensión, es decir, la diferencia entre la suma de \$ 1.524'999.294 y la últimamente establecida, la cual equivale a \$ 283'671.546, es la porción de la cuantificación hecha por el actor reconducible al concepto de intereses moratorios. Dado que solo la pérdida de estos puede ser aceptada como lesión patrimonial efectivamente irrogada a MONÓMEROS, según las consideraciones que el Tribunal hizo en lugar, es esta la porción cuantitativa de su reclamo llamada a prosperar.

La condena por daño emergente debe ser entonces contraída por el Tribunal a la suma de \$ 283'671.546.

4.3.3. El análisis de la pretensión de condena por daños supuestamente sufridos por la parte actora en concepto de lucro cesante puso de presente la imposibilidad de acogimiento de ella en la forma propuesta en el subnumeral 6.2 de la SEXTA petición de la demanda. Como se dijo, en resumen, al Tribunal no le fue demostrada la evidencia de una “... *ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.*” (artículo 1614 del Código Civil), ni, consecuentemente fue posible cuantificar un perjuicio de esta clase derivado, conforme a la postulación del actor, del hecho de no haber dispuesto oportunamente del pago de las obligaciones existentes a su favor.

De la improperidad de la pretensión de condena al resarcimiento de daño por lucro cesante así formulada como pretensión principal no se sigue, empero, la de la pretensión subsidiaria formulada como pretensión SÉPTIMA que solicita la actualización monetaria de la posible condena por daño emergente. Como tal esta exigencia es propia del reconocimiento del derecho a ser indemnizado mediante el pago de sumas de dinero, dado que con la indexación solo se pretende conservar o restablecer el valor de la obligación deteriorado por la pérdida de poder adquisitivo, o, según la expresión utilizada por un reconocido tratadista colombiano, “... con ella se trata simplemente de poner a la víctima en las mismas condiciones en que se hallaba antes de ocurrir el incumplimiento o la acción lesiva del demandado...” [\(114\)](#)

Acoge entonces el Tribunal la solicitud de complementar la condena por daño emergente con el monto necesario para restablecer, en términos de poder adquisitivo actual, el valor de la obligación resarcitoria deducida en este fallo a cargo de la demandada LLOYDS TRUST a la fecha de ocurrencia de daño, 18 de abril de 1998.

Tomando como factor la relación entre Índices de Precios al Consumidor (IPC) existente en dicha fecha y el registrado en enero último (1,455182) la pérdida de poder adquisitivo del monto de la indemnización establecida en favor de MONÓMEROS en cuantía de \$283.671.546 asciende a la cifra de \$ 129.122.206.

## **V. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA SOCIEDAD CONVOCADA**

De conformidad con las consideraciones previas realizadas, en las cuales han quedado consignados los elementos pertinentes para sustentar el pronunciamiento que a continuación se hará sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, el Tribunal procede a despacharlas así:

### **1. EXCEPCIONES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA**

Propone LLOYDS TRUST como primeras defensas en la contestación a la solicitud de convocatoria arbitral, las que denomina así: CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FIDUCIARIAS EN FORMA DILIGENTE Y PROFESIONAL, INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA AL FIDUCIARIO e INEXISTENCIA. DE DEMORA EN LA EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA (visibles a folio 60 del Cuaderno Principal N° 1).

De su simple lectura se advierte que todas se encuentran dirigidas a sostener que la sociedad Fiduciaria observó durante el desarrollo del contrato objeto de la controversia que con este laudo se desata, las obligaciones que en ella radicaban. Es decir, que su conducta se ajustó a derecho y a lo estipulado por las partes en el tantas veces mencionado contrato.

Con sustento en las consideraciones precedentes el Tribunal llegó al convencimiento de que la sociedad convocada, LLOYDS TRUST S.A. incumplió varias de las obligaciones a su cargo. Particularmente, la Fiduciaria incumplió el deber que le imponía el contrato de ejecutar diligentemente las gestiones necesarias tendientes a vender los bienes fideicomitidos, así como la obligación consistente en el ofrecimiento y perfeccionamiento de la dación en pago de dichos inmuebles a favor de MONÓMEROS.

Por ello el Tribunal las declarará en la parte resolutive del laudo como no probadas.

### **2. CUARTA EXCEPCIÓN.**

El Tribunal desechará la que denomina la sociedad Fiduciaria como APROBACIÓN DE LA GESTIÓN DE LA FIDUCIARIA POR PARTE DE LA SOCIEDAD CONVOCANTE (visible a folios 61 y 62 del Cuaderno Principal N° 1), toda vez que, como quedó explicado en forma detallada en el acápite pertinente, la aprobación a que hace referencia la convocada no existe, siendo así que, el comportamiento de MONÓMEROS al respecto no genera efectos liberatorios o exoneratorios para el Fiduciario.

### **3. QUINTA EXCEPCIÓN.**

Se denomina LIBERACIÓN DE LA FIDUCIARIA Y/O IMPROCEDENCIA. DE LAS PRETENSIONES POR VIRTUD DE LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTENIDA EN EL ACUERDO CONCORDATARIO (visible a folio 62 y 63 del Cuaderno Principal N° 1).

Considera el Tribunal que la cláusula incluida en el Acuerdo Concordatario de las sociedades PROCAMPO, PROAGRO y QUIMOR, que exonera de responsabilidad a la Fiduciaria y respecto de la cual MONÓMEROS manifestó su discrepancia, no es oponible a la sociedad convocante cuanto basta recalcar que una determinación de tal naturaleza no puede adoptarse contra la voluntad del afectado.

Se declarará no probada.

### **4. SEXTA EXCEPCIÓN.**

Considera el Tribunal que la excepción que denomina la sociedad convocada como INEXISTENCIA. DEL DAÑO ALEGADO POR LA DEMANDANTE prosperará parcialmente, por cuanto se accederá a condenar a la convocada a la reparación del daño emergente, de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva, las cuales difieren en su alcance y cuantía de las planteadas por el actor, así como el resarcimiento del lucro cesante en la forma planteada en la pretensión séptima de la demanda y no en el numeral 6.1 de la misma.

## 5. SÉPTIMA EXCEPCIÓN.

Visible a folio 63 del Cuaderno Principal N° 1: INEXISTENCIA. DEL VÍNCULO CAUSAL ENTRE LA CONDUCTA DE LA FIDUCIARIA Y EL SUPUESTO DAÑO SUFRIDO POR EL CONVOCANTE.

El Tribunal llegó a la conclusión, razonada anteriormente, de que sí existía vínculo causal entre el incumplimiento de los deberes del Fiduciario y el daño cuya reparación se ordena en este laudo. Por ello se declarará no probada.

## 6. OCTAVA EXCEPCIÓN.

No encuentra el Tribunal fundamento alguno para dar por probadas excepciones adicionales a las planteadas específicamente por la parte demandada.

Por lo anterior la llamada excepción genérica formulada por el demandado no está llamada a prosperar.

## VI. OBJECIONES DE LOS DICTÁMENES PERICIALES

Habida cuenta de que dentro del proceso se presentaron dos dictámenes periciales, los cuales fueron objetados por error grave, en varios apartes, por el señor apoderado de la parte convocada, el Tribunal considera pertinente hacer algunas reflexiones generales sobre dicho error, para luego analizar las objeciones presentadas.

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 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...**”* (subrayado fuera del texto).

Del texto legal se desprende que la objeción a un dictamen implica la coexistencia de dos factores que se deben presentar conjuntamente, los cuales son: - que exista **error**; y – que dicho error sea **grave** y de estirpe **fáctica**, pues no procede invocar errores jurídicos o de estirpe legal. Entonces para determinar la existencia del error se deben comparar indefectiblemente el acto que se considere erróneo y la realidad, pero no basta lo anterior por cuanto, si existiere el error, este debe ser grave, de bulto, de importancia, manifiesto y por supuesto de trascendencia.

En efecto, el error que se le endilgue a un experticio debe ser de tal magnitud que haga evidente que el dictamen tiene fundamentos equívocos, que deriven en conclusiones falsas o conceptos errados sobre la materia objeto de la prueba. No puede considerarse como error ostensible para que el dictamen devenga en dichas conclusiones o conceptos, la discrepancia de las partes del proceso en relación con la metodología utilizada por los peritos o a sus conceptos, elementos que le corresponde analizar de manera exclusiva al fallador.

En efecto el error, como lo ha señalado la Corte en diferentes oportunidades, consiste en la disconformidad entre la inteligencia y la verdad, pues para que se configure un error, debe originarse en una falsa creencia, es decir si ocurre que tal creencia no correspondió a la realidad (entre otras, Sentencia de la Sala Civil, de fecha 2 de diciembre de 1942).

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...”. De allí que las tachas por error grave a que se refiere el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, “no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. 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” (G.J., Tomo LXXXV, pág. 604, consideraciones que la propia Corte Suprema, Sala Civil, reprodujo en auto de 8 de septiembre de 1993).*

Vemos como el error grave puede recaer en la metodología utilizada por los peritos para su estudio y también sobre las conclusiones del experticio, bien porque incidan en estas o porque se originen en ellas.

En el citado auto de 8 de septiembre de 1993 también dijo la Corte lo siguiente, que el Tribunal considera pertinente transcribir:

*“... los peritos (...) son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego, que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (art. 241 del Código de Procedimiento Civil) sino que la tiene apenas ilustrativa, habida cuenta que el cometido a cargo de dichos expertos es el de guiar con competencia y lealtad el criterio de la justicia, no así el de imponerle ciegamente sus opiniones bajo el supuesto, a todas luces equivocado, de que los órganos jurisdiccionales son por entero incapaces de profesar puntos de vista fundados sobre materias comúnmente consideradas como sometidas a necesario peritaje por el grado de complejidad que les es característico. (...) cuando de por medio obran cuestiones que siendo inherentes a un determinado proceso e influyentes así mismo en la respectiva decisión por adoptarse, exigen especial versación en alguna ciencia, técnica o arte, la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J., tomo LXVII, pág. 161) y esa ayuda puede darse de distintas maneras pues obedece a un objetivo de notable amplitud cual es el de permitirle agudizar el alcance de sus propios sentidos ante realidades concretas para cuya correcta apreciación se requieren mayores conocimientos que los que entran en el caudal de una cultura general media que, por supuesto se tiene, es la que corresponde a la preparación jurídica ordinaria de los magistrados, predicándose entonces de la pericia que su función es semejante a la de un cristal de aumento que agranda los objetos, puesto a disposición del juzgador por un experto en su manejo y por ende auxiliar en el oficio judicial, para que a aquel le sea posible examinar con propiedad las que son verdaderas pruebas, o por mejor decirlo, los hechos a través de ellas acreditados, cuando valiéndose de su personal saber no pueda percibirlos o comprenderlos a cabalidad.*

*“...la prueba por peritos en el proceso civil muestra una doble fase que aquí importa subrayar y que, además, ha permitido clasificar en dos grandes categorías los experticios según que el sentido preponderante del trabajo a cargo del perito sea el de llevar al juez la materia sobre la cual debe operar o el de señalarle los instrumentos idóneos para hacerlo. En la primera hipótesis se trata, en esencia, de comprobar hechos, sus causas o sus efectos, que requieran conocimientos científicos, artísticos o técnicos que superen el nivel medio de cultura general atribuible al común de los jueces, mientras que en la segunda su orientación característica es distinta; en esta, mediante el dictamen, se aportan reglas propias de la experiencia especializada de los peritos para aplicarlas a un determinado supuesto fáctico establecido en el proceso por cualquiera otro de los medios de prueba de recibo, contribuyendo así a formar la certeza del juez e ilustrándolo para que comprenda mejor ese supuesto y pueda deducir con exactitud las causas, las calidades, las consecuencias y los valores que se investigan, cosa que precisamente acontece, valga señalarlo, cuando la colaboración pericial se hace indispensable para verificar la existencia o fijar la cuantía de perjuicios patrimoniales ya ocasionados o que en el futuro se produzcan, en razón de circunstancias acreditadas de antemano y del modo debido en el curso de la misma actuación.*

*“En estos casos de la segunda clase, entonces, los peritos, más que instrumentos de percepción, lo son de*

*deducción y su tarea fundamental es por lo tanto la de proporcionar sus luces, su ilustración, su pericia práctica y en general, su auxilio cognoscitivo al órgano judicial en relación con los datos que son materia de controversia, lo que no permite descartar en manera alguna que peritajes de esta naturaleza puedan utilizarlos dichos órganos para consulta técnica complementaria y así cerciorarse, para beneficio de la administración de justicia naturalmente, de la exactitud del entendimiento que personalmente tengan acerca de aquellas reglas o máximas especializadas que no están obligados a dominar pero que, sin embargo, tampoco les son del todo desconocidas y las juzgan necesarias para tomar la correspondiente decisión.*

*“Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave concierne, uno de los factores que no puede perderse de vista para definir su procedencia es la modalidad de consultoría pericial que en dicho experticio se pone de manifiesto (...).*

*“En efecto, si (...) la contribución técnica pedida a los expertos fue la de efectuar directamente y de acuerdo con bases tentativas (...) la muestra de la eventual liquidación del importe de un daño patrimonial apoyada en la valoración razonada de circunstancias fácticas emergentes de la instrucción probatoria a las que, más que percibir en su objetividad, corresponde apreciar según procedimientos experimentales de tasación respecto de cuya operación se supone los peritos son profundos conocedores, resulta en verdad disonante con el concepto normativo de la objeción por error grave el pretender, ante el trabajo realizado, descalificarlo porque en opinión del litigante interesado, aquellas bases señaladas por el juez para ser tenidas en cuenta, carecen por completo de legitimidad jurídica y por consiguiente le abren paso a la que se dice es “... una objeción de puro derecho...””* (Revista “JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA”, Tomo XII, N° 263, Noviembre de 1993, pág. 1071).

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las observaciones realizadas a cada uno de los experticios, así:

## **1. PRIMER DICTAMEN PERICIAL.**

En memorial presentado el 12 de septiembre de 2002, el apoderado de LLOYDS TRUST objetó por error grave el primer experticio rendido por las señoras peritos, a instancia de la sociedad convocante, respecto de las respuestas a las preguntas números uno, dos, cuatro, cinco, siete, ocho, nueve y diez (1, 2, 4, 5, 7, 8, 9 y 10). Las argumentaciones presentadas por el apoderado de la convocada fueron oportunamente contestadas por la parte convocante.

### **1.1. Con relación a la primera glosa** (visible a folios 363 y 364 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

El objetante considera que existe error grave toda vez que en el cálculo realizado por las peritos, correspondiente a la diferencia del valor de activos menos pasivos, tuvieron en cuenta, para la determinación de los primeros, el denominado margen de garantía (83%) establecido en la cláusula Séptima del contrato, y no el valor total de dichos activos.

En criterio del Tribunal no se trata de un error del dictamen pericial, sino del contraste de dos conceptos diferentes, uno el cupo garantizable y otro el valor propiamente de la garantía. El Tribunal tiene bien claro que son dos conceptos diversos, ambos ciertos por demás.

### **1.2. Con relación a la segunda glosa** (visible a folio 364 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Esta segunda glosa consiste en que las peritos por medio de pruebas indirectas y no de su propio trabajo sobre la materia, como lo señala el objetante, concluyeron que el término razonable para obtener un avalúo sobre bienes como los que fueron transferidos por PROAGRO a FIDUANGLO, es de veinte (20) a treinta (30) días.

Las peritos fueron designadas por su experiencia contable y financiera, pero aún así se les formuló la pregunta en cuestión que procedieron a contestar, con base en antecedentes escritos de la propia Fiduciaria. Además, advierte el Tribunal que el objetante pone en tela de juicio la metodología o los soportes que las peritos tuvieron en cuenta para contestar la pregunta a ellas formulada, pero no demostró que dicha respuesta sea errada.

### **1.3. Con relación a la tercera glosa** (visible a folios 364 y 365 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Hay dos aspectos que indica el objetante como constitutivos de error grave. Respecto del primero, relativo al cálculo del lucro cesante, hay que señalar que la convocada manifiesta expresamente que los cálculos que contiene el dictamen son correctos, pero que no es mediante la determinación de los rendimientos con base en el DTF, como se debe demostrar este perjuicio; así mismo, manifiesta la convocada que corresponde a la parte actora acreditar fehacientemente lo que alega.

Como puede observarse esta crítica no tiene referencia con el dictamen pericial sino con aspectos atinentes a la carga de la prueba, particularmente con la demostración de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, luego no procede la objeción.

En cuanto al segundo aspecto, cabe señalar que en las preguntas formuladas por la convocante en su escrito de solicitud de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial, fijó puntualmente las bases para el cálculo que se debía hacer en el experticio, entre ellas la del capital, cuyo monto indicó en mil doscientos cuarenta un millones trescientos veintisiete mil setecientos cuarenta y ocho pesos (\$ 1.241.327.748), cantidad esta sobre la cual las peritos hicieron los cálculos correspondientes a los intereses de mora. No se trata pues de un error sino de la elaboración del dictamen en la forma solicitada.

Con todo, el Tribunal señala que para los efectos de las decisiones que se adoptan en este laudo, se llevó a cabo la reliquidación de los intereses de mora, sin incluir ninguna capitalización de intereses de plazo, ni moratorios.

#### **1.4. Con relación a la cuarta glosa** (visible a folios 365 y 366 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Señala el objetante que las peritos, al referirse al valor probable de realización de los bienes que serían transferidos a FIDUCOLOMBIA, para la cancelación de diversas acreencias concordararias, solo tuvieron en cuenta “los inmuebles que hacen parte del fideicomiso Proagro – Buga, sin reparar en que el patrimonio autónomo con cargo al cual se van a pagar las acreencias de Monómeros va a recibir muchos otros bienes”. Así mismo señala el objetante, que las peritos tuvieron en cuenta el valor del último avalúo disponible de dichos bienes.

Al respecto el Tribunal advierte que para dar respuesta a la pregunta inicial, las peritos se refirieron a los inmuebles que conformaban el patrimonio autónomo Proagro – Buga, que es el que directamente atañe a este proceso, señalando para cada inmueble el valor tomado del Acuerdo concordatario entre PROAGRO y sus acreedores, de lo que se infiere la inexistencia de un error y mucho menos grave.

De otra parte, en desarrollo de las inquietudes planteadas en el escrito de solicitud de aclaraciones y complementaciones, las peritos hicieron una relación de bienes que serían transferidos a un nuevo patrimonio autónomo cuya gestión correspondería a FIDUCOLOMBIA. En esta ocasión no señalaron el valor de tales inmuebles. Es del caso subrayar que en la pregunta se pide a las peritos calcular el valor probable de realización de los bienes.

Toda vez que el Tribunal concuerda con el objetante en el sentido de que las peritos no son expertas en propiedad raíz, no era del caso que hicieran un avalúo de futuro para los inmuebles en cuestión. Dado que las peritos guardaron silencio respecto de la valoración solicitada, no puede hablarse de error.

#### **1.5. Con relación a la quinta glosa** (visible a folio 366 del Cuaderno del Dictamen Pericial No. 1).

Señala el objetante que las peritos “*al liquidar el costo de oportunidad a la fecha de la suma adeudada por capital e intereses al 31 de agosto de 1998, “sobre la base de un activo financiero de características semejantes al crédito otorgado por Monómeros a Procampo” procedieron a liquidar intereses de mora sobre los saldos de las facturas impagadas hasta el 4 de septiembre de 2002*”, lo cual constituye error grave en su sentir “*pues es evidente que los intereses de mora no corresponden al costo de oportunidad de la suma adeudada al demandante...*”.

En cuanto a esta objeción, el Tribunal subraya que las peritos se limitaron a efectuar el cálculo que en la pregunta correspondiente se les exigía, para el cual se señalaron las bases específicas sobre las que se debía desarrollar.

Debe también indicarse que los planteamientos del objetante constituyen, simplemente, un criterio diferente del observado en el trabajo pericial, siendo entendido que las diferencias de opiniones en cuanto a nociones técnicas o

metodológicas, no constituyen error imputable al experticio.

Finalmente la objeción también contiene un elemento jurídico, relativo a la carga de la prueba del perjuicio, materia que es ajena al dictamen.

**1.6. Con relación a la sexta glosa** (visible a folios 366 y 367 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Sostiene el objetante que la comparación de las cifras obtenidas por las peritos, correspondientes al valor probable de realización de los bienes del fideicomiso, y el costo de oportunidad de la suma adeudada por capital e intereses al 31 de agosto de 1998, ambas cifras por él objetadas, trae como consecuencia el yerro que denuncia en este literal *“pues aquí se ha realizado una comparación de las cifras inexactas obtenidas al responder las preguntas a las que se ha hecho alusión y no se ha tenido en cuenta las propias opiniones de las peritos sobre el valor intrínseco o real de los derechos fiduciarios que Monómeros recibiría”*.

Respecto a este punto el Tribunal reitera que la pregunta versaba sobre la valoración futura de bienes inmuebles, materia ajena a las peritos, quienes no incurrieron en error, toda vez que se abstuvieron de hacer las predicciones solicitadas.

**1.7. Con relación a la séptima glosa** (visible a folio 367 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Considera el objetante que constituye error grave que las peritos hubiesen concluido que si la dación se hubiera realizado el 31 de agosto de 1998, MONÓMEROS habría obtenido bienes por valor de \$ 1.814.103.067, cifra que se refiere al porcentaje de participación de la convocante en el fideicomiso, y no la suma que PROCAMPO adeudaba para esa fecha por capital e intereses (\$ 1.241.327.748).

El Tribunal observa que en el dictamen pericial, a través de una regla de tres, se estableció cuál era la participación porcentual de MONÓMEROS en el total de las acreencias de los Acreedores garantizados y ese porcentaje se le aplicó al monto del avalúo de los bienes fideicomitados. Este ejercicio, a juicio del Tribunal, es el que se desprende de la petición de la parte convocante, como podría deducirse de su texto, en el cual se señala: *“... indicar el valor que MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) habría recibido si FIDUANGLO hubiera efectuado la dación en pago prevista en la cláusula vigésimo séptima del contrato de fiducia de garantía base de este proceso, con base en el avalúo actualizado de los bienes fideicomitados elaborado por el perito evaluador Edgar Erazo en octubre de 1997. Para el efecto las peritos tendrán en cuenta el valor de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso PROAGRO-FIDUANGLO, por capital e intereses al corte del 31 de agosto de 1998”* (visible a folio 123 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Como se desprende de lo anterior, las peritos se limitaron a calcular el valor solicitado en la forma pedida.

**1.8. Con relación a la octava glosa** (visible a folio 367 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 1).

Sostiene el objetante que es errada la conclusión a que llegan las peritos, en el sentido de afirmar que MONÓMEROS recibiría como consecuencia de la dación en pago de derechos fiduciarios, el valor de \$ 1.241.327.748, suma correspondiente a capital, toda vez que dicha suma abarca también intereses de plazo.

Adicionalmente considera error de naturaleza grave que dicho valor nominal *“podría tener un valor intrínseco superior y que dicha entidad (Monómeros) podría recibir en dinero o en activos una suma mayor... En esa medida no es cierto y constituye un error grave, que Monómeros solo recibiría activos por valor de \$ 1.241.327.748”*.

El Tribunal no percibe error imputable a las peritos, en la apreciación como crédito por capital de la obligación reconocida en favor de MONÓMEROS por la suma de \$ 1.241.327.748 dentro del Acuerdo Concordatario celebrado por PROAGRO, PROCAMPO y QUIMOR con sus acreedores, toda vez que el crédito y su cuantía fueron tomados con tal carácter en dicho convenio. Al disponerlo así, este concuerda con la forma en que fue presentado el crédito a los diversos concursos. Tal yerro no es entonces responsabilidad de las peritos. Adicionalmente, conviene tener presente que, advertido como fue en el debate sobre el peritazgo, el Tribunal tuvo oportunidad de formular sus consideraciones en torno al valor efectivo de dicho crédito, cuantas veces fue menester tomarlo en cuenta, descomponiendo su monto en los distintos factores que incluye.

Tampoco constituye error del experticio su afirmación implícita de que toda suma que llegue a recibir **MONÓMEROS** en la liquidación de derechos fiduciarios dentro del **FIDEICOMISO PAGOS PROCAMPO** estará vinculada al pago del crédito por capital que le fue aceptado en el concordato. Ello porque según los términos del Acuerdo respectivo el reconocimiento que en él se le hizo expresamente se refiere solo el capital de la deuda tomada en consideración dentro de las deliberaciones. Nuevamente el error que pueda registrarse en el planteamiento proviene de las fuentes informativas que forzosamente tuvieron que ser consultadas para la elaboración del dictamen.

## **2. SEGUNDO DICTAMEN PERICIAL.**

Se endilga como constitutivo de error grave de la pericia, la circunstancia de haber aplicado las tasas de interés moratorio, en cada período mensual, a las cifras correspondientes al capital del crédito, sumado a la de los intereses del periodo inmediatamente anterior, de lo cual – a juicio del objetante – resulta la aplicación efectiva de una tasa superior a la considerada de manera nominal (memorial visible a folios 185 a 189 del Cuaderno del Dictamen Pericial N° 2).

El Tribunal estima que, en verdad, la pericia se contrajo a atender la pregunta ordenada en el documento pertinente de preguntas, al propio tiempo que advierte que, en rigor, se trata de diferentes apreciaciones sobre hechos y cifras; no obstante lo cual, para efectos de las condenas que contiene este laudo, el Tribunal procedió a hacer los cálculos pertinentes sobre la materia, con sujeción a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, el Tribunal precisa que no observa repercusión en las decisiones que adopta respecto de la materia litigiosa, en relación con el error grave formulado por el objetante.

## **VII. COSTAS**

Debe el Tribunal, en desarrollo de las normas legales aplicables al presente trámite, particularmente el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por Decreto 2282 de 1989, pronunciarse sobre la solicitud de la parte convocante contenida en la última pretensión propuesta en la solicitud de convocatoria arbitral, consistente en la condena en costas.

En virtud de que las pretensiones propuestas por la sociedad actora prosperaron solo parcialmente y algunas de las excepciones de fondo presentadas por la convocada fueron probadas, unas y otras de igual importancia cualitativa, el Tribunal se abstiene de condenar en costas tal y como lo faculta la ley en el numeral 5° del artículo antes citado: *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas...”*.

## **CAPÍTULO III**

### **PARTE RESOLUTIVA**

Con fundamento en las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** y la sociedad **LLOYDS TRUST S.A.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** De conformidad con la PRIMERA PRETENSIÓN de la solicitud de convocatoria arbitral, declarar que existe y es eficaz el Certificado de Garantía Fiduciaria identificado con el número cero uno (01), de fecha 1° de marzo de 1996, expedido por **LLOYDS TRUST S.A.** (antes FIDUANGLO) a favor de **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)**, en desarrollo del contrato de fiducia mercantil de garantía denominado FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO.

**SEGUNDO:** Acoger favorablemente las PRETENSIONES SEGUNDA y TERCERA de la demanda, en el sentido de declarar que **LLOYDS TRUST S.A.** obró de manera negligente e imprudente en el manejo del fideicomiso mercantil denominado FIDEICOMISO DE GARANTÍA PROAGRO – FIDUANGLO e incumplió el contrato, al no haber realizado diligentemente las gestiones tendientes a la venta de los bienes fideicomitidos y al no haberlos

ofrecido en tiempo y perfeccionado la dación en pago, en favor de **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)**.

**TERCERO:** Declarar que no procede la CUARTA PRETENSIÓN contenida en la solicitud de convocatoria arbitral, por tratarse de una pretensión alternativa de la segunda y la tercera, las cuales prosperan como se indicó en el numeral inmediatamente anterior.

**CUARTO:** De conformidad con la PRETENSIÓN QUINTA de la solicitud de convocatoria arbitral y por haber prosperado las pretensiones segunda y tercera contenidas en la misma, declarar que **LLOYDS TRUST S.A.** es civilmente responsable por los perjuicios económicos que irrogó a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** como consecuencia de dichos incumplimientos.

**QUINTO:** Como resarcimiento del daño cuya reparación pretenden las solicitudes SEIS PUNTO UNO (6.1) y SÉPTIMA de la demanda, y de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva, condenar a **LLOYDS TRUST S.A.** a pagar a **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA)** la suma de CUATROCIENTOS DOCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$ 412.793.752). La cifra anterior comprende la actualización de la indemnización por daño emergente, deprecada en la pretensión séptima de la solicitud de convocatoria arbitral.

**SEXTO:** Por las razones dichas en la parte motiva, desestimar la PRETENSIÓN formulada bajo el NUMERAL SEIS PUNTO DOS (6.2.), en cuyo lugar se acogió la pretensión subsidiaria de ella, numerada como Séptima en la solicitud de convocatoria arbitral.

**SÉPTIMO:** Declarar que se acoge parcialmente, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva, la excepción denominada INEXISTENCIA. DEL DAÑO ALEGADO POR LA DEMANDANTE, propuesta por la sociedad convocada.

**OCTAVO:** Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por la sociedad convocada.

**NOVENO:** Declarar no probadas las objeciones por error grave, formuladas contra los dos dictámenes periciales, por **LLOYDS TRUST S.A.**

**DÉCIMO:** Abstenerse de condenar al pago de costas y agencias en derecho en razón de la prosperidad parcial de las pretensiones y excepciones.

**DÉCIMO PRIMERO:** Ordenar que por secretaría se expida copia auténtica de este laudo a cada una de las partes.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Ordenar que, en su oportunidad, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá y que se devuelva las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. Si no fueren suficientes los provistos, las parte convocante y convocada deberán pagarlos en proporciones iguales al Tribunal.

La anterior decisión quedó notificada en estrados.

Se deja constancia que la Secretaria hizo entrega de copia auténtica a cada una de las partes, con las constancias de ley.

*Los árbitros,*

*Jorge Suescún Melo Presidente—Alejandro Venegas Franco—Julio Hernando Yepes Arcila.*

*La secretaria, Sonia Jimena Rojas Lara.*

---