

Tribunal de Arbitramento

Droguenal & Cía. S.A. en liquidación

v.

Fiduciaria Colpatria S.A.

Agosto 26 de 2005

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., agosto veintiséis (26) de dos mil cinco (2005).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento constituido al efecto a dictar el laudo con el que resuelve las diferencias surgidas entre Droguenal & Cía. S.A., Droguería Nacional, hoy en liquidación (en adelante Droguenal) y Fiduciaria Colpatria S.A. (en adelante Fiducolpatria), con motivo de un contrato de fideicomiso.

I. Antecedentes

1.1. Hasta la audiencia de conciliación.

1.1.1. Solicitud de Droguenal.

Mediante escrito presentado, por su apoderado, el veintiocho (28) de octubre de dos mil cuatro (2004) ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Droguenal solicitó a esta entidad la constitución de un tribunal de arbitramento para que resolviera las diferencias con Fiducolpatria, de acuerdo con la demanda contenida en el mismo escrito.

1.1.2. Integración del tribunal.

La Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo llevado a cabo el nueve (9) de noviembre de dos mil cuatro (2004) designó como árbitros a la Dra. Stella Villegas Osorio y a los doctores Rodrigo Llorente Martínez y Bernardo Carreño Varela como árbitros principales, todos los cuales aceptaron.

1.1.3. Instalación.

Los árbitros designados instalaron el tribunal el quince (15) de diciembre de dos mil cuatro (2004), designaron presidente al doctor Bernardo Carreño Varela y secretaria a la doctora Patricia Zuleta García, fijaron sus honorarios, los de la secretaria, y los de gastos de funcionamiento del tribunal.

1.1.4. Pago de honorarios y gastos.

El veinte (20) de enero de dos mil cinco (2005) Droguenal entregó la suma total de honorarios y gastos al presidente del tribunal, quien procedió a consignarlos en la cuenta de ahorros N° 052-145604 del Banco de Bogotá, sucursal San Martín. No hay constancia, en el expediente de que Fiducolpatria haya cancelado la parte que le corresponde.

Igualmente se ordenó dar aviso de la instalación del tribunal a la Procuraduría General de la Nación, lo que se hizo mediante oficio 1 de febrero 2 del 2005.

1.1.5. Competencia.

Mediante auto 1 del veintisiete (27) de enero de dos mil cinco (2005) el tribunal reconoció el apoderado de Droguenal, y ordenó la presentación de una copia auténtica de la escritura en la cual constan el fideicomiso y la cláusula compromisoria, pues la que se había aportado con la demanda era una fotocopia sin autenticar. Aportada la escritura en las condiciones previstas por la ley y ordenadas por el tribunal, este, mediante auto 3 reconoció su

competencia, aceptó la demanda y ordenó notificar a Fiducolpatria del auto de reconocimiento de su competencia y de aceptación de la demanda.

1.1.6. Actuación de Fiducolpatria.

El dieciocho (18) de febrero de dos mil cinco (2005), se notificó a la representante de Fiducolpatria el auto en el cual se reconoce la competencia del tribunal y se acepta la demanda y se corrió el traslado correspondiente, durante cuyo término la convocada dio respuesta a la demanda, y propuso excepciones de mérito, de las cuales se dio traslado mediante fijación por estado en la secretaría a Droguenal, la cual descorrió el traslado y solicitó pruebas.

1.1.7. Conciliación.

Por auto 5 de dieciséis (16) de marzo de 2005 se reconoció el apoderado de Fiducolpatria, se tuvo por contestada la demanda y se citó a audiencia de conciliación que se llevó a cabo el 4 de mayo de 2005, sin que las partes llegaran a un acuerdo, por lo cual se declaró fracasada esa instancia.

1.2. Demanda, contestación, excepciones.

1.2.1. La demanda.

1.2.1.1. Solicitudes.

La demanda pide:

“Primera. Que se declare que por culpa, negligencia grave y dolo, la Fiduciaria Colpatria S.A. ha incumplido el contrato de fiducia mercantil celebrado entre esta entidad y Droguenal & Cía. S.A. constituido mediante la escritura pública número tres mil quinientos setenta y cinco (3.5.75) de fecha 25 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995) otorgada ante la notaría treinta y dos (32) del círculo de Bogotá, D.C.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior se condene a Fiduciaria Colpatria S.A. al pago de trescientos millones ochocientos diecinueve mil pesos m/cte. (\$ 300.819.000) a favor de Droguenal & Cía. S.A., por concepto de daño emergente.

Tercera. Que se condene a Fiduciaria Colpatria S.A. a pagar a Droguenal & Cía. S.A. intereses moratorios respecto del capital adeudado por concepto de daño emergente, a título de lucro cesante, a partir del 25 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995), fecha en la cual se celebró el contrato de dación en pago a favor del Banco Colpatria S.A.

Cuarta. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad demandada”.

1.2.1.2. Hechos.

Las anteriores solicitudes se fundan en diez y ocho (18) hechos, cinco de los cuales son transcripciones textuales de las siguientes cláusulas del contrato de fideicomiso: consideración primera, cláusula primera, cláusula séptima, numerales segundo y cuarto, cláusula octava, numeral 4.5 otras tantas resúmenes de algotras, y todas ellas refieren que por medio de la escritura 3575 corrida el 25 de octubre de 1995 en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá(1) Droguenal hizo un encargo fiduciario a Fiducolpatria, que lo aceptó, para que manejara una fiducia en garantía para acreedores de la primera de ellas para lo cual le transfirió la propiedad de un inmueble situado en Bucaramanga.

Dice, así mismo, que en desarrollo del contrato y a petición de la actora, Fiducolpatria expidió tres certificados de garantía a favor del Banco Colpatria:

- El N° 230, por cien millones de pesos (\$ 100.000.000), el 19 de enero de 1996.
- El N° 214, por cien millones de pesos (\$ 100.000.000.), el 16 de diciembre de 1995.

- El N° 592, por cuarenta y ocho millones de pesos (\$ 48.000.000.) el 29 de mayo de 1997.

Y que los tres —que eran las únicas obligaciones garantizadas por el bien fideicomitado— fueron cancelados mediante dación en pago que hizo Fiducolpatria al Banco acreedor, por medio de la escritura 1909 otorgada en la notaría 11 del círculo de Bogotá el 19 de junio de 1997, en la cual se traspasó al Banco la propiedad del inmueble que constituía el patrimonio autónomo por la suma de quinientos cuarenta y ocho millones ochocientos cuarenta y nueve mil pesos (\$ 548.849.000), que debía ser abonada a la extinción parcial de las obligaciones garantizadas con los certificados.

Que como el valor de los certificados es doscientos cuarenta y ocho millones de pesos (\$ 248.000.000) Fiducolpatria adeuda a Droguenal el “remanente” la diferencia, o sea la suma de trescientos millones ochocientos cuarenta y nueve mil pesos (\$ 300.849.000).

Que la diferencia entre el valor de la dación en pago y el de los certificados y el hecho de no pagarla a Droguenal son el resultado del incumplimiento de las obligaciones de Fiducolpatria.

1.2.1.3. Pruebas - derecho.

En su escrito, pidió las pruebas que juzgó oportunas, a las cuales esta providencia se referirá adelante. Invocó las normas que en el Código Civil regulan la interpretación y efecto de los contratos, las que en el Código de Comercio tratan sobre la fiducia comercial, el 75 del Código de Procedimiento Civil, y los que con ellos concuerden.

1.2.2. La contestación de la demanda.

Al contestar la demanda Fiducolpatria aceptó los hechos que significan transcripciones, haciendo algunas salvedades; manifestó que la escritura de dación en pago tenía un error en el valor de la misma; negó que existieran remanentes a favor de la convocante; y dijo, de los dos últimos hechos, que eran transcripciones legales y que deberían probarse.

Adujo que la convocante se hallaba en malas condiciones de negocios; que solicitó la dación en pago; que la escritura de fiducia se había modificado; que el valor comercial del inmueble que se entregaba como dación en pago había sido establecido por cartas de la convocante; que el monto de las obligaciones garantizadas estaba establecido por la convocante; que el contrato de fiducia en garantía comprende el pago de intereses; que la rendición final de cuentas, que absuelve a la convocada está en firme, que Fiducolpatria no incumplió, que no incurrió en responsabilidad contractual; y que hay temeridad y mala fe de la parte convocante.

Formuló las excepciones de ausencia de incumplimiento contractual, inexistencia de responsabilidad contractual debido a la carencia absoluta de los elementos configuradores, inexistencia de perjuicios a indemnizar y de mala fe y temeridad de la parte convocante.

Solicitó pruebas sobre las cuales este laudo se pronunciará adelante.

1.2.3. La contestación a las excepciones.

La convocada arguyó en contra de las excepciones propuestas diciendo que algunas cláusulas del contrato de fiducia aseguraban que con el patrimonio autónomo se garantizaban únicamente los certificados expedidos; que existe remanente a su favor; y que existen elementos de prueba que así lo demuestran; y termina pidiendo la declaración del representante de la sociedad actora.

1.3. El proceso.

1.3.1. Las pruebas.

1.3.1.1. Constancia.

El tribunal quiere dejar constancia expresa de que cumplió a cabalidad la obligación de decretar de oficio las

pruebas tendientes a establecer la verdad de los hechos objeto de este proceso, lo que hizo en no pocas oportunidades pues las partes, especialmente la actora, no fueron muy diligentes en aportarlas en legal forma.

1.3.1.2. Decreto y práctica.

• Decreto inicial.

Según consta en el acta 4, correspondiente a la audiencia del 4 de mayo de 2005 se dictó un auto en el cual se ordenó tener como pruebas, en el valor que les da la ley, los documentos presentados por las partes; se ordena que los representantes de cada una de ellas absuelvan el interrogatorio que les formularía su contraparte; se negó el interrogatorio del representante de la actora pedido por ella misma. Y, de oficio, el tribunal, mejorando la prueba solicitada por las partes ordenó un experticio sobre la contabilidad de las partes.

• Pruebas de oficio.

En el curso del proceso el tribunal, previa aquiescencia expresa de los apoderados de las partes, ordenó una inspección a los archivos de la Notaría 42 de Bogotá, y oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que certificara sobre existencia y representación del Banco Colpatria y que con base en esa certificación se oficiara a dicha institución de crédito para que expidiera una certificación sobre las deudas que la convocante tenía para con ella el día en que se corrió la escritura de dación de pago. Igualmente en el curso del proceso, en diferentes oportunidades, se aceptaron como pruebas diversos documentos aportados por las partes, advirtiendo siempre que se recibían en su valor legal.

Se ordenó también por el tribunal allegar copia auténtica del folio de matrícula inmobiliaria del inmueble sobre el cual versa la fiducia.

• Práctica.

Las pruebas decretadas se practicaron en su totalidad.

En esta forma el tribunal atendió todas las solicitudes de las partes, y decretó las pruebas pedidas por ellas, salvo cuando no eran procedentes o cuando se mejoraron en su contenido y forma de aportación al proceso.

Las partes aceptaron expresamente las negativas y modificaciones.

1.3.1.3. Consideraciones generales sobre su mérito.

Muchas de las pruebas pedidas y aportadas por las partes están consignadas en documentos que, en copias, adjuntaron ellas en las diferentes oportunidades procesales. Sin perjuicio de lo que se comentará adelante y en forma específica sobre algunas de ellas, el tribunal juzga pertinente hacer las siguientes precisiones:

Las copias de los documentos para ser tenidas como prueba, deben llenar los requisitos exigidos por el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil: cuando los originales se han protocolizado, cuando formen parte de otro proceso del que no se puedan desglosar, y cuando el original no se encuentra en poder de quien lo aporta, siempre que su autenticidad haya sido reconocida expresamente por la parte contraria. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el artículo 276 ibíd manifiesta que quien aporta un documento en original o copia, reconoce su autenticidad, y que puede haber reconocimiento implícito cuando el documento se aporta afirmando estar suscrito por la parte a quien se opone, siempre y cuando esta no lo desconozca.

Al analizar cada uno de los documentos aportados se tendrán en cuenta estas consideraciones (Nº 4.2.1.2).

1.3.2. Alegatos de conclusión.

Según lo ordenado, el 11 de agosto de 2005 se llevó a cabo una audiencia en la cual el tribunal escuchó a las partes en sus alegatos de conclusión de los cuales entregaron versión escrita. Ese mismo día se fijó el 22 de agosto de 2005 para notificar este laudo, fecha que por auto 16 se cambió por la del 26 de agosto de 2005 a las 12:30 p.m.

1.3.3. La conducta de las partes.

De acuerdo con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal tuvo como indicios las siguientes conductas procesales de la convocante:

- No mencionó, sino en el alegato de conclusión, la escritura por medio de la cual se dio al fiduciario la facultad de hacer daciones en pago.
- Hizo caso omiso de los siguientes documentos, todos ellos suscritos por su representante legal, en los cuales se da cuenta de los valores tanto del bien que ordenaba dar en pago, como de las sumas que quería cancelar por ese medio:

— Opción de compra (fl. 205).

— Carta de oferta al Banco Colpatria en la cual reconoce deber al Banco Colpatria \$ 465.000.000 (fls. 127/128).

— Carta de instrucciones dirigida a la fiduciaria, conjuntamente con el Banco Colpatria, para la dación en pago (protocolizada con la escritura de dación en pago 1909, 19/VII/97, Not. 11 de Bogotá, aparte de por ella).

El tribunal tomó, también como indicio, el hecho de que la convocada adujera como prueba de un error, cometido, según ella, en la escritura de dación en pago, por la notaria, el texto de una minuta que, según dice, envió a la notaría para corregir el yerro, y la forma defectuosa como aportó pruebas.

Y el que ambas se maltratan en términos que no se avienen a los preceptuado en el numeral 3° del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil.

1.4. Término del proceso.

1.4.1. Consecuencias de una inexequibilidad.

Como quedó reseñado atrás, el 11 de febrero de 2005 se dictó el auto en que se reconocía la competencia del tribunal. Pero como se puso de presente en esa providencia, la sentencia C-1038 del 2002, de la honorable Corte Constitucional, al declarar la inexequibilidad de algunos apartes de la legislación sobre la llamada etapa pre-arbitral, exige la adecuación de la legislación que permanece. En este orden de ideas, la regulación de antes de la sentencia partía de la base de que el reconocimiento de la competencia de los tribunales de arbitramento se hacía cuando la relación procesal ya estaba trabada, lo que no ocurre después de la citada sentencia.

La primera consecuencia es que el auto que reconoce competencia no se notifica a la parte demandada a tiempo con la notificación de la convocante; y que la notificación a la convocada no se hace en audiencia con lo cual esa providencia no queda en firme sino tres días después de notificada.

Hay un elemento adicional: antes de la inconstitucionalidad, las pruebas se decretaban simultáneamente con el auto de reconocimiento de competencia. Eso es imposible actualmente porque hay que aceptar la demanda, notificar el auto correspondiente y dar el traslado para que se responda la demanda; y como en ella se pueden proponer excepciones, y el actor puede pedir pruebas sobre ellas, es preciso agotar ese término. Solo entonces se sabe de las pruebas totalmente pedidas.

Así pues la primera audiencia que, antes del fallo constitucional comentado señalaba el inicio del plazo para dictar el laudo, en virtud de la inexequibilidad decretada queda fragmentada y solo viene a concluir el día en que se decretan todas las pruebas.

1.4.2. El caso *sub iudice*.

En el caso *sub iudice* el tribunal reconoció su competencia por auto 3 de 11 de febrero de 2005, lo cual significaría en una primera hipótesis, que no es cierta, que el plazo vencería el 28 de agosto, porque habría que añadir los 17 días durante los cuales se suspendió el proceso por solicitud de las partes.

Otra hipótesis, que tampoco es cierta, sería la de que el plazo comenzara a contarse a partir de la ejecutoria del auto sobre competencia, que quedó en firme el 23 de febrero de 2005, por lo cual el plazo vencería el 11 de septiembre de este año.

En la última hipótesis que es la cierta, el plazo comienza a contarse al quedar en firme el auto que decreta pruebas sobre las excepciones. Ese evento ocurrió el 12 de mayo de 2005 (acta 5 fls. 219 y ss.) por lo cual el plazo vence el 27 de noviembre de 2005.

1.4.3. Consecuencia.

Al hacer este ejercicio el tribunal demuestra que aún en la interpretación más rigurosa (que no es la correcta) este laudo se dicta y notifica en el plazo legal.

II. El *thema decidendum*

2.1. Cuestiones preliminares.

2.1.1. Advertencia previa.

Procede el tribunal a fijar los puntos sobre los cuales tiene que decidir para dirimir el conflicto presentado entre las partes, el cual está señalado en la demanda, en la contestación y en las excepciones, que son medios de impugnación de la demanda.

Antes de determinarlo, se deben hacer algunas precisiones de orden jurídico.

2.1.2. Interpretación de la demanda.

El tribunal tendrá en cuenta como criterio para la interpretación de la demanda el siguiente, fijado por la jurisprudencia arbitral⁽²⁾:

“En el examen necesario para responder el interrogante, el tribunal tiene que interpretar la demanda, para lo cual tiene amplias facultades, como lo tiene establecido, de viejo la jurisprudencia, que ha sostenido, también, que los hechos, al sustentar las solicitudes, constituyen un elemento básico de la demanda, pues son “... integrantes de la *causa petendi* o título de donde se hace provenir el derecho que se invoca”⁽³⁾.

También tiene establecido la jurisprudencia que

“... el fallador no tiene facultad para decidir la controversia con estribo en hechos sustanciales que no fueron expuestos en la demanda como *causa petendi*, aunque se hayan probado plenamente y alegado antes de la sentencia”⁽⁴⁾.

Debe aclararse, en relación con la última cita jurisprudencial que se refiere a hechos ocurridos antes de la presentación de la demanda, porque en cuanto a los posteriores, deben tenerse en cuenta, si están probados y alegados oportunamente, según lo dispone el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, posterior a la decisión citada.

Es preciso anotar, también, que por amplias que sean las facultades de interpretación del juez respecto de la demanda, no son tantas como para modificar lo solicitado ni las bases en que se fundan las pretensiones. En otras palabras: la congruencia de que habla el artículo atrás invocado implica que (en sus propias palabras):

“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas, si así lo exige la ley”.

En síntesis: el juzgador puede interpretar la demanda; pero no puede desvirtuar ni exceder lo pedido por el actor (o por el que exceptúa) ni cambiar los hechos en los que se apoya, ni la causa por la cual pide.

2.2. Lo que pide la convocante.

2.2.1. Petición principal.

2.2.1.1. Culpa de Fiducolpatria.

La demanda pide claramente que se declare que Fiducolpatria incumplió las obligaciones que contrajo en el contrato de fiducia suscrito por ella con Droguenal, en la escritura 3575 corrida el 25 de octubre de 1995 en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá.

2.2.1.2. Calificación de la culpa.

La actora pide que esa declaración diga que la culpa de que acusa a la demandada fue “culpa, negligencia grave y dolo”.

Recuerda el tribunal que los dos primeros términos, al tenor del artículo 63 del Código Civil consisten

“en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esa culpa, en materias civiles, equivale al dolo”,

que a su turno se define como

“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

2.2.1.3. Otros elementos de juicio.

El tribunal encuentra, en los hechos de la demanda y en el alegato de conclusión, que la convocante señala, además de algunas fallas en cuestiones procesales —cuyo contenido se analizará adelante— que la culpa consiste según dice textualmente el hecho décimo sexto, en que Fiducolpatria

“... no ha entregado a el fideicomitente el remanente como es su obligación derivada de la cláusula octava, numeral cuatro punto cinco (4.5)”.

En el hecho décimo octavo reitera el concepto diciendo que ese incumplimiento viola su compromiso de fidelidad.

2.2.2. Petición consecucional.

La convocante pide que como consecuencia de la falta que se le imputa, y como daño emergente se condene a la convocada a pagar la diferencia entre la suma por la cual se entregó en dación en pago al Banco Colpatria el bien entregado en fiducia y el valor que según ella adeudaba, realmente, y garantizado por ese bien, al citado banco, y que como lucro cesante se ordene pagar intereses moratorios; y, desde luego, costas.

2.3. Las excepciones.

De las cuatro excepciones planteadas por la convocada solamente una se aparta del esquema de contradecir a la actora, manifestando por pasiva lo que aquella dice por activa.

En efecto en las tres primeras pide que se declare que no hubo incumplimiento porque no hay remanente por razón de la cuantía, que no hay responsabilidad contractual y que no hay daños que indemnizar.

Solo en la última excepción la convocada plantea la acusación de que Droguenal pretende aprovecharse injustamente del error ajeno y dice que la demanda es temeraria.

2.4. Presupuestos procesales.

Como quiera que está demostrado en el proceso la existencia y debida representación de las partes así como que concurrieron representadas por apoderados judiciales —abogados— se puede decidir de fondo por no existir causal alguna que anule o invalide lo actuado.

III. Análisis del contrato de fiducia, y de la dación en pago

3.1. De la fiducia, en general.

3.1.1. Formalidades.

El Código de Comercio en su artículo 1226 define la fiducia mercantil, estableciendo elementos que son esenciales en este tipo de negocio jurídico, el cual se perfecciona con la transferencia de uno o más bienes que hace el denominado fideicomitente al fiduciario, para que este los administre o los enajene, de acuerdo con una finalidad determinada⁽⁵⁾. A su vez, el mismo ordenamiento jurídico dispone que los bienes fideicomitidos se mantengan separados del resto del activo del fiduciario y que con ellos se conforme un patrimonio autónomo afecto, igualmente, a la finalidad del contrato fiduciario⁽⁶⁾.

Por otro lado, el artículo 1228 del mismo estatuto establece que el contrato de fiducia deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes que se trasladan al patrimonio autónomo. Esta regla requirió interpretación legal, la cual se hizo por el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, actualmente codificado en los numerales 2º y 3º del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero⁽⁷⁾, desarrollado en el Decreto 847 de 1993, artículo 1º, según el cual:

“Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato, deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado”.

El tribunal hace notar que el artículo transcrito exige el registro cuando es necesario para el traspaso de la propiedad del bien fideicomitido, lo cual es consecuente con la finalidad del registro, elemento de la tradición (C.C., art. 756) y con la esencia del fideicomiso, la transmisión de la propiedad (C. de Co., art. 1.226). Igualmente destaca que el registro sirve también para hacer públicos unos actos (D. 960/70, art. 44), que no se pueden oponer a terceros cuando no se ha cumplido el requisito.

3.1.2. La finalidad del contrato.

De otra parte, el legislador enumeró las obligaciones a cargo del fiduciario, y en el artículo 1234 del Código de Comercio⁽⁸⁾ estableció que además de las que se reserve en el acto constitutivo, no puede delegar los que allí se enumeran.

3.1.3. Finalidad y colaboración.

Destaca el tribunal el énfasis que el legislador mercantil hace de la finalidad que debe tener el contrato fiduciario, conforme se establezca en el acto constitutivo, concepto que va más allá del objeto del mismo, **lo cual determina que las distintas partes vinculadas deben encaminar sus actuaciones a que el contrato cumpla sus efectos** (subraya el tribunal para fines posteriores) lo que representa que cada una de ellas, en lo que hace a sus propias y típicas obligaciones, tenga un deber de colaboración con la finalidad que motiva la celebración del contrato. En igual sentido el artículo 1501 del Código Civil dice que las obligaciones que son de la naturaleza de los contratos deben cumplirse aun cuando no estén expresadas en ellos.

3.1.4. El deber de colaboración y la buena fe.

El concepto de colaboración ha sido fundamentado en la doctrina en la buena fe contractual, de tal manera que se asegure el cumplimiento y la eficacia de los contratos. El profesor Emilio Betti⁽⁹⁾ considera que la buena fe contractual coincide con la actitud de cooperación, dirigida esta a asegurar el cumplimiento de la expectativa de la otra parte. De suyo, según el autor, esta actitud busca afianzar la confianza, la fidelidad, el compromiso y la prontitud en auxiliar a la otra parte, para que se pueda cumplir con sus recíprocas obligaciones. En este orden de ideas, también la doctrina se asegura que las partes cumplan con sus obligaciones y que ninguna de ellas se limite a esperar que la otra cumpla las que le son propias, sino que a cada una le competen obligaciones complementarias en orden a facilitar la normal y adecuada ejecución del contrato, de acuerdo con la naturaleza del mismo.

En providencia arbitral del 17 de noviembre de 1993, se desarrolla el tema de la buena fe contractual con gran precisión, por lo que este tribunal acoge lo allí expresado, en orden a mantener una adecuada coherencia con las definiciones jurisprudenciales(10) .

“El principio de la buena fe desarrolla su fuerza en una triple dirección: a) en primer lugar, se dirige al deudor, con el mandato de cumplir su obligación, ateniéndose no solo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma en que el acreedor pueda razonablemente esperar de él; b) en segundo lugar, se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración altruista que esta parte pueda pretender según la clase de vinculación especial existente, y c) en tercer lugar, se dirige a todos los participantes de la relación jurídica en cuestión, con el mandato de conducirse como corresponda en general al sentido y finalidad de esta especial vinculación y a una conciencia honrada”.

3.1.5. Responsabilidad *in contrahendo*.

Recomienda la doctrina que aún en la formación de los contratos, se actúe de manera reflexiva, exhibiendo el fiduciario su deber de asesoría y diligencia, en busca de la efectividad de la finalidad acordada.

3.1.6. Respeto al contrato y a sus finalidades.

De lo anterior surge una primera conclusión para el tribunal: las partes que participan en el contrato de fiducia, particularmente el fideicomitente deudor y el fiduciario como profesional que es en las materias de que se trata, cuando determinan las reglas del contrato, así como el beneficiario, que como acreedor, las utiliza en su beneficio, deben respetarlas es decir, se deben cumplir de manera estricta, sin buscar eludirlas o desacatarlas.

Esa obligación se extiende a las decisiones que tomen las partes en la ejecución del contrato, siempre que estén precedidas de estudio y aseguren la defensa del bien fideicomitado y la finalidad perseguida, por lo cual deben respetarse por todos los intervinientes asegurándose que se pondrán todos los medios para cumplirlas. Puede parafrasearse el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, para afirmar que el objeto de los procedimientos es asegurar la efectividad de los fines pretendidos al constituir el fideicomiso.

Por eso, el fiduciario debe atenerse a las instrucciones y, respetarlas en un todo. En caso de que no haya directrices sobre algún punto, o de que se presenten dificultades sobre el alcance de las que existan debe pedir instrucciones al Superintendente Bancario, el cual las impartirá citando al fiduciario y al beneficiario (11) . Esta solución no ha sido suficientemente utilizada por los fiduciarios, a pesar de la claridad del texto legal.

Pero con ella se evidencia que el legislador le da absoluta validez al contenido del acto constitutivo de la fiducia, que se deriva de la autonomía de la libertad privada (que la Constitución Nacional protege en su art. 333) a tiempo que encuentra una solución a asuntos excepcionales que se presenten en la vida del contrato.

3.1.7. Contenido del deber de colaboración.

El respeto al contrato y a sus finalidades tiene por objetivo asegurar que el contrato se lleve a cabo para que se cumplan sus objetivos.

Pero el cumplimiento contractual no es una cuestión estática, sino dinámica, que impone el deber de colaboración mutua, en la cual es imperioso tener en cuenta que la buena fe contractual concierne a todos, como lo prescribe el artículo 83 de la Constitución Política; consecuencia de ello es el deber de actuar en función de la finalidad y no de futuras controversias judiciales. En ese sentido es claro y expreso el artículo 1603 del Código Civil que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”.

3.1.8. La fiducia en garantía.

La ley no subdivide en diferentes especies, la fiducia. Por lo tanto en ella no aparece la fiducia en garantía. Estas clasificaciones han sido establecidas por la costumbre que tiene fuerza de ley según los artículos 13 de la Ley 153

de 1887 y 5º y siguientes del Código de Comercio. La (*) Superintendencia Bancaria recoge esos usos y los convierte en derecho escrito (en el puesto que les corresponde dentro de la jerarquía de la normatividad en Colombia).

Y, en uso de la competencia que la ley le confiere, como rectora del sector financiero del país, definió el fideicomiso de garantía —tipo contractual que gobierna la relación entre las partes involucradas en este debate—, en los siguientes términos:

“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, o 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 fideicomitados, 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**” (12) (el subrayado no corresponde al texto).

Como bien se observa, la superintendencia de manera expresa exige que en los contratos a los que se hace referencia contengan instrucciones precisas del procedimiento que la fiduciaria deberá seguir en el momento en que el deudor garantizado incumpla con las obligaciones amparadas con el activo fideicomitado, asunto al que el tribunal dedicará más espacio por la pertinencia frente al caso materia de controversia.

En el caso que aquí se resuelve, es especialmente relevante el criterio de la superintendencia respecto de lo que la doctrina llama ejecución de los contratos de fiducia en garantía, porque las partes otorgan al fiduciario una especie de competencia privada para ejecutar la garantía, a través de su venta o su dación en pago, para poder así satisfacer, a favor de los acreedores registrados como tales por la fiduciaria, las obligaciones amparadas con este tipo de garantía. Bajo este contexto resulta apenas obvio que las instrucciones que se deben incorporar en los contratos fiduciarios a las que se refiere la superintendencia, sean expresas, claras y dirigidas al cumplimiento de la finalidad del contrato, en este caso a servir de garantía y fuente de pago de las obligaciones registradas.

3.1.9. La voluntad de las partes.

Ahora bien, tanto la definición legal como las reglamentarias y las doctrinales en materia de fiducia, conceden a la voluntad de las partes la capacidad de regular sus relaciones, tanto así que no se establecen en la ley reglas acerca de la forma de instrumentar el mecanismo de la garantía fiduciaria, respecto de la manera de constituirla o sobre el procedimiento para hacer efectiva la garantía, entre otros.

La jurisprudencia arbitral se ha manifestado en el mismo sentido; en laudo de julio 16 de 1974, dijo:

‘Sucede, en efecto, que los particulares, tienen a su disposición las llamadas libertad contractual y libertad de contratación, en virtud de las cuales pueden elegir para la satisfacción de sus intereses los instrumentos contractuales típicos o atípicos que encuentren más convenientes y, ya elegidos ellos, darles el contenido sustancial y concreto que, dentro de lo lícito, consideren más adecuado. Pero al hacerlo así quedan ya subordinados a una serie de condiciones limitantes impuestas por la ley, de observancia forzosa tanto para que el acto exista, como para que sea válido y adquiera eficacia. (...)’ (13).

Dentro de este contexto, el principio de la autonomía de la libertad privada aplica de manera preponderante en el contrato de fiducia mercantil, de tal manera que la libertad de contratación se realiza de manera casi absoluta para este tipo de contrato al permitirse a las partes que elijan la mejor forma de alcanzar la finalidad pretendida, pero sin desconocer los elementos propios que tipifican los negocios fiduciarios y las garantías y la posibilidad de hacerlas efectivas y solo en ausencia de estas se aplican supletivamente otras que les sean compatibles. O, en palabras del tratadista Luis Claro Solar: ...

“Son, pues, los contratantes los que por una libre declaración de su voluntad se obligan los unos con respecto a los otros” (14).

Y cuando escogen “un modelo legal” —un contrato tipificado— deben acogerse a sus formas para que se den los

resultados previstos por la ley. En el caso de la fiducia debe tenerse en cuenta que solamente las sociedades fiduciarias pueden tener la calidad de fiduciarios, si están autorizadas por la (*) Superintendencia Bancaria (C. de Co., art. 1226) de suerte que su actividad está sujeta al control de esa entidad, cuyas directrices, además de lo dicho atrás, tienen especial fuerza normativa para ellas.

Una vez formalizado el contrato se convierte en ley para las partes en el marco del artículo 1602 del Código Civil, es decir que perfeccionado el acuerdo de voluntades, las partes quedan sometidas a las reglas que ellos mismos se fijaron lo que permite seguridad en las relaciones inter-partes, e inclusive para terceros interesados.

De allí la importancia de contar con un marco contractual adecuado a la tantas veces mencionada finalidad del contrato de fiducia mercantil, con mayor razón si es de los denominados de garantía, con los que las partes buscan respaldar obligaciones del fideicomitente o de quien este designe y a favor de uno o varios acreedores, que son terceros frente a las partes.

3.1.10. Límites legales a la autonomía de la partes.

La responsabilidad del fiduciario en la formulación de los contratos corresponde al deber de asesoría que es inherente a los profesionales, y que aplica en todas las etapas de la relación, incluida la pre-contractual, lo que significa para el fiduciario la exigencia de estructurar adecuadamente los contratos e, igualmente, tener en cuenta la voluntad de la otra parte, asegurando que se pueda cumplir la finalidad de la fiducia.

El marco privatista al que apunta el legislador civil y el mercantil se encuentra recogido en laudo arbitral de julio 16 de 1974, así:

“(…) si bien los particulares al contratar han de ceñirse a paradigmas, modelos o esquemas formales lógicos, previamente trazados por la ley, a los cuales no les es permitido sustraerse, en cambio gozan de plena libertad, dentro de lo lícito, para darle contenido sustancial a aquella estructura, y en tal virtud para regular, como mejor convenga a sus intereses privados, la concreta relación contractual que pretenden celebrar, pues bien, dentro de ese planteamiento está implicado que las partes contratantes puedan introducir al contrato cláusulas de aquellas que la técnica sobre la materia denomina “accidentales” por no pertenecer a este ni esencial ni naturalmente, y que por lo mismo exigen que se estipulen expresamente para que puedan ser tenidas como integrantes de él (C.C., art. 1501)”(15).

Como corolario de lo anterior, resulta indispensable mencionar en esta providencia que el legislador determinó en forma imperativa algunas conductas o actividades catalogadas como deberes, que el fiduciario no puede delegar, vale decir las debe cumplir directamente y no cabe cesión o encargo en persona diferente(16). Entre los ocho deberes que hacen parte de este precepto y que derivan del reconocimiento de que el fiduciario es un profesional, se encuentra la correspondiente a la rendición de cuentas comprobadas de la gestión al beneficiario como mínimo cada seis meses (num. 8º), reconociendo por tanto el legislador la importancia que tiene la revelación en este tipo de relaciones, como consecuencia del deber de información, que contribuye a la transparencia y lealtad, a la que está obligado el fiduciario.

Por su parte, y en desarrollo del precepto del anotado deber de información, la (*) Superintendencia Bancaria lo instrumenta al establecer también con carácter imperativo la obligación de rendición de cuentas a la que se refiere el numeral 8º del artículo 1234 del Código de Comercio, antes citado. En efecto, indica el mencionado organismo que la rendición de cuentas comprenderá cuando menos el aviso sobre el estado actual, localización e identificación de los bienes transferidos en fiducia; la relación de los beneficiarios garantizados, indicando el valor de los créditos amparados por la misma, su estado y condiciones, tales como plazo, interés pactado y modalidad de pago(17).

La información que debe suministrar el fiduciario a las distintas partes que intervienen en los contratos abarca todas las etapas de la relación contractual, es decir en la pre-contractual, contractual y post-contractual. Al decir de los entendidos, además, la información a la que se encuentra obligado debe ser clara, exacta, pertinente y adaptada a la situación concreta y adicionalmente, incluyente de aspectos que el fiduciario, en su condición profesional considere riesgoso en relación con el negocio jurídico de que se trate. El deber de información se hace menos

gravoso, si la contraparte posee conocimientos en la materia de que se trate. No puede dejar de lado el tribunal, que en la controversia objeto de análisis las partes comprometidas son la fiduciaria, pero también un empresario —fideicomitente— y una entidad bancaria, esta última en su condición de acreedor garantizado.

Resalta el tribunal que el deber de información que se le exige al fiduciario mediante estas disposiciones, también deriva del principio de la buena fe que como regla de conducta orienta la actuación de los profesionales, que les impone los deberes que gobiernan una actividad que por esencia y como su nombre lo indica se encuentra fundada en la confianza. Ahora bien, esta obligación va más allá de ser responsabilidad exclusiva del fiduciario, para alcanzar incluso a las demás partes afectas al contrato de fiducia, vale decir la del fideicomitente y acreedores garantizados, en la medida en que el contenido de la información que ellos entregan es también base para la toma de decisiones de todos en las distintas etapas de este tipo de contrato, lo que deriva también en sus propias responsabilidades. Siendo estos como son contratos onerosos y conmutativos (C.C., arts. 1497,1498), lo predicado de unos afecta o beneficia a los otros, en términos de provecho y consiguiente responsabilidad, tal como se establece en los artículos 1235 y siguientes del Código de Comercio.

De allí que el denominado deber de lealtad, también asegurado por la doctrina para todo tipo de profesionales, aplica en la medida en que se exige también que los contratos sean ejecutados de buena fe por deudores y acreedores, de tal manera que los contratos obligan no solo en lo pactado, sino en todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural. A buena hora la Constitución Nacional la exige artículo 83 y el artículo 769 del Código Civil establece que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley prevé la presunción contraria.

Especialmente rigurosa ha sido la jurisprudencia arbitral al analizar otro de los elementos que caracterizan a los contratos de fiducia, respecto de la responsabilidad del fiduciario, la que de acuerdo con el artículo 1243 del Código de Comercio va hasta la culpa leve.

Por su lado, como a todos los que actúan en condición de profesionales responden solamente en lo que corresponde a las obligaciones de medio, dejando claro que si bien está es una forma de establecer que al profesional fiduciario no le corresponde en principio garantizar resultados, ello no significa irresponsabilidad del fiduciario en el cumplimiento de las obligaciones consignadas en el acto constitutivo de la fiducia. Al contrario, la responsabilidad que le cabe a quien ostenta esta condición es mayor, según lo ha asegurado la jurisprudencia en múltiples fallos, al calificar al fiduciario como un profesional por excelencia.

La tesis de que la responsabilidad de los profesionales encuentra sustento en sus especiales conocimientos y en el consecuente prestigio derivado de la autoridad que implica, en el caso del fiduciario, el contar con licencia del Estado para ejercer la actividad fiduciaria. La jurisprudencia arbitral se ha ocupado del negocio fiduciario para establecer de manera contundente que su vocero, vale decir el fiduciario, es por esencia un profesional, al que le aplica el denominado deber de vigilancia, derivado este de la necesidad de ser eficiente en la búsqueda de la finalidad de los contratos.

No obstante, considera el tribunal que la responsabilidad, aun en este tipo de contratos de gestión, es compartida, según se expresó anteriormente. La exigencia no se puede predicar solamente de una de las partes. Es así como en todo contrato y, el presente no escapa a ello, se establecen derechos y obligaciones de todos y cada uno de los intervinientes. De no ser así se resquebrajaría el necesario equilibrio de los contratos, en lo que hace a cargas y derechos, solo que del profesional se espera una mayor dedicación, pero de ninguna manera puede convertirse su obligación, en carga excesiva que como tal resulte lesiva a sus propios derechos.

Aclarando la idea el tribunal encuentra que, como atrás se dijo, las partes están obligadas a poner los medios para lograr el fin buscado; y para lo cual cada una de ellas está en la obligación de prestar toda la colaboración en todas las etapas en que se desarrolle el contrato y que su responsabilidad nace de esa obligación general, pero, por decirlo así hay una división de trabajo ocasionada por la diferencia de obligaciones.

3.1.11. El garantizado.

El acreedor del contribuyente no interviene en la elaboración del contrato —en la teoría y mientras no se

demuestre otra cosa— que por lo tanto para él es de adhesión. Pero al acogerse a los beneficios que depara, lo acepta y empieza a ser parte de él. Por lo tanto todo lo que se dijo atrás respecto al contrato (a sus cláusulas expresas y a las que son con naturales) se le aplica.

3.2. La dación en pago.

3.2.1. Naturaleza jurídica⁽¹⁸⁾.

Como es sabido, la legislación positiva no define ni tipifica la dación en pago, por la confusión del tema (eso sostiene Ospina Fernández), lo que ha dado motivo a numerosas interpretaciones y posiciones doctrinarias contradictorias. Algunos autores creen que es un contrato de compraventa, otros que es una novación, otros que es un medio de pago autónomo, que el legislador no incluyó en los códigos; y, como siempre, algunos toman elementos de todas las teorías y formulan una llamada ecléctica, lo que hizo decir a algún autor francés que se estaba creando “un monstruo trifronte”.

La más generalizada de las doctrinas la confunde con la novación, pues llena el modelo legal: cambia una obligación por otra (C. C., arts. 1690, 1 y 3); a ella se ha afiliado la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁹⁾, pese a que, ha recibido críticas en el sentido de que el acreedor no quiere ser sujeto activo de una obligación sino que le sea cancelada la inicial.

3.2.2. Importancia del tema.

3.2.2.1. Institución jurídica autónoma.

El tribunal hace notar que, sin importar la doctrina que se adopte (aún en el derecho romano), todos los autores están de acuerdo en que la dación es una figura distinta del pago normal —medio por el cual se extinguen las obligaciones (C.C., art. 1826)— y diferente de la compraventa; la teoría inicial, basada en la institución romana del derecho quirritario antiguo, que la asimilaba a esta institución ha sido abandonada; hoy nadie la defiende. Entre nosotros Jorge Cubides dice que el “*datio adsolutum*” de los romanos —que generalmente se invoca como origen de la institución— es una figura jurídica distinta, en la cual se da un bien para que se venda y con el producido de la venta se haga el pago.

Pero de todas maneras —y es la tendencia francesa, que aquí recoge y defiende Ospina Fernández— es una manera de cancelar unas obligaciones, idea que informa el artículo 882 del Código de Comercio (ver la sentencia citada en la nota 19) por lo cual es preciso que exista previamente una deuda que se va a cancelar.

3.2.2.2. Aceptación por las partes.

Esa distinción tiene especial significación en el caso que se estudia, en el cual las partes, libremente, la consagraron al establecer unos procedimientos para la venta del bien fideicomitido y el pago efectivo de la obligación original con el dinero proveniente de ella, y otros, distintos para la dación en pago.

Los interesados en esta negociación, incluido el banco acreedor, conocían y conocen y aceptaban y aceptan la distinción entre el pago de lo debido, la dación en pago o la compraventa, como lo evidencia el análisis del contrato de fiducia, que se hace adelante (Nº 4.2.1.1).

IV. El caso *sub iudice*

4.1. El *thema decidendum*.

4.1.1. La demanda.

4.1.1.1. La petición.

Como se vio atrás la convocante pide que se declare que Fiducolpatria incumplió el contrato de fideicomiso contenido en la escritura 3.575 de 25 de octubre de 1995 de la Notaría 32 del Círculo de Bogotá, porque, culpa, negligencia grave y dolo no ha devuelto un “remanente” que, según ella existe en la dación en pago. Y que, como

consecuencia de esa declaración se condene a la demandada a pagar el “remanente”, más sus intereses moratorios, y las costas del proceso.

4.1.1.2. Los cargos en la demanda.

• El cargo fundamental.

El tribunal adopta esta denominación para distinguir la acusación de haber violado una norma de fondo de aquellas que se refieren a los procedimientos, y encuentra que está expresamente señalada en el hecho decimosexto de la demanda, que a la letra dice:

“Fiduciaria Colpatria S.A. incumplió el contrato de fiducia mercantil celebrado mediante la escritura pública número tres mil quinientos setenta y cinco (3.575) de fecha 25 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995) otorgada ante la Notaría Treinta y Dos (32) del Círculo de Bogotá, D.C. toda vez que no ha entregado a el fideicomitente el remanente como es su obligación derivada de la cláusula octava, numeral cuatro punto cinco (4.5)”.

Se recuerda en este punto que la falta debe ser producto de la culpa, negligencia grave y dolo de Fiducolpatria, pues así lo pide expresamente la convocante en su demanda.

La demanda se basa exclusivamente en la escritura de constitución del fideicomiso. No hace mención de la modificación ni a la orden de dación en pago; y tan solo en el memorial de conclusión alude a ellas y exclusivamente para decir que no varió la garantía a deudas no registradas.

• Sobre cuestiones de procedimiento.

La transcripción que hace la demanda de algunas cláusulas de la escritura de constitución del fideicomiso y la referencia a algunas de ellas en el alegato de conclusión permiten interpretar que se acusa a Fiducolpatria de haber violado las siguientes:

— La primera porque se pagaron obligaciones no registradas por el fiduciario.

— La segunda porque pretenden incluirse intereses.

— La séptima por no haber buscado el beneficio del fideicomitente, aduciendo como prueba la falta de devolución de un supuesto excedente, punto este que contiene, también, un aspecto de fondo.

Y por no haber presentado informes.

4.1.2. Contestación y excepciones.

4.1.2.1. Enunciación.

Al contestar la demanda, la convocada se opone a lo pedido por la actora para lo cual utiliza, con los mismos argumentos de hecho y de derecho que le sirven para sustentar las cuatro (4) excepciones que formula para enervar la acción de su contraparte. Relata pocos hechos: que Droguenal debe al Banco Colpatria varias y cuantiosas sumas, que el contrato de fideicomiso original se modificó, y presenta como prueba la escritura 1212 de 15 de abril de 1997 corrida en la Notaría 25 del Círculo de Bogotá. Este punto había sido ignorado en la demanda, pese a que en la escritura de dación en pago aportada con ella se hace expresa referencia a ella a punto tal que se pone de presente que no fue registrada.

La forma como están presentadas y sustentadas las excepciones obliga al tribunal a un esfuerzo de interpretación, que se hará siguiendo los lineamientos trazados atrás para la interpretación de la demanda, que se aplicarán, en lo pertinente, en este punto.

4.1.2.2. Ausencia de incumplimiento contractual.

Basa esta excepción fundamentalmente en que el precio de dación en pago está equivocado por un error

involuntario y en que el valor de las sumas que Droguenal adeudaba a Fiducolpatria eran superiores al valor comercial, por lo cual no había remanente.

4.1.2.3. Inexistencia de responsabilidad contractual.

Basada en que no hay indemnización, expresa que no existen los elementos del daño; primero porque no había remanente a devolver, y luego que el acto no es imputable al deudor contractual, en que la convocante no sufrió perjuicio y en que no hay relación de causalidad entre el hecho imputable y el daño.

4.1.2.4. Inexistencia de perjuicios.

La basa en que no había remanente alguno que devolver.

4.1.2.5. Temeridad y mala fe.

Se basa en que la actora presenta una demanda temeraria aprovechándose de un error ajeno.

4.1.3. Resumen.

En resumen el tribunal debe decidir, en primer lugar si hay “remanente”; y si lo hubiera, si la fiduciaria lo devolvió o no. Si la respuesta al punto anterior es negativa deberá estudiarse si hubo o no violación del contrato de fideicomiso, por culpa, negligencia grave y dolo.

En seguida se estudiarán los llamados cargos subsidiarios para saber si, en razón de los mismos, Fiducolpatria violó el contrato de fideicomiso, por las mismas condiciones.

Si hay violaciones, se determinará si como consecuencia de ellas se debe indemnizar a la convocante, y en qué cuantía. En caso de respuesta afirmativa, si hay lugar a intereses moratorios, y desde qué fecha.

Por último se decidirá sobre costas.

El Código de Procedimiento Civil (art. 304) ordena al juzgador decidir sobre las excepciones. Como se dijo atrás los argumentos de Fiducolpatria contra las pretensiones de la demanda son los mismos en que basa las excepciones. Por economía procesal se estudiarán conjuntamente con los cargos. Además de acuerdo con teoría expuesta por el Dr. Hernando Morales Molina, aceptada por la honorable Corte Suprema y por la jurisprudencia arbitral(20) .

“Como se examinan las excepciones. Salvo las del proceso ejecutivo, las excepciones se deciden en la sentencia final. Si el demandado las ha propuesto, el juez debe examinarlas en la parte motiva y decidir sobre ellas en la parte resolutive, siempre que se encuentren acreditados los requisitos de la pretensión, pues en caso contrario absuelve al demandado por la ausencia de cualquiera de ellos... Sobre estos puntos dice la Corte: el estudio y decisión de las excepciones no son pertinentes, por regla general, cuando se niegan las pretensiones de la demanda, negativa que muchas veces proviene de la ineficacia de la acción (pretensión)”.

Por lo tanto solo se decidirá sobre las excepciones que se dirijan a enervar aquellas peticiones de la actora que prosperen.

4.2. Consideraciones del tribunal.

4.2.1. Las pruebas.

4.2.1.1. Nota general.

Acorde con lo que se dijo atrás (Nº 1.1.3) el tribunal pone de presente que los documentos que se analizan en este laudo tienen las siguientes características:

Algunas de ellas fueron protocolizadas con las escrituras que obran en el proceso.

Fueron entregados por las partes en copias, sin que al hacerlo dejaran salvedad alguna sobre su validez; luego su contenido hace prueba en lo que a la aportante se refiere.

La parte que las aportó sostuvo que habían sido firmadas por su contraparte, quien no la objetó.

Las cartas que obran en los folios 124 a 129 fueron reconocidas, tanto como suscritas por él, como en su contenido por el representante legal de Droguenal.

No sobra añadir que de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 962 de 2005 las firmas de los documentos que obran en los procesos se presumen auténticas.

4.2.1.2. El registro de las escrituras.

Como ya se hizo notar las copias de las escrituras aportadas al proceso no tienen nota de registro, error u omisión que en cuanto hace al traspaso de la propiedad del bien fideicomitado fue subsanada por el tribunal.

Pero la escritura de modificación de la fiducia no fue registrada, como se dice expresamente en la dación en pago. Cabe entonces la duda de si tiene, o no, validez.

En el numeral 3.1.1 de este laudo se puso de presente cuando se requiere la formalidad de escritura pública para constituir el fideicomiso; y como, en derecho, las cosas se modifican o se cancelan por el mismo medio que se utilizan para crearlas, es obvio que la modificación de los contratos de fiducia está sujeta a los mismos requisitos que la ley exige para su constitución. Las modificaciones adoptadas por la escritura 1212, no transfieren la propiedad de un bien raíz, luego no requerían, tan siquiera, la formalidad de la escritura pública. De hecho, no transferían el bien, por lo cual tampoco requieren la formalidad del registro.

Empero, el registro no tiene por finalidad solamente transferir el dominio de un bien, sino que también, como se dijo atrás, cumplen el objetivo de hacer públicos los actos sometidos a él, en cuya virtud son oponibles a terceros. En el caso de que se ocupa este laudo las únicas personas que están relacionadas en virtud del contrato de fiducia son las que otorgaron la escritura de “aclaración”, (en realidad es de modificación), y por lo tanto no hace falta la publicidad que les da el registro.

Al respecto cabe la precisión efectuada en laudo arbitral, respecto de situación semejante:

“Pero la necesidad de someter el documento a las solemnidades en cuanto se refiera a actos catalogados por la ley como solemnes no implica que las otras relaciones recogidas por el convenio, de carácter consensual, pierdan tal con sensualidad”⁽²¹⁾.

Ahora bien, la determinación a la que llegaron las dos partes constituyentes del contrato fiduciario, en nada afecta intereses de beneficiarios y terceros. La aclaración se limita a precisiones sobre el único acreedor garantizado que ya aparecía registrado en los libros llevados por la fiduciaria para tal efecto⁽²²⁾. Los hechos indican, además, que el fideicomitente actuó en forma libre, o por lo menos no hay prueba en contrario que lleve a establecer que la aclaración contractual no se efectuó bajo el contexto de la buena fe contractual, o sea que no se configura daño alguno.

Más aun, si la tesis expresada en el fallo arbitral antes transcrito no fuere de recibo, aplicaría de todas maneras el principio que expresa que los acuerdos privados rigen entre las partes y sus efectos únicamente se surten entre ellos mismos y no comprometen a terceros. En todo caso, la jurisprudencia arbitral ha aclarado suficientemente, que fiduciario, fideicomitente y acreedores garantizados, son partes de los contratos de fiducia en garantía.

4.2.1.3. La orden de dación en pago.

La comunicación que dirigieron los representantes de Droguenal y del Banco Colpatria a Fiducolpatria es un acto que desarrolla el contrato de fiducia. Como tal —y adelante se estudiará su alcance—, es la expresión de la voluntad de las partes, que por no implicar ninguno de los supuestos necesarios, según la ley, para que consten en escritura pública o para que estén sujetos a la formalidad del registro, pueden constar en documento privado.

4.2.2. El remanente en el contrato de fideicomiso entre las partes.

4.2.2.1. Contenido.

Las partes, celebraron un contrato de fiducia mercantil en garantía, irrevocable, que consignaron en la escritura 3575 corrida el 25 de octubre de 1995 en la Notaría 32 del Círculo de Bogotá. En las circunstancias de hecho que adelante se analizarán, se modificaron las cláusulas 2ª, 3ª y 7ª; posteriormente Droguenal, y el Banco Colpatría como único acreedor beneficiario dieron a Fiducolpatría unas instrucciones que rompen el esquema plasmado en las escrituras públicas.

Para los efectos de este proceso cabe destacar las siguientes previsiones:

- La primera consideración, reproducida en la cláusula primera establece que con el contrato se pretende garantizar obligaciones presentes y futuras a cargo del fideicomitente o de terceros expresamente señalados por este, siempre que figuraran inscritos en el registro que para el efecto llevaba la fiduciaria, para lo cual debía llenar una serie de requisitos establecidos en la cláusula segunda del contrato y cuyo monto no exceda del 70% del valor del bien.

- En la consideración segunda, se dejó constancia de que era deseo del fideicomitente ofrecer a sus acreedores “un mecanismo de garantía ágil y seguro”.

- Se traspasó a Fiducolpatría, como bien fideicomitado, la propiedad de un predio urbano ubicado en Bucaramanga debidamente identificado en la escritura.

- En la escritura de modificación, la cláusula segunda, reglamentada por la tercera, se limitó como beneficiario único al Banco Colpatría.

- La cláusula quinta regula las obligaciones del fideicomitente, dentro de las cuales se destacan:

- La de asumir los negocios de venta del bien fideicomitado que en su nombre y por su cuenta celebre el fiduciario en el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas(sic).

- La de **“presentar al fiduciario una relación de las acreencias que quedarán garantizadas por el bien fideicomitado, siendo responsable de la veracidad de los datos que allí se contengan”**.

- La de **presentar al fiduciario.**

“un avalúo comercial del bien fideicomitado, efectuado por una firma especializada, con el fin de verificar que dicho bien cubra suficientemente las obligaciones garantizadas” (la negrilla no corresponde al texto).

- **Las obligaciones a cargo del fiduciario se encuentran reguladas en la cláusula séptima de la escritura 3575 antes enunciada.** En lo pertinente:

“2. En el evento de que tuviere que proceder a la venta del bien fideicomitado para el pago de las obligaciones garantizadas por este, obrar con toda diligencia y profesionalismo en las gestiones de venta, buscando las condiciones más favorables para los intereses del fideicomitente y los beneficiarios”(23) .

- **En caso de venta del inmueble fideicomitado, el fiduciario debe presentar informe completo “acerca de las condiciones en que dicha negociación se realizó, acreditando tal hecho con las ofertas recibidas por escrito y debiendo haber optado por aquella que determine el más alto precio y las condiciones de pago que impliquen su efectividad en el menor tiempo posible”**.

- En la cláusula 8 (de cuya violación la actora acusa a la convocada como fuente contractual de sus pretensiones), **se cumple con la exigencia de la (*) Superintendencia Bancaria de establecer el denominado procedimiento de ejecución: si se presenta un incumplimiento del fideicomitente (o sus garantizados).**

- El acreedor deberá probarlo por sistemas taxativamente enunciados; el fiduciario deberá dar traslado al fideicomitente.

- Si los deudores no pagan en 30 días, se abre proceso **para la venta** del bien fideicomitado (resalta el tribunal).

Con un error de técnica jurídica(24) dice cómo imputa el precio. Acota el tribunal que “precio” significa dinero, a tal grado que cuando no lo es, en una proporción dada, la compraventa se trueca en permuta (C.C., art. 1840)(25). Y que el artículo 905 del Código de Comercio —y las partes y el Banco acreedor son comerciantes— define la compraventa como un contrato en que una parte se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra **a pagarla en dinero. Es allí donde se dice que si hay remanente (y tiene que ser de dinero) se le entregue al fideicomitente**, luego de pagar —si los hay no garantizados— intereses corrientes y de mora.

- Se establecen reglas para casos que aquí no importan.

- La cláusula novena (denominada “procedimiento para la venta”) es un complicadísimo y larguísimo reglamento para llevar a cabo la venta del bien fideicomitado, para lo cual el fiduciario deberá abrir una almoneda, a cuyo término, 275 días después de recibido el aviso de la falta de pago de los deudores, si nadie ha ofrecido el 60% del avalúo comercial del bien, los acreedores beneficiarios pueden pedir la dación en pago.

- En la escritura modificatoria (la N° 1212 de 15/IV/97 Notaría 25 de Bogotá) se modifica esa cláusula, comenzando por el título, (ahora es “Procedimiento para la Venta y **Dación en Pago**” –subraya el tribunal). Y persiste la complicada almoneda, aun cuando reduciendo el término (no mucho, en verdad: apenas 25 días), a su vencimiento el beneficiario —es único: el Banco Colpatria— puede pedir la dación en pago.

- En carta conjunta Droguenal y el Banco Colpatria dieron instrucciones a Fiducolpatria, para que antes de surtirse el procedimiento para la almoneda, se adjudicase al segundo el bien fideicomitado.

4.2.2.2. Venta y dación en pago.

Como se ve claramente, la forma prevista en el contrato de fiducia, tal como figuraba en las dos escrituras públicas requería que previamente a la dación en pago se agotara un complicado procedimiento para vender el bien fideicomitado.

Ese complejo sistema puede explicarse por la necesidad de las compañías fiduciarias de agotar, hasta el máximo, las oportunidades de vender el bien en las mejores condiciones posibles, y obtener la mayor cantidad de dinero como precio de la venta. Y desde luego; para evitar, hasta donde sea posible operaciones sin transparencia entre los acreedores beneficiarios y las compañías fiduciarias.

Solo si el dinero producto de la venta alcanzaba para pagar las obligaciones garantizadas, y los intereses no garantizados, un remanente, este debería reintegrarse al fideicomitente.

Pero las partes interesadas, es decir el fideicomitente, en este caso Droguenal, y el acreedor beneficiario, en este caso el Banco Colpatria resolvieron, mediante un convenio que está demostrado en la carta que dirigieron conjuntamente a fideicomitente, en este caso Fiducolpatria quien lo aceptó, abstenerse del mecanismo de la almoneda, y de la posibilidad de vender el bien, y, en su lugar optar por la dación en pago.

Este pacto que las partes celebraron libremente en nada contradice al derecho; respeta el ejercicio de la voluntad privada, sin ofender ninguna norma jurídica, escrita o no.

Veamos como ocurrieron las cosas.

4.2.2.3. Los hechos.

En comunicación de mayo 5 de 1997 (fls. 124 a 126) Droguenal pidió al banco acreedor ayuda para reestructurar su deuda, porque atravesaba un período económicamente difícil; diez y seis días después concretó su respuesta ofreciendo dar en pago el inmueble fideicomitado, por su valor comercial (fls. 127 a 128).

El tribunal, da entera credibilidad al indicio constituido por las cartas atrás citadas, que el tribunal encuentra concordantes con la conducta posterior de las partes, que modificaron como queda dicho el contrato, y relacionados con todas las demás pruebas que obran en el expediente, incluida la declaración de parte del

representante de Droguenal.

En efecto este, al reconocer las cartas como suyas, dijo (fl. 243, cdno. ppal.) que era una de muchas propuestas y que

“Como tal fue un propuesta que nunca se llevó a cabo. ¿En qué sentido?, que muchos de los parámetros que se vieron allí no se cumplieron”.

Empero revisando la carta de oferta fechada el 5 de mayo de 1997 se encuentra que propone: (1) efectuar una dación en pago del bien; (2) la extinción total de las obligaciones a cargo de Droguenal y a favor del Banco, con devolución de un certificado. (3) Concesión de una opción de compra; y (4) un plazo durante el cual Droguenal seguiría ocupando el inmueble como arrendataria.

En el expediente obran, sin que hayan sido desconocidos por Droguenal el contrato de opción, y el de arrendamiento del inmueble firmados ambos el 30 de junio de 1997, once días después de la dación en pago.

Es decir, que contra lo que dice el señor Vélez se cumplieron las condiciones por él exigidas.

En el expediente no hay constancia alguna de que se hayan, o no, extinguido las demás obligaciones a cargo de Droguenal y a favor del banco, aun cuando hay un indicio que permite pensar que esas deudas no se han cobrado: ninguna de las partes hizo mención de su cobro.

Tampoco hay prueba de la devolución del certificado de garantía (que es ajeno, totalmente, a este proceso). Pero no es difícil deducir que Droguenal encontró aceptables las condiciones tal como se ejecutaron si se tiene en cuenta que, como consta en carta suscrita por su representante legal, que no ha sido tachada y que hace por lo tanto plena prueba, conjuntamente con el Banco Colpatria dio instrucciones claras y expresas a la convocada de que entregara en dación en pago el bien fideicomitado al banco acreedor.

Es cierto que en esta última comunicación se citan expresamente tres certificados de garantía, los números 214, 230 y 592; pero no puede entenderse como una limitante en cuanto al valor de las deudas que se iban a pagar, sino como una simple referencia. Porque allí mismo se ordena que se dé la bodega en pago, por su valor comercial, lo que significa que hasta esa cuantía se pagaban deudas de Droguenal.

En la escritura original se preveía que, si se vendiera el inmueble fideicomitado el precio se destinara a pagar los certificados expedidos, y que en caso de que sobrara dinero se pagaran los intereses devengados por los acreedores.

4.2.2.4. Conclusiones.

• ¿Puede haber devolución?

Según quedó establecido, la dación en pago es un mecanismo adoptado para pagar una deuda —para usar la terminología adecuada, para cumplir una obligación— existente. Cualquiera que sea la teoría que se adopte sobre su naturaleza jurídica, y con más veras si es la de la novación o la de medio de pago idóneo, es preciso que haya una obligación que se cumplirá por este medio.

Por lo tanto no hay dinero que devolver si el valor adeudado es inferior al valor del bien entregado en pago, puede haber nulidad de la dación, pueden causarse perjuicios; o muchas otras posibilidades. Pero es absolutamente seguro es que no hay remanente en dinero.

La acción de Droguenal se basa en el incumplimiento de la supuesta obligación de reintegrar un “remanente” para lo cual utiliza las siguientes expresiones:

— “El pago de la diferencia ... no ha sido solucionado por parte de la Fiduciaria Colpatria S.A.” (hecho 15).

— Fiduciaria Colpatria S.A. incumplió el contrato ... toda vez que no ha entregado a el fideicomitente el remanente (hecho 16).

Puede verse con claridad absoluta que la convocante dice que Fiducolpatria incumplió el contrato porque no ha entregado el remanente. Y es claro que ese remanente no se puede entregar porque ontológicamente no existe.

Y porque las partes previeron la existencia y devolución del remanente para sumas de dinero provenientes de la venta del bien fideicomitado; no se previó jamás para el caso en dación pago.

Para evitar tergiversaciones el tribunal advierte que en este pasaje no se está refiriendo a que haya o no, diferencia entre el precio de la dación en pago y el valor de los créditos garantizados, sino al hecho de que ese remanente no es un bien; y que el contrato regula la devolución de un remanente en dinero en caso de que venta.

• **Congruencia del laudo.**

De acuerdo con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil el laudo debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas y en él no podrá condenarse al demandado por causa diferente a la invocada en la demanda. En este caso esa prohibición adquiere mayor importancia porque si el tribunal falla más allá de esos límites el laudo puede ser anulado.

Por lo tanto el cargo de incumplir el contrato por no devolver el remanente será negado. Nótese que en las tres primeras excepciones la convocada no discute la causa del remanente sino únicamente su cuantía, de donde resulta claro que deben declararse no probadas; no se puede cuantificar lo que no existe.

• **Peticiones consecuenciales.**

La demanda dice, expresamente,

“Que como consecuencia de lo anterior ...”.

Es decir de la declaratoria de que Fiducolpatria había incumplido la obligación de reintegrar el remanente, se condenará a la convocada al pago del valor atribuido al remanente, más sus intereses. El tribunal negará esta solicitud porque, no existiendo remanente no se puede ordenar su devolución, y porque habiéndose denegado la primera solicitud mal se puede ordenar lo que era consecuencia de aceptarla.

4.2.3. Las obligaciones de procedimiento.

4.2.3.1. Enunciación.

Como se dijo en el numeral 4.1.1.2 bajo esta denominación se agrupan las acusaciones que hace la demanda con sustento preciso.

En las dos primeras, que por su obvia relación se considerarán conjuntamente, manifiesta que la convocada incumplió la obligación de pagar solo obligaciones que estuviesen registradas por ella fiduciario y que incluyó en pago de intereses.

Dice también que la convocada actuó en contra del fideicomitente y a favor del beneficiario porque no devolvió el remanente.

Y por último, la acusa de incumplir el contrato por no haber enviado los informes a que se había obligado.

4.2.3.2. Pago de obligaciones no amparadas.

Encuentra el tribunal, al analizar este cargo, que la escritura de dación en pago hace referencia explícita a los certificados de garantía expedidos, y advierte que ellas,

“Se encuentran documentadas en los pagarés relacionadas en el anexo que se adjunta para su protocolización con la presente escritura pública”.

y que aparecen protocolizados un “pagaré único de contra garantía”, con los valores en blanco y sin carta de instrucciones; y un “pagaré cartera ordinaria” por valor de \$ 405.000.000.

Finalmente la cláusula 3ª dice:

“Que el acreedor abonará el valor de la presente dación en pago a la extinción parcial de las obligaciones a cargo del fideicomitente, garantizadas con los certificados de garantía...”.

Por otro lado en el certificado que, a instancias del tribunal expidió el Banco Colpatria (fl. 264) ese pagaré aparece relacionado por su valor nominal, que junto con sus intereses suma un total de cuatrocientos treinta y siete millones ciento noventa y ocho mil doscientos treinta y un pesos (\$ 437.198.231).

Ahora bien: en la carta que figura en el folio 127, Droguenal acepta que debe, al banco cuatrocientos sesenta y cinco millones de pesos (\$ 465.000.000), vencidos.

Encuentra el tribunal en todos estos documentos, y, básicamente, en la escritura de dación en pago una enorme confusión que va más allá de una oscura redacción y de una pésima semántica, que impiden determinar cuáles fueron las obligaciones que realmente se pagaron mediante la dación en pago.

Esa confusión aumenta, con el valor atribuido a la dación en pago que, de acuerdo con las instrucciones conjuntas de Droguenal y el Banco Colpatria a Fiducolpatria ha debido ser el comercial.

Nadie sabe, por lo menos con los elementos de juicio que obran en el expediente, cuál es ese valor.

Todo parecería indicar que es el realizado por García Díaz & Cía. Ltda., que la convocante remitió a la demandada con fecha junio 5 de 1997, y que aparece en los folios 130 a 135. Sin embargo el tribunal encuentra que dicho avalúo es una copia exacta del rendido en 1995, y que sirvió, según dice el dictamen pericial del señor Horacio Ayala Vela para contabilizar el valor inicial de la fiducia; entre los dos, no hay diferencias, a grado tal que parecen dos versiones impresas de un mismo archivo magnético.

Tan solo difieren en la última página, que contiene los avalúos; pero aún así, la diferencia es tan solo en las cifras.

En esas condiciones, es obvio que los fundamentos del dictamen carecen de la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, como lo exige el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil. Desde luego su apreciación, en la vida de los negocios no se rige por las normas de procedimiento civil, pero el tribunal sí, máxime que este es uno de los puntos en disputa.

Porque, además, en la escritura de dación en pago figura la cifra de quinientos cuarenta y ocho millones ochocientos diecinueve mil pesos (\$ 548.819.000) cifra cuyo origen no ha podido establecerse. La convocada, con una argumentación débil y forzada, la hace depender de una equivocación, que por otra parte jamás demostró, de la notaría. Aún si su excusa elemental fuera cierta, nada lo exime de una culpa grave, que

“consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen utilizar en negocios propios.

Nadie se obliga a algo sin saber, siquiera por qué y por cuánto.

De todo este embrollo lo único que puede deducirse, con certeza, es que la orden modificó en este aspecto el contrato fiduciario, como atrás se explicó, y era la de entregar en dación en pago el bien fideicomitado; y que, según se establece en otros pasajes de este laudo el Banco Colpatria dio por canceladas por lo menos las obligaciones que aparecen relacionadas en el certificado del folio 264.

Quiere esto decir que, pese a ciertas formalidades que las partes se creen obligadas a llenar, han interpretado la orden de dación en pago como una modificación al contrato, como quedó explicado atrás, y entendieron que se cancelaban las deudas a cargo de Droguenal y a favor del banco.

Es indudable que si Fiducolpatria hubiera procedido con el profesionalismo y el rigor que deben garantizar su gestión, toda esta “comedia de equivocaciones” no hubiera tenido lugar; si tenía duda acerca del significado de la orden de dar el bien en pago era modificación del contrato, y pudiera atenderse, y si tuviese duda sobre el verdadero valor comercial del bien, le quedaba el recurso de acudir al Superintendente Bancario, en la forma

descrita en la parte doctrinaria de este laudo.

Pese a que resulta obvio que Fiducolpatria faltó al profesionalismo que según el contrato, la doctrina, la jurisprudencia y la ley deben presidir todas sus actuaciones; también es cierto que esa falencia no se traduce, en los términos de la demanda, en obligación de indemnización, por dos razones: porque no se evaluaron los posibles perjuicios; y porque la *causa petendi* de las indemnizaciones se basa en la entrega del remanente.

Así, pues, en este punto prosperará la demanda, aun cuando únicamente en la parte declarativa; sin embargo se tendrá en cuenta en la liquidación de costas.

4.2.3.3. Intereses en conflicto.

Se ha dicho atrás, y se reitera, que el cargo, en este punto, está basado en que para favorecer al Banco Colpatria la fiduciaria no entregó el remanente a la convocante.

No habiendo remanente, como quedó demostrado, mal puede prosperar esa solicitud, que por lo tanto será desechada.

4.2.3.4. Informes.

En el hecho sexto de la demanda se advierte que según el contrato de fiducia, el fiduciario tenía la obligación de presentar informes sobre las condiciones de la venta del bien fideicomitado. En la respuesta a la demanda la parte convocada manifiesta que no hubo venta, por lo cual este informe no procedía.

El tribunal no comparte la posición de la fiduciaria por varias razones: porque la obligación de rendir cuentas de su gestión cobija a todo aquel que maneje negocios ajenos y de manera especialísima, a los fiduciarios, tanto que la (*) Superintendencia Bancaria en la circular básica jurídica sobre cuestiones fiduciarias exige que el fiduciario informe al fideicomitente de cualquier acto relevante; porque el mismo fiduciario al rendir informe, así fuera tardíamente, entendió que debía hacerlo.

Y desde el punto de vista práctico porque pese a la notoria diferencia entre la venta y dación en pago, la situación de hecho es la misma: al cumplir el encargo fiduciario se enajenó el bien fideicomitado. Además si se hubiera rendido el informe oportunamente habría la posibilidad de aclarar varios de los inconvenientes que han dado lugar a esta controversia.

Al igual que en el caso anterior, esta falta de Fiducolpatria no tiene posibilidad de indemnización, por las mismas razones. Sin embargo, se tendrá en cuenta para la liquidación de costas.

4.2.4. Excepción de temeridad.

Como ya se ha dicho la convocada opone, como excepción contra las pretensiones de Droguenal una que consiste en aseverar que la demanda es temeraria y que la convocante se está aprovechando de un error ajeno.

En primer lugar el tribunal encuentra que el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil considera que hay temeridad o mala fe en cuatro casos, en ninguno de los cuales encaja la actuación de Droguenal.

En efecto ni la demanda carece manifiestamente de fundamento legal, ni se alegan hechos que, a sabiendas se puedan calificar de contrarios a la realidad. Que eso es cierto se demuestra por el esfuerzo intelectual que debió hacer el tribunal para establecer tanto los hechos como el derecho; y además debe anotarse que a la confusión contribuyó, en no poco, la actuación contractual de la convocada.

Por otro lado salvo el caso de que fuese clarísimo lo temerario de la demanda, lo que hubiera resultado de las consideraciones anteriores, no se entiende cómo el proceder que la convocada predica de la convocante pudiera enervar la acción del primero.

Sabe el tribunal que la temeridad o la mala fe no están definidos de manera excluyente por el artículo 74 que se comenta; pero los argumentos de Fiducolpatria para pedir la declaración son, por decir lo menos ingenuos e

irrelevantes; fuera de que no puede achacar mala fe a la actora porque no la ayuda a corregir un error que ella cometió.

Por lo tanto esta excepción no prosperará, lo que se tendrá en cuenta en la liquidación de costas.

V. Economía del proceso arbitral

5.1. Costas.

5.1.1. Causación.

De acuerdo con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil se debe condenar en costas “a la parte vencida en el proceso”. En este litigio la actora fue vencida en casi todas sus solicitudes, y especialmente en aquellas de mayor relevancia económica, a tiempo que la convocada fue vencida en lo relativo a las excepciones propuestas y a la declaración, que se hará en la parte resolutive, de que incumplió algunas de las obligaciones que nacen del contrato de fiducia que se estudió en este laudo.

Por eso se condenará a la actora a pagar el ochenta y cinco por ciento (85%) de las costas y a la demandada a pagar el quince por ciento (15%) del valor de las mismas.

5.1.2. Liquidación.

Para liquidar las costas se tendrá en cuenta que existen constancias de que Droguenal depositó en manos del presidente la suma total fijada por el tribunal en el auto 1, y de que no la hay sobre el pago por parte de Fiducolpatria.

El artículo 392 citado establece que dentro de las costas debe liquidarse el valor de las agencias en derecho, que el tribunal estima en la suma de dos millones quinientos mil pesos (\$ 2.500.000).

5.1.3. Liquidación de costas.

Aparecen causadas en el expediente las siguientes:

Gastos fijados en el auto 1	\$ 37.377.800.		
Pre-arbitrales (fl. 14)	\$ 830.550.		
IVA sobre honorarios	\$ 5.014.800.		
Honorarios perito (con IVA)	\$ 2.900.000.		
Agencias en derecho (más IVA)	\$ 2.900.000.		
Subtotal	\$ 49.023.150.		
Menos:			
Gastos de funcionamiento estimados	\$2.255.000.		
Menos los realizados:			
Caja menor	\$ 286.600.		
Gastos secretaria	\$1.242.000.	(\$1.528.600.)	(\$ 726.400.)
Total costas			\$ 48.296.750.

5.2. Protocolizaciones.

El expediente, en su oportunidad se protocolizará por el presidente en la Notaría 46 del Círculo de Bogotá.

De esa suma

Corresponde a Dróguenla el 85%	\$41.052.237.50	
Y a Fiducolpatria el 15%	\$ 7.244.512.50	
Iguales	\$48.296.750	\$48.296.750.

El presidente entregará a los árbitros y a la secretaria el valor de sus honorarios tan pronto el laudo o sus posibles adiciones, aclaraciones o correcciones estén en firme.

El saldo permanecerá en la cuenta abierta a nombre del señor presidente del tribunal hasta cuando protocolice el expediente y pague los gastos del caso. El producido pertenecerá a Droguenal, porque es un depósito hecho por ella, cuyos frutos, por tanto son suyos (C.C., art. 718).

* * * * *

Por lo anteriormente expuesto el tribunal de arbitramento integrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para fallar en derecho sobre la demanda presentada por Droguenal & Cía. S.A., Droguería Nacional, hoy en liquidación, contra la Fiduciaria Colpatria S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y debidamente habilitado por las partes:

FALLA:

Primero. No prosperan las excepciones propuestas.

Segundo. Declárase que Fiduciaria Colpatria S.A. incumplió con las obligaciones de actuar con la debida prudencia y cuidado propios de su naturaleza, y consignados en el Contrato de Fideicomiso celebrado con Droguenal & Cía. S.A., Droguería Nacional, hoy en liquidación, que consta en las escrituras públicas 3.575 de 25 de octubre de 1995, corrida en la Notaría 32 de Bogotá y 1212 de 15 de abril de 1997, corrida en la Notaría 25 de Bogotá, así como con la obligación de rendir informes sobre su gestión como fiduciaria.

Tercero. Condénase en costas a las partes así:

En el ochenta y cinco por ciento (85%) de las liquidadas en el numeral 4.1.3 a Droguenal & Cía. S.A., Droguería Nacional, hoy en liquidación, y en el quince por ciento (15%) de la misma suma a la Fiduciaria Colpatria S.A.

Cuarto. Entréguese a cada una de las partes copia auténtica de este laudo junto con copias de los autos que resuelvan sobre las solicitudes de aclaración, corrección y complementación, si hubiere lugar. En las que se entreguen a las partes se dejará constancia de que en lo relativo a cartas y solo en eso, tiene mérito ejecutivo.

Entréguese, igualmente copias del laudo y de la providencias enunciadas a cada uno de los árbitros y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Quinto. Una vez en firme este laudo entréguese a los árbitros y a la señora secretaria el saldo de sus honorarios.

El sobrante de la cuenta de ahorros abierto a nombre del presidente del tribunal su saldo, luego de pagar los gastos de protocolización será entregado, junto con sus rendimientos, a la parte actora, tan pronto como se protocolice el expediente.

Sexto. En la oportunidad legal se protocoliza el expediente en la Notaría 46 del Círculo de Bogotá, D.C.

Notifíquese y cúmplase.

*Bernardo Carreño Varela, presidente—Stella Villegas De Osorio—Rodrigo Llorente Martínez, árbitros.
Patricia Zuleta García, Secretaria.*
