

Laudo Arbitral

Sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, en liquidación

v.

Compañía Urbanizadora López y Suárez Ltda.

Septiembre 24 de 2001

El tribunal de arbitramento (“tribunal”) constituido para dirimir, en derecho, las diferencias presentadas entre la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, en liquidación, parte convocante, en adelante “Fidubancoop” o la “convocante”, y la Compañía Urbanizadora López y Suárez Ltda., parte convocada, en adelante “López y Suárez” o la “convocada”⁽¹⁾, profiere por unanimidad el presente laudo arbitral (“laudo”), por el cual se pone fin al proceso objeto de estas diligencias (“proceso”).

I. Desarrollo del proceso

A. Fase prearbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 30 de agosto de 1999 Fidubancoop presentó en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, (“centro de arbitraje”) un escrito que contenía la convocatoria arbitral (“demanda”) que dio origen al proceso⁽²⁾.

La demanda fue admitida mediante auto del 14 de septiembre del mismo año, proferido por la directora del centro de arbitraje⁽³⁾, y previo emplazamiento, el 24 de febrero de 2000 se notificó la misma a López y Suárez, por conducto de *curador ad litem*, cargo para el cual había sido designado el doctor Roberto Aguilar Díaz⁽⁴⁾.

2. El 28 de febrero de 2000, estando en la oportunidad legal para ello, el *curador ad litem* interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual se le designó como tal, fundamentado en que, de una parte, el informe del notificador no era claro y, de la otra, en que la diligencia no se había intentado sino en una de las dos direcciones que fueron registradas en la demanda. Por tal razón, solicitó surtir la notificación a la convocada en la restante dirección⁽⁵⁾.

3. Adicionalmente, el *curador ad litem* dio oportuna contestación a la demanda mediante escrito del 9 de marzo de 2000⁽⁶⁾.

4. El 8 de mayo de 2000, el doctor Jairo López Morales, actuando en calidad de apoderado judicial de López y Suárez, solicitó declarar la nulidad de todo lo actuado aduciendo falta de competencia⁽⁷⁾.

5. Mediante auto de 22 de mayo de 2001 el centro de arbitraje, sin perjuicio de lo que posteriormente determinara el tribunal, se abstuvo de resolver el recurso de reposición interpuesto por el *curador ad litem* de López y Suárez y reconoció personería al doctor López Morales como apoderado de la convocada⁽⁸⁾.

6. Para llevar a cabo la audiencia de conciliación propia de la etapa prearbitral, por auto del 13 de junio de 2000 el centro de arbitraje señaló la hora de las 9:30 a.m. del 7 de julio del mismo año⁽⁹⁾.

En tal fecha y hora, y bajo la coordinación de la doctora Zulma Yolima Cárdenas Gómez, se inició la audiencia⁽¹⁰⁾, la cual fue suspendida de común acuerdo por las partes en varias ocasiones, finalizando el 29 de septiembre siguiente, fecha en la que quedó clara la imposibilidad de alcanzar un acuerdo⁽¹¹⁾.

Atendiendo lo anterior, es decir, que la etapa de conciliación fue surtida en este proceso por el centro de arbitraje, el tribunal, por considerar cumplido el requisito legal y habida cuenta que el propósito de la audiencia de conciliación es buscar un acercamiento efectivo entre los interesados (cuya imposibilidad fue patente en este caso) y no agotar un formalismo, se abstuvo de realizar una nueva audiencia con esa finalidad.

7. Mediante sorteo público realizado el 10 de octubre de 2000, la junta directiva de la Cámara de Comercio de

Bogotá designó como miembros del tribunal a los doctores Miguel Camacho Olarte, Nicolás Gamboa Morales y Camilo González Chaparro⁽¹²⁾.

Una vez les fue notificada su designación, los tres árbitros manifestaron, por escrito y en forma oportuna, que aceptaban la misma⁽¹³⁾.

8. Por auto del 24 de octubre de 2000 el centro de arbitraje señaló como fecha para la audiencia de instalación del tribunal el 2 de noviembre siguiente a las 3:00 p.m.⁽¹⁴⁾.

En dicha audiencia se profirió el auto 1, en el cual se fijaron los gastos del proceso y los honorarios de los integrantes del tribunal. Así mismo, se designó como presidente al doctor Nicolás Gamboa Morales y como secretario al doctor Antonio Pabón Santander⁽¹⁵⁾.

El secretario tomó posesión ante el presidente del tribunal el 12 de diciembre de 2000⁽¹⁶⁾.

9. Fidubancoop canceló oportunamente las sumas que le correspondían para cubrir su cuota de los gastos y honorarios del proceso y, dentro del término previsto en la ley, pagó las sumas correspondientes a López y Suárez.

B. Trámite arbitral

1. Se inició con el auto 2 proferido el 30 de enero de 2001, en el cual, una vez que el presidente del tribunal informó sobre la oportuna cancelación de los gastos y honorarios del proceso, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el *curador ad litem* de López y Suárez el 28 de febrero anterior. Así, se repuso el auto recurrido, se invalidó toda la actuación adelantada por las partes con posterioridad al auto admisorio de la demanda y se ordenó intentar una nueva notificación personal de tal providencia en las direcciones registradas en la demanda⁽¹⁷⁾.

2. El 28 de febrero de 2001 por secretaría se notificó personalmente al señor Moisés López, representante legal de López y Suárez⁽¹⁸⁾.

El 13 de marzo siguiente, mediante apoderado judicial, la convocada dio contestación oportuna a la demanda⁽¹⁹⁾, (“contestación”), de la cual se corrió traslado a Fidubancoop mediante fijación en lista del 23 de marzo de 2001⁽²⁰⁾.

3. El 30 de marzo de 2001 la convocante descorrió el traslado de la defensa propuesta por López y Suárez.

4. Mediante auto 3 del 30 de marzo de 2001⁽²¹⁾ se fijó fecha y hora para la primera audiencia de trámite, la cual comenzó el 9 de abril de 2001, y se desarrolló así:

a) Primeramente, el tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales, por lo cual se declaró competente para conocer y decidir las diferencias materia del proceso⁽²²⁾.

b) Teniendo en cuenta que con anterioridad el doctor Felipe Rincón había presentado una solicitud de intervención de terceros “acreedores” y “beneficiarios” del fideicomiso afecto al proceso, el tribunal procedió a resolverla mediante auto 5⁽²³⁾, en el cual dispuso rechazar la solicitud respecto de los “acreedores” e inadmitirla respecto de los “beneficiarios”; igualmente reconoció personería al doctor Rincón y suspendió la audiencia hasta el 24 de abril de 2001 a las 5:00 p.m.;

c) Ese auto fue recurrido por la convocada y confirmado por el tribunal en todas sus partes mediante auto 6⁽²⁴⁾;

d) La continuación de la primera audiencia de trámite fue aplazada por auto 7⁽²⁵⁾ para el 3 de mayo de 2001 a las 11:30 a.m. y

e) En esa fecha, una vez verificado que el apoderado de los terceros intervinientes había presentado dos memoriales, el primero afirmando que daba cumplimiento al auto inadmisorio de su intervención⁽²⁶⁾ y el segundo formulando una solicitud de ilegalidad parcial del auto inadmisorio de la demanda⁽²⁷⁾ el tribunal profirió el auto 8⁽²⁸⁾ mediante el cual rechazó por extemporánea la solicitud de declaratoria de ilegalidad, declaró no subsanadas las deficiencias de la solicitud de intervención de terceros y ordenó la suspensión de la audiencia hasta el 9 de mayo de 2001 a las 4:30 p.m.

f) Ese auto fue recurrido por la convocada y por los terceros intervinientes⁽²⁹⁾.

g) El 9 de mayo continuó y finalizó la primera audiencia de trámite, en la cual se reformó el auto 8 recurrido, rechazando tanto la solicitud de ilegalidad del auto admisorio, como la solicitud de intervención de terceros⁽³⁰⁾. En esa misma oportunidad, y por auto 11, fueron decretadas las pruebas del proceso, accediéndose a la totalidad de las pedidas, a excepción de la inspección judicial solicitada por Fidubancoop, la cual fue remplazada por un dictamen pericial⁽³¹⁾.

5. Sobre la práctica de las pruebas cabe señalar que:

a) El 14 de mayo de 2001 tuvo lugar la posesión del perito designado por el tribunal;

b) El 14 de junio del mismo año se llevaron a cabo los interrogatorios de parte de los representantes legales de las partes;

c) El 23 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial, oportunamente presentado, el cual no fue materia de solicitud de aclaraciones ni objetado y

d) A su turno, el tribunal decretó la práctica de algunas pruebas de oficio, a cuyo efecto se practicaron interrogatorios a los representantes legales de las partes (ago. 15 y 16 y se recibieron los testimonios de los señores Jaime Ramiro Lesmes, Héctor Manuel Ángel Correa, Hernando Gámez Vega y Víctor Eduardo Londoño (ago. 27 y 28). Tanto el representante legal de la convocada como algunos de los anteriores testigos acompañaron documentos en apoyo de su dicho o se les requirió para que lo hicieran.

6. Así, pues, el trámite del proceso se desarrolló en diecinueve (19) sesiones, incluyendo la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron las pruebas solicitadas por las partes y las decretadas de oficio y se recibieron las alegaciones finales, que fueron expuestas en audiencia por los apoderados de las partes y resumidas mediante sendos escritos⁽³²⁾.

7. Por las anteriores razones, amén de que el tribunal se encuentra dentro del término señalado en la ley para proferir su decisión, no encuentra obstáculo procesal para proceder a ello.

II. Controversia

La síntesis de los hechos presentados por las partes es como sigue:

A. Demanda

1. López y Suárez, en calidad de fideicomitente, celebró con Fidubancoop el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria (el “contrato” o la “fiducia”)⁽³³⁾ contenido en la escritura pública 043 de 4 de enero de 1995 de la Notaría 37 de Bogotá. (“E.P. 043”).

2. El representante legal de la convocada celebró con terceros contratos de cesión de derechos y beneficios fiduciarios referentes al fideicomiso, e igualmente celebró contratos de cesión de acreencias a cargo del mismo, ninguno de los cuales reúne los requisitos de ley.

3. Referente a tales cesiones de derechos fiduciarios la (*) Superintendencia Bancaria ordenó inscribir como beneficiarios de la fiducia a los señores José Manuel Pyco y Jaime Ramiro Lesmes, a pesar de que según la convocada los documentos de cesión no estaban contenidos en escritura pública, siendo ello necesario por conllevar una permuta de bienes inmuebles.

4. López y Suárez no hizo entrega formal y material de la tenencia de los bienes fideicomitados a Fidubancoop.

5. López y Suárez tampoco saneó legalmente los inmuebles transferidos y que constituyeron el fideicomiso.

6. El 21 de julio de 1999 el registrador de instrumentos públicos de Bogotá zona sur expidió la Resolución 1265, mediante la cual, entre otros aspectos, se resolvió declarar como “falsa” la tradición de los bienes fideicomitados

por problemas anteriores a la constitución de la fiducia.

7. Dado lo anterior, así como la falta de viabilidad del proyecto materia del contrato y atendiendo el concepto jurídico emitido por un asesor externo de Fidubancoop, el comité fiduciario previsto en la convención decidió terminar el contrato en el mes de mayo de 1997.

8. Mediante escritura pública 4882 de 15 de diciembre de 1998 de la Notaría 25 de Bogotá se protocolizó el acta de asamblea de accionistas de Fidubancoop en la cual se acordó la disolución y liquidación de esa sociedad, razón adicional para terminar y liquidar el contrato.

9. Para efectos de liquidar el fideicomiso, se hace indispensable aclarar quiénes son los “beneficiarios” de los derechos fiduciarios y quiénes son los acreedores del mismo, lo cual no ha sido demostrado ni acreditado por los terceros que supuestamente gozan de esas calidades, ni por la convocada en su calidad de cedente de tales derechos.

10. A pesar de que la convocada conoció la decisión de terminación del contrato, realizó actos de cesión de derechos en forma irregular, lo cual “impide adelantar la liquidación respectiva”⁽³⁴⁾.

11. La no información por parte de López y Suárez de los porcentajes y derechos de terceros sobre el fideicomiso ha impedido la liquidación del mismo.

12. A pesar de lo anterior, Fidubancoop ha presentado a López y Suárez varios proyectos de minuta de terminación y liquidación del fideicomiso, los cuales han sido rechazados por esta última.

13. Adicionalmente, el Banco del Estado y los señores Saúl Vega y Víctor Eduardo Londoño adelantan ante juzgados de Bogotá procesos ejecutivos contra la convocada, en los cuales se ha solicitado el embargo de los remanentes fiduciarios.

14. Las actuaciones y el retardo de la convocada en suministrar la información, han generado perjuicios a Fidubancoop, los cuales deben ser resarcidos.

B. Contestación

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

En la respuesta a cada uno de esos hechos desarrolló los sustentos fácticos y jurídicos de su posición.

2. Igualmente empleó López y Suárez la contestación para oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

III. Asuntos sometidos a decisión del tribunal

Con apoyo en sus respectivos relatos de los hechos, las partes solicitaron lo que sigue:

1. Fidubancoop que se accediera a las siguientes declaraciones:

“2.1. Declarar que la demandada Compañía Urbanizadora López y Suárez Limitada, de las condiciones civiles conocidas, incumplió las obligaciones que le corresponden en calidad de constituyente dentro del contrato de fiducia mercantil irrevocable inmobiliaria frente a la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, según consta en la escritura pública 0043 del 4 de enero de 1995, suscrita en la Notaría 37 del círculo de Santafé de Bogotá, y que fue adicionada por los instrumentos 892 del 17 de febrero de 1995, 1530 del 15 de marzo de 1995 de la misma Notaría 37 de Santafé de Bogotá y la escritura pública 5576 del 22 de septiembre de 1995 de la Notaría Primera de este mismo círculo notarial.

2.2. Como consecuencia de la anterior declaración el honorable tribunal, se servirá resolver además:

2.2.1. Declarar la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable inmobiliaria, que constituyó el

patrimonio autónomo denominado Fiducoop - Urbanizadora López y Suárez Ltda.

2.2.2. Requerir a la constituyente para que imparta las órdenes previas a la liquidación del fideicomiso, sin que se causen perjuicios a los beneficiarios y terceros, cesionarios y/o adherentes del mismo, so pena de que el honorable tribunal las adopte,

2.2.3. Que la constituyente, sociedad Compañía Urbanizadora López y Suárez Limitada, proceda a suscribir el acta de terminación y liquidación del fideicomiso compañía urbanizadora López y Suárez y Fidubancoop en liquidación, dando finiquito a las cuentas existentes entre las partes de este proceso.

2.2.4. Que la sociedad Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, ha sufrido perjuicios por causa del incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, dentro del contrato de fiducia mercantil inmobiliario a que nos hemos referido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que serán liquidados de conformidad con el inciso final del artículo 307 del Código de Procedimiento Civil.

2.2.5. Ordenar que se libre oficio a los señores jueces 22 y 34 civiles del circuito de Santafé de Bogotá, para que tomen atenta nota en los procesos ejecutivo adelantado por el Banco de Estado contra la Sociedad Compañía Urbanizadora López y Suárez Ltda. y proceso ejecutivo de Saúl Vega y Víctor Londoño contra la Sociedad Compañía Constructora López y Suárez Ltda. respectivamente, acerca de las decisiones adoptadas por el honorable tribunal.

2.2.6. Condenar a la demandada a pagar las costas y gastos del proceso⁽³⁵⁾.

3. López y Suárez que se rechazara todo lo anterior y se condenara en costas a la convocante⁽³⁶⁾.

IV. Consideraciones del tribunal

A. Validez del contrato

1. Es regla general, por virtud del artículo 1742 del Código Civil (“C.C.”) (L. 50/36, art. 2º), que la nulidad absoluta de una convención debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, y ello exige de ordinario a los tribunales establecer si la convención que da origen a la controversia exhibe o no alguna causal de nulidad que, por manifiesta y absoluta, merezca declararse de oficio.

Aquel imperativo cobra aún mayor pertinencia, si cabe, cuando, como en el caso que nos ocupa, la convocante pretende la resolución del contrato por presunto incumplimiento de la convocada, como quiera que la validez del acuerdo de voluntades es materia de decisión judicial cuando se demanda en ejercicio de la acción resolutoria, según enseña la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁽³⁷⁾.

2. A ello debe agregarse que en este proceso, concurren alusiones a una presunta ilicitud del objeto del contrato⁽³⁸⁾ que, a la luz de las consideraciones antes expuestas, conducen a su ponderación así como a esclarecer si el pacto ostenta o no tal causal de nulidad absoluta, siendo de puntualizar que la posibilidad de pronunciamiento del tribunal sobre esta materia no se halla vedada con apoyo en el argumento de que la parte final del antedicho artículo 1742 impide el saneamiento de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos, pues si bien ello es así, no significa que la controversia deje de ser transigible y, por ende, no pueda someterse a arbitramento⁽³⁹⁾.

Así, pues, el concepto de posibilidad de transacción ha de analizarse en función de lo comprendido por el objeto del pacto arbitral (arbitrabilidad) y no de las alegaciones o defensas que se introduzcan con motivo de la controversia. Y ello es así, pues adoptar la posición contraria llevaría al absurdo, totalmente en contravía con el querer de las partes recogido en el pacto arbitral, de que la simple alegación o defensa de una nulidad absoluta por objeto o causa ilícita daría al traste con el arbitramento, creando una dicotomía imposible entre asuntos susceptibles de resolución por la vía arbitral y asuntos proscritos de ella, todo dentro de un mismo conflicto, sin dejar de mencionar la encrucijada que en tal hipótesis enfrentaría un Tribunal de Arbitramento cuando, merced al análisis que autoriza el artículo 1742 *in fine*, hallara una nulidad por objeto o causa ilícita, situación que siguiendo la posición que se comenta conduciría a cesar en sus funciones en etapa avanzada del trámite arbitral, para trasladarlas a la jurisdicción ordinaria, en nueva muestra de anarquía procesal, totalmente y completamente reñida

con la finalidad de los procesos que predica el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, “CPC”.

3. Así, entonces, partiendo de la premisa de que un Tribunal de Arbitramento puede válidamente analizar y pronunciarse sobre nulidades por objeto o causa ilícita, el tribunal observa que en su argumentación final el apoderado de la convocada señala “...que está demostrado que el argumento de la fiduciaria, Fidubancoop, para justificar la terminación del contrato de fiducia mercantil, es “su objeto ilícito”, es decir, su invalidez”⁽⁴⁰⁾ y agrega que sobre ello “ha dicho la jurisprudencia que cuando la acción resolutoria de un contrato tiene por objeto hacelo (sic) cesar (suspender, terminarlo, disolverlo), ella supone su perfeccionamiento y validez; carece de esta acción el demandante que reconoce ser nulo, imperfecto o ineficaz dicho contrato”⁽⁴¹⁾.

4. Frente a lo anterior, encuentra el tribunal que la liquidadora principal de la convocante, en su “Rendición de cuentas semestrales a junio 30 de 2001”, dirigida en julio 6 de 2001 al representante legal de la convocada, y que aparece anexa al dictamen pericial⁽⁴²⁾, anotó: “Igualmente se pudo verificar que el objeto del contrato fiduciario no se desarrolló, al existir un concepto de un experto en derecho inmobiliario sobre la ilicitud en su objeto”.

En el mismo sentido, se encuentra una minuta de terminación y liquidación del fideicomiso proveniente de la convocante, que también obra anexa al experticio⁽⁴³⁾, donde se indica (consideración séptima), como “causal de terminación”, que “... el objeto del contrato fiduciario no se desarrolló, al existir un concepto de un experto en derecho inmobiliario sobre la ilicitud en su objeto ...”.

Del concepto del experto a que se refieren dichos documentos da cuenta el acta 58 de la junta de directores de la convocante, (“acta 58”), correspondiente a su reunión de junio 25 de 1997⁽⁴⁴⁾ en la cual se informa que en esa fecha la directiva oyó la opinión que rindió el doctor Luis Ricardo Paredes Mansfield y tomó la decisión que se transcribe a continuación:

“... los directivos por unanimidad indicaron a la doctora Margarita Villa Ochoa, presidente de la fiduciaria, para que acogiera en su totalidad dicho concepto [el del doctor Paredes] y procediera a informar a la sociedad fideicomitente sobre esta decisión, así como para que le solicitara instrucciones para liquidar el contrato de fiducia y los mecanismos que se adoptarán frente a los terceros beneficiarios del fideicomiso”.

Sin embargo, el concepto que el órgano directivo de la convocante ordenó acoger a la administración de la entidad y que esta invoca, tal como se halla reproducido en lo pertinente dentro del numeral 10 del acta 58, titulado “objeto ilícito”, aunque aborda tal tema de ninguna manera la afirma sino que antes bien la descarta cuando expresa:

“De la revisión del objeto del contrato se encuentra que, si bien hay referencia al adelanto de programas de urbanización, construcción, loteo, ventas, escrituración y otros, todos típicos de actividades que requieren licencias de urbanización, construcción y permiso de ventas, no por ello se constituye en ilícito el objeto del contrato de fiducia. Tendrían objeto ilícito aquellos actos y contratos que desarrollaran estas actividades sin contar con las respectivas licencias o permisos” (énfasis añadido).

5. Queda entonces claro que, cuando la liquidadora de Fidubancoop invocó ocasionalmente la existencia de un concepto jurídico sobre la ilicitud del objeto contractual, acertó en cuanto a que sí existía una opinión de tal índole, que en parte versaba sobre tal tema, pero erró en torno al alcance mismo del concepto legal, pues, tal como se ha indicado previamente, el contenido de este, lejos de afirmar tal ilicitud, la negaba.

Por otra parte, cuando la convocante, en comunicación de julio 14 de 1997, dio a conocer a la convocada su voluntad de terminar el contrato no adujo en su sustento la ilicitud del objeto contractual sino circunstancias relativas a la imposibilidad legal y fáctica de desarrollarlo con arreglo a la § 15 del mismo, que se remonta a las causales legales de extinción del negocio fiduciario; de modo tal que viene a ser impreciso lo afirmado por el apoderado de la convocada en el alegato de López y Suárez en el sentido de ser la ilicitud del objeto contractual el móvil determinante de la decisión adoptada por su contraparte y, como se verá, aceptada por López y Suárez.

6. A la vez, del examen del contrato que compete al tribunal no resulta en forma ostensible, de manifiesto, como prescribe el artículo 1742 del Código Civil, la ilicitud del objeto ni ninguna otra causal de nulidad absoluta.

En particular, si bien hacen parte del derecho público de la Nación las normas que versan sobre la obligatoriedad

de las licencias de urbanismo y permisos de ventas para actividades de enajenación de inmuebles en planes de vivienda, el objeto del contrato no se hallaba concebido de manera que su ejecución necesariamente condujera a la infracción de tales normas, sino que quedaba a cargo de los obligados ejecutarlo con sujeción a ellas; por lo cual es preciso concluir que el objeto de la convención no cabe dentro de la hipótesis de conducta sancionada con nulidad por el artículo 1519 del Código Civil.

B. Alcance de la controversia sometida al tribunal. Incumplimiento de López y Suárez

1. Despejado por la negativa el tema de la nulidad del contrato que hubiera de ser declarada oficiosamente, procede ocuparse de la controversia propiamente dicha⁽⁴⁵⁾ a cuyo efecto el tribunal parte de señalar que una de las manifestaciones del “debido proceso” consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y, a su turno, uno de los deberes ineludibles del juez alude a la denominada “congruencia” de la sentencia, característica desarrollada en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en cuya virtud “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta”.

Lo anterior, que apunta a prevenir las decisiones conocidas como “*extra petita*” y “*ultra petita*”, tiene, además, la virtualidad de establecer una frontera de obligatoria observancia en el campo de acción del juzgador.

Desde luego la decisión del tribunal referente a este proceso no es ajena a lo anterior. Por ende, desde ya se impone advertir que la pretensión fundamental planteada por Fidubancoop se orienta a declarar el incumplimiento del contrato por parte de López y Suárez y como consecuencia de ello, decretar su terminación, con la correspondiente indemnización de perjuicios, ordenando, además, proceder a la liquidación del vínculo contractual.

2. De lo anterior fluye que el punto de partida impuesto al tribunal por las pretensiones de la demanda es indagar si hubo o no incumplimiento del contrato por parte de López y Suárez.

Si fuere negativa la respuesta habrá fracasado la pretensión básica de Fidubancoop y, naturalmente, habida cuenta de su subordinación, no procederá atender las peticiones consecuenciales.

La respuesta positiva, desde luego, implica el estudio de las pretensiones derivadas de la súplica básica.

3. Con el anterior marco de referencia y aplicando el artículo 37 del Código de Procedimiento Civil, en consonancia con el artículo 40 *ibídem* el tribunal procede a concretar la genérica expresión que trae la pretensión básica de la demanda de que López y Suárez “incumplió las obligaciones” que le imponía el contrato en lo relatado en las § 3.5 y 3.6 del capítulo de hechos, valga decir falta de entrega de la tenencia y posesión material de los bienes fideicomitidos así como de saneamiento de estos.

Fundamenta el tribunal la concreción antes detallada en la circunstancia de que ninguno de los restantes “hechos” relatados por Fidubancoop alude a incumplimientos de López y Suárez de agravio a la convocante⁽⁴⁶⁾, siendo de aclarar que los reparos de que tratan las § 3.16 y 3.17 no aluden realmente a yerros de López y Suárez relativos a la ejecución del contrato sino, por el contrario, a posibles desviaciones de compromisos afectos a la fase siguiente a la terminación de este (que es lo que se pide por incumplimiento de la convocada), valga decir al período de liquidación.

Por ende, pues, mal puede fundamentarse una terminación del contrato por incumplimiento de López y Suárez en omisiones propias de una fase de la relación contractual (liquidación), que solo cobra vigencia como resultado de la terminación.

Además, y como si el anterior raciocinio no fuera suficiente, el tribunal pone de presente que más que “incumplimientos” para con Fidubancoop, lo narrado en el “hecho” 3.16 apunta a “incumplimiento” de López y Suárez frente a los terceros allí aludidos.

4. Así las cosas, el tribunal examina a continuación el alegado incumplimiento de López y Suárez asociado con la falta de entrega de los bienes fideicomitidos y su no saneamiento, que pueda dar margen para declarar, como se pide, la terminación del contrato:

a) Los bienes materia del fideicomiso fueron trasladados a Fidubancoop así:

i. Los distinguidos con los folios de matrícula inmobiliaria 050-40113861 y 050-40113863 a través de la E.P. 043; y

ii. Los distinguidos con los folios de matrícula inmobiliaria 050-40113851, 050-40113859, 050-40113848, 050-40113849, 050-40113860 y 050-40113864 a través de la escritura pública N° 5576 de 22 de septiembre de 1995 de la Notaría Primera de Bogotá, que incrementó el fideicomiso.

b) A su turno, la entrega de los bienes objeto de la E.P. 043 se halla consignada en el acta de octubre 3, 1995, suscrita por representantes de las partes, que en lo pertinente reza:

“Una vez identificado el inmueble en sus especificaciones y linderos conforme a la escritura pública N° 00043 que lo transfirió en fiducia las partes manifestaron:

El fideicomitente que hace entrega real y material del mencionado inmueble y el fiduciario, que da por recibido los lotes teniendo en cuenta que existen invasores con los cuales se procederá a regularizar durante el desarrollo del fideicomiso”⁽⁴⁷⁾.

El acta en referencia, cuyo propósito explícito era dar cumplimiento a la § 18 del contrato, tuvo, además, la virtualidad de enervar la terminación del contrato allí estipulada, pues en aplicación de la teoría de los “actos propios” mal podría Fidubancoop invocar falta de entrega para activar la resolución “*ipso jure*”, cuando de una parte, el objeto de la diligencia fue, precisamente, atender la mencionada § 18 y, de otra parte, el representante legal de Fidubancoop suscribió el documento en los claros términos que arriba se transcribieron, a lo que ha de agregarse la expresa referencia a la falta de ejercicio de la potestad contractual que menciona una asesora externa de Fidubancoop, como se consigna en el acta 58⁽⁴⁸⁾.

c) Y la entrega de los bienes trasladados mediante la escritura pública N° 5576 de 22 de septiembre de 1995 de la Notaría 1ª de Bogotá tuvo lugar en la fecha de tal instrumento público, como de manera inequívoca reconoce Fidubancoop en el párrafo tercero de la cláusula primera de las declaraciones sobre “Transferencias al patrimonio autónomo”, que dice:

“La fiduciaria declara que en la fecha de firma del presente documento ha recibido materialmente los bienes que se transfieren, para lo cual se ha suscrito un acta que en documento privado forma parte del negocio fiduciario. No obstante, el fideicomitente conservará la tenencia de los bienes fideicomitados, comprometiéndose a darles el uso y destinación específica que por su naturaleza les corresponde”⁽⁴⁹⁾.

Así pues, frente al texto anterior, no se advierte viabilidad legal para que prospere el cargo de carencia de entrega y, por ende, el incumplimiento de López y Suárez por este concepto, anticipando, el tribunal, sin embargo, que no escapa a su atención que, pese a haber “entregado” los inmuebles, López y Suárez, conservó la tenencia de los mismos y adquirió los compromisos consignados en la estipulación antes transcrita.

d) En lo referente a la falta de saneamiento de los bienes fideicomitados que le endilga Fidubancoop a López y Suárez, el tribunal recuerda, en primer lugar, que amén de la transferencia del dominio de los lotes materia del fideicomiso, López y Suárez debía garantizarle a Fidubancoop una posesión pacífica y útil, lo que suponía, en consecuencia, ampararla contra perturbaciones provenientes de terceros que pretendieran derecho sobre la cosa, valga decir responder en caso de evicción (pérdida de la cosa por sentencia judicial) y, así mismo, por los defectos ocultos (vicios redhibitorios), según enseña el artículo 1893 del Código Civil.

En este orden de ideas, no se halla acreditado en el proceso que exista la “sentencia judicial” que ponga en marcha la obligación de saneamiento por evicción, pues bajo ninguna circunstancia podrá atribuírsele tal carácter (el de sentencia judicial) a la Resolución 1265 de julio 21 de 1999 proferida por el registrador de instrumentos públicos de Bogotá, zona sur, donde se ordenaron exclusiones, modificaciones, reconstrucciones e inserciones de las palabras “falsa tradición” respecto del folio de matrícula inmobiliaria 050-001163368⁽⁵⁰⁾ génesis de los inmuebles afectos al fideicomiso, a lo que habrá de agregarse que tal acto administrativo ha sido cuestionado por López y Suárez en sede contenciosa administrativa, como se acredita con la presentación que obra a folios 426 a 455 del

cuaderno de pruebas 2⁽⁵¹⁾.

e) Y en cuanto a los vicios redhibitorios, caracterizados en el artículo 1915 del Código Civil, el tribunal pone de presente que el numeral 3° de tal texto exige que estos —fuera de existir al tiempo de la venta y de impedir el uso natural de la cosa o un uso imperfecto de suerte tal que de haberlos conocido el comprador no se habría hecho a esta o lo habría hecho por un precio menor— no hayan sido revelados por el vendedor y sean “tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio”.

De los instrumentos públicos a que se ha hecho referencia se deduce que Fidubancoop tenía conocimiento de la existencia de ocupantes de hecho en los predios fideicomitidos, al punto que hay mención expresa de ello en la escritura pública N° 5576 de septiembre 19 de 1995 de la Notaría 1ª de Bogotá⁽⁵²⁾ y, al tenor de la E.P. 043, contaba con facultades para buscar la reubicación de tales poseedores⁽⁵³⁾, con la advertencia de que si ello llegaba a impedir el desarrollo del proyecto afecto al contrato, Fidubancoop podía dar por terminada la convención.

Así, por más errática que sea la conducta de López y Suárez, no se le puede adscribir ocultamiento de la existencia de poseedores irregulares, ni a Fidubancoop ignorancia de tal hecho sin negligencia de su parte, máxime cuando la convocada facultó a la convocante para negociar con los poseedores, de lo cual ha de seguirse, en primer lugar, que Fidubancoop conocía la condición de ocupación que tenían los inmuebles y, en segundo lugar, que asumió una carga de negociación, cuyo fracaso o dificultad ciertamente la autorizaba para ponerle fin al contrato, pero que no alcanza a configurar el requisito de ausencia de conocimiento (real o razonablemente potencial) que trae el mencionado artículo 1915 (3) del Código Civil para configurar como redhibitorio un determinado vicio.

C. Situación del contrato

1. Lo anotado en el acápite precedente es suficientemente claro para inferir que no habrá prosperidad en la petición de la convocante sobre incumplimiento del contrato por parte de López y Suárez en torno a los temas antes analizados y, por ende, sobre la declaratoria de su terminación por tal motivo.

2. No obstante, las particulares connotaciones del “negocio subyacente” en el contrato y este mismo imponen al tribunal referirse a uno y otro tema en la forma que sigue, para determinar si se halla o no vigente la relación contractual.

A tal efecto se anota:

a) Tal como atrás se mencionó, en comunicación de julio 14 de 1997⁽⁵⁴⁾, dirigida por Fidubancoop a López y Suárez, la primera informó a la segunda que atendiendo lo expuesto por el doctor Luis Ricardo Paredes, asesor externo consultado al efecto, Fidubancoop no percibía la posibilidad legal y fáctica de desarrollar el objeto del contrato, situación que conducía a su extinción de acuerdo a la § 15 del mismo, estipulación que, a su turno, y como atrás se dijo, hace referencia a las causales de extinción del negocio fiduciario previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio (“C. Co.”), una de las cuales consiste en “la imposibilidad absoluta de realizarlos [el o los negocios fiduciarios];

b) Esta postura de Fidubancoop, a su turno, fue reiterada en reunión del comité fiduciario previsto en el contrato que fuera celebrada en julio 15 de 1997 (acta 33)⁽⁵⁵⁾ evento que contó con la presencia de tres (3) miembros principales y dos (2) suplentes de tal organismo, uno de los cuales (principal) era el representante legal de López y Suárez.

c) La convocada, por su parte, en comunicación de julio 17 de 1997⁽⁵⁶⁾ aceptar esta su decisión” (énfasis añadido).

d) Para el tribunal el efecto del anterior cruce de comunicaciones trae consigo que Fidubancoop expresó su voluntad de terminar el contrato y López y Suárez, así fuera con protesta, aceptó la posición de su co contratante. Por ende, pues, y sin necesidad de lucubración adicional, es patente que hubo acuerdo de las partes para terminar el contrato, con lo cual entra a operar la regla del artículo 1602 del Código Civil que autoriza la cesación del carácter obligatorio de las convenciones (ley para las partes) en caso de “consentimiento mutuo” al respecto.

Pero además tal consentimiento mutuo es eficaz, como que, de una parte, Fidubancoop lo exteriorizó por medio de su representante legal siguiendo precisas instrucciones de la junta directiva de la convocante⁽⁵⁷⁾ y el señor Moisés López, signatario de la carta de julio 17 de 1997, en nombre de López y Suárez ostenta la condición de representante legal de tal persona jurídica con capacidad de “celebrar toda clase de actos y contratos sin limitación de cuantía”, como reza el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y obrante en el proceso⁽⁵⁸⁾.

e) Y como si lo anterior no fuere suficiente para soportar la condición de extinto del contrato, Fidubancoop confiesa su terminación y estado de liquidación en el “hecho” 3.11 de la demanda⁽⁵⁹⁾, condición que a su turno acepta López y Suárez en la contestación⁽⁶⁰⁾.

3. Visto, entonces, que el contrato terminó por decisión de las partes, y previo a ocuparse de los efectos que de ello se derivan, el tribunal considera acorde con su deber de análisis referirse al “negocio subyacente” o asociado con el contrato, como que su precisión es de importancia a los fines del siguiente acápite.

A tal efecto se pone de presente lo que sigue:

a) Se trataba, sin lugar a dudas, de un proyecto bien ambicioso, cuya síntesis era, de una parte, regularizar la situación jurídica de ciertos “invasores” o poseedores de hecho y, de la otra, desarrollar un proyecto urbanístico encaminado a la construcción de numerosas soluciones de vivienda de “interés social”.

Todo ello, de manera genérica, en el municipio de Soacha y la zona de Bogotá conocida como “Ciudad Bolívar”⁽⁶¹⁾, connotaciones que, como hecho notorio, dan buena idea de la dificultad que entrañaba el propósito del contrato.

b) El área involucrada era, así mismo, de consideración pues comprendía extensiones de 119.3, 139, 29, 29, 36, 7, 87.5 y 14 fanegadas⁽⁶²⁾ o sea un total aproximado de 460 fanegadas.

c) El contrato, a su turno, recogió la existencia de obligaciones por valor total de \$ 690.000.000 para ser canceladas “en los plazos y fechas que el comité fiduciario indique, siempre considerando la situación de liquidez del proyecto inmobiliario”⁽⁶³⁾.

d) Por último, la § 4 del contrato indica como beneficiarios (además de López y Suárez) a José Iván Carvajal y Cristóbal Osorio en “la suma correspondiente al 5% para cada uno, respecto del valor de los ingresos del proyecto liquidado trimestralmente para lo cual se efectuarán liquidaciones parciales que reflejen el flujo de los recursos que ingresan”.

e) Bajo el marco antes reseñado, relata Moisés López⁽⁶⁴⁾, que Osorio y Carvajal le indicaron como medio de financiación la venta de “beneficios fiduciarios” y que el primero le presentó posibles interesados.

f) De esta suerte, López y Suárez y Moisés López se dieron a la tarea de vender, no solo “beneficios fiduciarios” sino, también, porciones de los créditos, a tal punto que el peritazgo decretado dentro del proceso, enseña que de los acreedores originales solo subsisten Garzón, Rodríguez y Osorio (con menor valor) e “ingresaron” como tales José Manuel Pyco, Jaime Ramiro Lesmes, Saúl Vega, Víctor Londoño, Héctor Ángel, Invásfora, Pilar Gámez, Hernando Gámez, Nelson Gámez y Lyda H. Gámez⁽⁶⁵⁾ algunos con “excesos” respecto de lo necesario para completar la suma original global de \$ 690.000.000⁽⁶⁶⁾.

g) Pero además López y Suárez, a través de documentación de poca o ninguna precisión jurídica negoció “derechos fiduciarios” con José Manuel Pyco, Jaime Ramiro Lesmes, Nelson Gámez, Pilar Gámez, Hernando Gámez y Héctor Ángel, la mayoría de las veces a cambio de un inmueble, en veces de dinero efectivo y en veces de vehículos automotores o en una mezcla de unos u otros de los anteriores⁽⁶⁷⁾.

h) El resultado de estas “operaciones”, que involucraban transferencias de vehículos cuya tenencia se entregaba a Moisés López pero cuyo “traspaso” quedaba pendiente; o inmuebles, cuya tenencia también se entregaba a López y Suárez, pero cuya titularidad era de otro; que aparejaban obtener recursos para López y Suárez con amparo hipotecario y, además garantizados por alguno de los adquirentes de los “beneficios fiduciarios”; que en ocasiones eran transferidos (por instrucciones de López y Suárez, según el dicho de unos e inconsultamente, según el dicho

de Moisés López⁽⁶⁸⁾ a favor de otras personas (particularmente Próspero Aguirre y Mercedes Corredor de Guevara), es verdaderamente caótico desde el punto de vista de la claridad del negocio, a lo que debe agregarse la disparidad de criterios entre López y Suárez, de una parte, y los compradores de beneficios fiduciarios”, de la otra, sobre el alcance de lo adquirido⁽⁶⁹⁾.

i) Como si lo anterior no fuera de suyo complicado, obra en el proceso la negativa de Fidubancoop a inscribir los adquirentes de “beneficios fiduciarios” como tales⁽⁷⁰⁾ y, por último, también aparece una gama de procesos de todo tipo, en curso o no, suscitados entre López y Suárez, Fidubancoop y los adquirentes de los “beneficios fiduciarios”, así:

i. Ordinario de López y Suárez contra José Iván Carvajal y Cristóbal Osorio;

ii. Ordinario de López y Suárez contra Héctor Ángel, María Eugenia de Carvajal, Óscar Carvajal y Andrés Carvajal;

iii. Ordinario de López y Suárez contra José Manuel Pyco y Jaime Ramiro Lesmes;

iv. Ordinario de López y Suárez contra Saúl Vega y Víctor Eduardo Londoño;

v. Ejecutivo del Banco del Estado contra López y Suárez;

vi. Ejecutivo de Saúl Vega y Víctor Eduardo Londoño contra Moisés López y Teresa Suárez Pachón;

vii. Ordinario de Saúl Vega y Otros contra Fidubancoop; y

viii. Proceso arbitral (que no se desarrolló) instaurado por José Manuel Pyco y otros contra Fidubancoop.

4. Para el tribunal es claro que el despeje de esta maraña de pseudocontratos, negocios de efecto múltiple, registros o ausencia de ellos, porcentajes de participación sobre una u otra parte de un todo, incumplimientos o no, etc., es la aspiración primordial de Fidubancoop y, en cierto modo, la de López y Suárez.

Sin embargo, el camino escogido por la convocante para provocar la acción del órgano jurisdiccional a través del presente tribunal fue equivocado, pues, como atrás se detalló, la súplica básica de la demanda fue pedir la terminación de una convención que la misma convocante ya había terminado, con anuencia —así fuere a regañadientes— de la convocada, quien en ningún momento optó por controvertir en sede arbitral la determinación de su contraparte y, muy por el contrario, se repite, la aceptó de manera inequívoca en la antes mencionada comunicación de julio 17 de 1997.

La parte resolutive de este laudo reflejará, como atrás se anticipó, el fracaso de la pretensión de Fidubancoop.

C. Efecto de la terminación del vínculo contractual

1. De acuerdo a la § 16 del contrato, terminado el mismo por cualquier motivo debe procederse a su liquidación observando “las directrices señaladas por el comité fiduciario y en su defecto las normas sobre liquidación de sociedades por Código de Comercio, en todo caso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1242 del Código de Comercio”⁽⁷¹⁾.

En este orden de ideas, obra en el proceso la solicitud de Fidubancoop de julio 14 de 1997 dirigida a López y Suárez para que suministre instrucciones para liquidar el fideicomiso⁽⁷²⁾ petición reiterada en septiembre 8 de 1998⁽⁷³⁾, así como las respuestas de la convocada de mayo 10 y junio 28 de 1999⁽⁷⁴⁾ solicitando a la convocante restituirle los bienes fideicomitados, al igual que una misiva adicional de López y Suárez a Fidubancoop en agosto 6 de 1999 insistiendo en la devolución de los bienes, pero ahora trasladando parte de ellos al Banco del Estado⁽⁷⁵⁾, comunicación consonante con otra de agosto 2 de 1999 dirigida por la convocada al Banco del Estado ofreciendo trasladar a la fiduciaria de esa entidad varios de los lotes integrantes del fideicomiso⁽⁷⁶⁾.

2. Todo lo anterior confirma, sin lugar a dudas, que el verdadero conflicto atañe a la liquidación del fideicomiso y no a la terminación del contrato como fue planteado en el proceso.

Así, entonces, la liquidación del fideicomiso, anota el tribunal a manera de *dictum*, es asunto que requiere pronunciamiento de Fidubancoop sobre la exigencia de López y Suárez, que de ser aceptada obviamente hará viable el adelanto y conclusión del proceso liquidatorio pero que de ser rechazada podrá dar margen para poner nuevamente en marcha el órgano jurisdiccional en consonancia con la § 19 del contrato, asunto bien diferente de lo que se intentó hacer en este proceso, esto es de buscar la terminación de una convención ya extinta por la vía de incumplimientos totalmente irrelevantes, dado que el estado de terminación del contrato es reconocido por ambas partes.

La justicia en general y la arbitral en particular buscan dispensar soluciones en forma rápida y efectiva, pero ello no trae consigo que puede apartarse de lo que le es expresamente sometido a composición judicial, asunto que en este caso, se repite, consistió en analizar el presunto incumplimiento base de la declaratoria de terminación del contrato, petición a todas luces inadecuada máxime cuando, como se ha expuesto a lo largo de esta providencia y está plenamente acreditado en el proceso, el vínculo negocial, cuya terminación se solicitaba decretar, había fenecido por acuerdo entre las partes antes de la promoción de estas diligencias.

3. Así, y para cerrar esta parte del laudo, reitera el tribunal que las partes, con base en lo estipulado en la § 19 del contrato, tienen expedito el aparato judicial para ventilar y resolver sus diferencias sobre la liquidación del contrato y no sobre su cumplimiento, como le fue planteado a este tribunal.

E. Costas

1. Habida cuenta de las evaluaciones anteriores, en cuya virtud se desechará lo pretendido en la demanda, fluye que el tribunal, con fundamento en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, habrá de condenar a Fidubancoop en las costas del proceso.

No obstante, como quiera que López y Suárez no hizo erogación alguna y, por el contrario, la convocada fue quien atendió los costos del tribunal, la condena en costas se materializará, exclusivamente, en la pérdida de las sumas invertidas en el curso del proceso.

2. En cuanto a agencias en derecho, el tribunal estima procedente considerar como tales \$ 740.000, equivalentes a los honorarios fijados para cada uno de sus miembros.

V. Parte resolutive

En mérito de todo lo expuesto el tribunal arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Denegar la pretensión primera, contenida en el numeral 2.1 del capítulo correspondiente de la demanda.
2. Denegar las restantes pretensiones de la demanda, planteadas como consecuenciales de la primera.
3. Condenar a la sociedad Fiduciaria Cooperativa de Colombia, Fidubancoop, en liquidación, a pagar a la Compañía Urbanizadora López y Suárez Limitada, la suma de setecientos cuarenta mil pesos m/cte. (\$ 740.000), por concepto de costas de este proceso, conforme a la liquidación efectuada en la parte de consideraciones de este laudo.

Disponer que el pago de la suma antes mencionada se efectúe dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo.

4. Ordenar, una vez ejecutoriada este laudo, la protocolización del expediente en la notaría del Círculo de Bogotá que escoja el presidente del tribunal.

Cumplida la protocolización antes señalada, el excedente, si lo hubiere, de la partida “Protocolización, registro y otros” será devuelto a la convocante.

5. Ordenar la expedición de copias auténticas de esta providencia, con destino a cada una de las partes.

Esta providencia queda notificada en estrados.
