

Laudo Arbitral

Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A.,

v.

Jorge  dgar Rey Díaz y otros

Abril 3 de 2001

Bogotá, 3 de abril de 2001.

I. CAPÍTULO I

Antecedentes del trámite arbitral

a) El 20 de noviembre de 1995, mediante escritura 1541 de la Notaría 43 del Círculo de Santafé de Bogotá se celebró un contrato de fiducia mercantil en garantía entre Jorge  dgar Rey Díaz, A da Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes y Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A.;

b) El objeto del mencionado contrato era el de asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los fideicomitentes;

c) En las cláusulas vigésimo tercera y vigésimo cuarta del contrato de fiducia antes mencionado se estipuló:

“Cláusula vigésimo tercera pacto arbitral. Las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.

“Cláusula vigésimo cuarta-Cláusula compromisoria. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución o liquidación se resolver  por un Tribunal de Arbitramento que fallará en derecho, designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C., que se sujetará a lo dispuesto en las normas legales vigentes, de acuerdo con las siguientes reglas.

1. El tribunal estará integrado por tres  rbitros.

2. La organización interna del tribunal se sujetará a la reglamentación prevista para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la cámara de comercio y las disposiciones legales pertinentes.

3. El tribunal sesionará en Santafé de Bogotá, D.C.”;

d) El 26 de octubre de 1999, Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de dirimir el conflicto suscitado con Jorge  dgar Rey Díaz, A da Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes respecto del contrato de fiducia mercantil suscrito entre ellos;

e) El 24 de noviembre de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., y Jorge  dgar Rey Díaz, A da Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes, corri ndoles traslado de la demanda, según lo previsto por el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil;

f) Teniendo en cuenta que transcurrió el término legal y surtidos los emplazamientos correspondientes sin que ninguno de los convocados hubieran comparecido a notificarse, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el auto del 27 de abril del 2000 designó como curador *ad litem* al doctor  dgar Augusto Ramírez Vaquero, quien no aceptó el cargo;

g) Ante la no aceptación del doctor Ramírez Vaquero, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de

Comercio de Bogotá designó en su reemplazo al doctor Fernán García De la Torre, quien ha venido actuando durante el trámite del presente proceso;

h) El día 26 de julio del 2000 el doctor García de la Torre como *curador ad litem* contestó la demanda o solicitud de convocatoria presentada por la Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., e

i) Efectuados los trámites y recibidas las consignaciones correspondientes, se celebró la primera audiencia de trámite el día 19 de enero de 2001, dentro de la cual el tribunal considerando la capacidad de las partes, su representación así como que los asuntos sometidos a su consideración, se encontraron susceptibles de transacción, se declaró competente para conocer de la controversia objeto del presente proceso arbitral.

II. CAPÍTULO II

El proceso

1. Demanda

1.1. Síntesis de los hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos de la demanda, son en síntesis, los siguientes:

1.1.1. Como ya se expresó, la parte convocante y los convocados mediante escritura pública 1541 de la Notaría 43 del Círculo de Santafé de Bogotá, celebraron un contrato de fiducia mercantil, mediante el cual se constituyó un patrimonio autónomo denominado “Fideicomiso Rey Díaz”, con el fin “Asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraiga el fideicomitente en su nombre con instituciones que tengan la naturaleza de entidades financieras, garantiz ndolas en los términos y condiciones previstos en los respectivos documentos que recojan las obligaciones, cualquiera sea la causa por la que el fideicomitente quede obligado, sean que est n incorporadas en títulos valores o en otros documentos de carácter comercial o civil, otorgados, girados, avalados, endosados, aceptados o firmados por el fideicomitente, asumidas ya sea individual, conjunta o solidariamente y hasta el monto consignado en los certificados de garantía que expida la fiduciaria en desarrollo del presente contrato y durante la vigencia del fideicomiso”.

1.1.2. Mediante otrosí suscrito entre las partes el 5 de febrero de 1996 se adicionó el contrato de fiducia al que se ha hecho referencia en el sentido de incluir dentro de su objeto el que las obligaciones garantizadas en virtud del mecanismo fiduciario pudiera comprender a personas naturales, como acreedores garantizados beneficiarios del fideicomiso, de tal modo que el nuevo texto del objeto del contrato es el siguiente: “... El objeto de la fiducia mercantil en garantía es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraiga el fideicomitente en su nombre con instituciones que tengan la naturaleza de entidades financieras y con personas jurídicas o personas naturales, garantiz ndolas en los términos y condiciones previstos en los respectivos documentos que recojan las obligaciones, cualquiera sea la causa por la que el fideicomitente quede obligado, sean que est n incorporadas en títulos valores o en otros documentos de carácter comercial o civil, otorgados, girados, avalados, endosados, aceptados o firmados por el fideicomitente, asumidas ya sea individual, conjunta o solidariamente y hasta el monto consignado en los certificados de garantía que expida la fiduciaria en desarrollo del presente contrato y durante la vigencia del fideicomiso”.

1.1.3. En la cláusula vigésimo primera del mismo se pactó la celebración de un comodato precario mediante el cual la fiduciaria entrega la custodia y tenencia del bien fideicomitado a favor de la parte fideicomitente que corresponde a los demandados o convocados en este proceso.

1.1.4. En desarrollo del contrato de fiducia antes aludido la fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., expidió certificado de garantía para respaldar obligaciones del fideicomitente a favor del Banco Caja Social, Banco Comercial Antioqueño hoy Banco Santander, María Candelaria Bautista, Francisco Fernández y María Josefina Rubio M.

1.1.5. Los siguientes beneficiarios del contrato de fiducia manifestaron a la fiduciaria el incumplimiento de las obligaciones a cargo del fideicomitente así:

Bancoquia-Banco Santander: Comunicaciones del 3 de febrero de 1997, 10 y 19 de junio y 24 de agosto de 1998 (cdno. pbas. 1, fls. 32, 33, 38 y 39).

Francisco Fernández González: Comunicaciones del 17 de junio y 12 de agosto de 1997 (cdno. pbas. 1, fls. 35 y 36).

María de la Candelaria Bautista: Comunicaciones del 15 de enero y del 16 de junio de 1997 (cdno. pbas. 1, fls. 31 y 34).

1.1.6. De igual modo el inmueble cuya restitución se solicitó estaba ocupado sin que para ello hubiere mediado consentimiento de la fiduciaria, por personas que afirman pertenecer a una organización religiosa denominada “Casa de Dios”.

1.1.7. Dentro del procedimiento establecido en el contrato, para el cumplimiento de las obligaciones garantizadas mediante certificados de garantía fiduciaria, los acreedores beneficiarios de la fiducia han exigido la entrega material del bien para efectos recibir en pago el bien objeto de garantía fiduciaria.

1.1.8. Dentro de un proceso ejecutivo tramitado ante el Juzgado 22 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, se decretó embargo y secuestro del patrimonio autónomo constituido con el inmueble objeto del contrato de fiducia y de comodato objeto del presente proceso arbitral. Dichas medidas se encuentran inscritas en la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente como consta en el certificado de tradición y libertad 50C-398470 de fecha 12 de agosto de 1999 (cdno. pbas. 1, fls. 13 a 14).

1.2. Pretensiones

Las pretensiones según la demanda, son las siguientes, una vez descontada la pretensión cuarta inicialmente formulada respecto de la cual se pretendía que este tribunal:

4. Que se condene a los demandados Jorge Édgar Rey Díaz, Aída Stella Rey Díaz, Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes y Édgar Armando Cifuentes Ruiz en forma solidaria, al pago de los perjuicios que su incumplimiento ocasionó y sigue ocasionando a mi mandante, los cuales se traducen en los gastos que ha tenido asumir para atender las acciones judiciales en contra del patrimonio autónomo, así como los costos que sigue asumiendo, en personal suyo y tiempo, dedicados a seguir administrando el fideicomiso mientras no se satisfaga, con la garantía, las acreencias que pesan sobre él y que por su culpa grave se ha visto mi poderdante, en imposibilidad de honrar las obligaciones garantizadas con la fiducia constituida para el efecto, además, del deterioro del profesionalismo y seriedad que sufre mi representada frente a los acreedores garantizados, al punto de haber sido demandada por dos de ellos.

Como consta en los folios 167 y 168 del cuaderno de actuación, acerca de esta pretensión, es de anotar que en la audiencia para presentar alegatos de conclusión efectuada durante el trámite arbitral el pasado 13 de marzo, la apoderada de la parte convocante, desistió de la pretensión antes transcrita y para el efecto el tribunal profirió el auto de aceptación correspondiente.

1.2.1. Primera. Que se declare el incumplimiento de las obligaciones garantizadas por las demandadas respecto a las obligaciones emanadas del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 de la Notaría 43 de Bogotá, especialmente por el hecho de no haber informado a la fiduciaria sobre las perturbaciones sobre el inmueble fideicomitado.

1.2.2. Segunda. Que como consecuencia del incumplimiento del contrato de fiducia, se declare terminado el contrato de comodato precario celebrado el pasado el 20 de noviembre de 1995 celebrado entre las partes convocadas y la parte convocante en este tribunal.

1.2.3. Tercera. Que se ordene a los demandados o convocados a este tribunal a restituir a Fiducafé al día siguiente a la ejecutoria del laudo, el inmueble que conforma el patrimonio autónomo “Fiducafé-Fideicomiso Rey Díaz”.

2. Contestación de la demanda por parte del curador *ad litem* de la parte convocada:

El curador *ad litem* de la parte demandada o convocada, acepta como ciertos los siguientes hechos relacionados en la demanda:

1. Siempre basándose en las copias aportadas por el demandante, el conocimiento del contrato de fiducia mercantil que contiene además el contrato de comodato, los que dan lugar a los hechos materia de controversia y además a la aplicación de la cláusula compromisoria.
2. De igual modo manifiesta el curador que a través de las copias aportadas al proceso conoce el otrosí que forma parte del contrato objeto de este tribunal, aduciendo que dicho otrosí también ha debido elevarse a escritura pública y su correspondiente inscripción en el registro del mismo modo como lo fue el documento que contiene el contrato tal como fue inicialmente celebrado.
3. También reconoce el curador que con base en las copias aportadas por el demandante o convocante conoce del hecho de la expedición de los certificados de garantía fiduciaria para respaldar obligaciones que contrajo el fideicomitente a cada uno de los beneficiarios el fideicomiso mencionados en la demanda.
4. El curador sobre las copias aportadas por la parte convocante acepta conocer el pacto según el cual la fiduciaria reasumirá la tenencia del inmueble en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas y en especial, la de informar oportunamente a la fiduciaria sobre perturbaciones en la tenencia de bienes en fideicomiso.
5. Reconoce como cierto el curador sobre las copias aportadas que existe una ocupación del inmueble por terceros sin conocimiento y consentimiento de la parte convocante.

Solicita que se pruebe la ocupación por parte de la organización religiosa denominada “Casa de Dios”.

6. Solicita que se pruebe el cumplimiento de las obligaciones por parte de la fiduciaria, advirtiendo que si el inmueble no estuviere ocupado, el proceso sería inocuo.
7. Sobre las copias aportadas por el convocante, el curador manifiesta que el fideicomitente conoce las obligaciones que le impone el carácter de tenedor del bien y en especial la de informar a la fiduciaria sobre las perturbaciones a la posesión y la de responder ante dicha entidad, beneficiarios y terceros por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones.
8. El curador expresa que no le consta que los beneficiarios de la fiducia se han negado a recibir en pago el bien que conforma el patrimonio autónomo hasta tanto se proceda a realizar su entrega material. De igual manera el mismo curador expresa que tampoco le consta que a la fecha de la presentación de la demanda ha habido o no entrega total o parcial del inmueble.
9. El curador manifiesta que a través de las copias aportadas al proceso por la demandante, conoció el poder otorgado por Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes y Édgar Armando Cifuentes Ruiz a Édgar Rey Díaz y/o Aída Stella Rey Díaz.
10. Basándose en las mismas copias aportadas por el demandante, el curador reconoce que la fiduciaria inició proceso de restitución del inmueble ante la jurisdicción ordinaria.
11. Siempre sobre las copias aportadas por la parte convocante el curador manifiesta haber conocido la existencia de un proceso ejecutivo y las medidas cautelares decretadas por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá.
12. El curador reconoce como aparentemente cierto el hecho consistente en que la fiduciaria tan pronto tuvo conocimiento de las medidas cautelares decretadas actuó en defensa de los intereses a ella confiados.

2.2. Respecto de los hechos

El apoderado de la convocada aceptó como cierto los hechos de la demanda fundamentándose en las copias aportadas por la parte demandante con excepción del hecho once referente al agotamiento de la etapa de venta al público del bien fideicomitado y del hecho doce referente a la entrega total o parcial del inmueble.

III. CAPÍTULO III

Desarrollo del trámite arbitral

1. Instalación

Una vez contestada la demanda por las sociedades convocadas, se procedió a la realización de la audiencia de conciliación el 10 de agosto de 2000.

Cumplidos los trámites de nombramiento de árbitros, se profirió el auto mediante el cual se fijó como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento el 31 octubre de 2000.

El tribunal fue debidamente integrado por los doctores Luis Fernando Alvarado, Rafael Romero Sierra y Pilar Salazar Camacho y en la instalación, elegido como presidente Luis Fernando Alvarado. A su turno, los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente consignados por la parte convocante en su totalidad.

La primera audiencia de trámite se celebró el 19 de enero de 2001, fecha en la cual el tribunal asumió competencia y decretó pruebas.

En consecuencia, por encontrarse reunidos los presupuestos procesales, el tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, conforme al artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, habida cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 19 de enero de 2001.

2. Pruebas

Mediante auto de 19 de enero de 2001 el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplieran con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

El 29 de enero de 2001 se llevó a cabo la inspección judicial a las bodegas ubicadas en la diagonal 12C N° 70B-03/70B-09 y la carrera 70B N° 12B-81 de la ciudad de Bogotá, sitio al cual se desplazó el tribunal en pleno, y se decreto oficiosamente y se obtuvo el testimonio de Jimmy J. Guavita.

El 29 de enero de 2001 se recibieron las declaraciones del Jaime Humberto Jiménez, Álvaro Ruiz Samper y Francisco Fernández.

El 2 de febrero de 2001 se recibió la declaración de María de la Candelaria Bautista Daza.

El 29 de enero de 2001 se decretó y practicó una inspección judicial en las instalaciones del inmueble fideicomitido en donde oficiosamente se obtuvo el testimonio de Jimmy J. Guavita.

Por último, fueron enviados todos y cada uno de los oficios que fueran solicitados como pruebas.

3. Resumen de los alegatos de conclusión

El día 13 de marzo de 2001 se presentaron los alegatos de conclusión.

Alegato de la parte convocante

En primer lugar solicita que sean despachadas favorablemente las pretensiones de la demanda en especial la de declarar terminado el contrato de comodato precario y ordenar la consecuente restitución del inmueble fideicomitido junto con sus construcciones y mejoras a la fiduciaria cafetera.

Hace un resumen del acerbo probatorio, que en su concepto prueba fehacientemente que los fideicomitentes incumplieron con sus obligaciones y dieron lugar a la terminación del comodato precario. Menciona las comunicaciones dirigidas por los acreedores informando a la fiduciaria cafetera del incumplimiento; igualmente hace un resumen de los testimonios de las personas llamadas a declarar dentro del proceso y por último considera que en la inspección judicial quedó, sin duda alguna, demostrada la perturbación de que es objeto el patrimonio

autónomo.

En su alegato desiste expresamente de la cuarta pretensión en la cual se solicitaba ordenar a los demandados el pago de los perjuicios que su incumplimiento ocasionó. Sin embargo por no haber obtenido las copias solicitadas a los juzgados 10 y 22 desiste de la prueba ya que considera que el interés primordial de su representada es obtener la restitución del inmueble objeto del proceso.

Por último y a título de conclusiones describe la fiducia en garantía, considera que es práctica fiduciaria reiterada y universalmente aceptada entregar la tenencia y custodia a título de comodato precario. Igualmente afirma reiteradamente que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los convocados ha impedido a la fiduciaria el cabal cumplimiento del fideicomiso en garantía ya que no ha podido entregar el inmueble en dación en pago puesto que para ello se requiere la entrega material del mismo. Se refiere expresamente a la rescisión del contrato de promesa de compraventa celebrado con doña María Candelaria Bautista ya que no fue posible cristalizar el negocio puesto que los acreedores se negaron a suscribir el título traslativo del dominio del inmueble fideicomitado sin que se les hiciera entrega material del mismo.

Alegato del curador *ad litem* de la parte convocada

Textualmente el curador *ad litem* afirma “... teniendo en cuenta las pruebas recaudadas dentro del proceso arbitral, particularmente el testimonio del actual poseedor del inmueble objeto de la *litis* en virtud del cual se ha demostrado que los demandados y fideicomitentes comodatarios no detectan actualmente el referido inmueble ubicado en la diagonal 12B N° 70 B-14 de Bogotá identificado con la matrícula inmobiliaria 050-0398470, violando con ello los términos del contrato suscrito con la fiduciaria, no tengo nada que alegar en defensa de los demandados”.

IV. CAPÍTULO IV

Consideraciones del tribunal

1. Independencia y conexidad entre los contratos de fiducia mercantil en garantía y de comodato precario

En la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 de la Notaría 43 del Círculo Notarial de Bogotá se instrumentaron dos contratos autónomos y diferentes pero con una evidente conexidad entre ellos: por una parte un contrato de fiducia mercantil de garantía cuyo objeto está descrito en la cláusula primera y por otra un contrato de comodato precario previsto en la cláusula vigésimo primera.

Lo primero que analizó el tribunal al estudiar su propia competencia fue si ella era extensiva a ambos contratos o se limitaba únicamente al contrato de fiducia mercantil de garantía, para concluir que estando consagrados en el mismo instrumento público, no habiendo excepción alguna y siendo clara la voluntad de las partes de someter a un Tribunal de Arbitramento las diferencias surgidas en la ejecución o liquidación de cualquiera de los dos contratos, no había razón alguna para limitar dicha competencia y por el contrario ella cobija a las relaciones surgidas de cualquiera de las dos relaciones contractuales.

También estudió el tribunal si siendo una de las pretensiones solicitadas la obtención de la restitución del inmueble, esta era posible por la vía arbitral o, si por el contrario, estaba excluida de ella. Y concluyó que la competencia era suya.

El tema ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales que llegan a idéntica conclusión. Al respecto, el Tribunal Superior de Barranquilla —Sala Civil-Familia—, en sentencia de mayo 12 de 1998 (fiduestado contra Francisco Segovia) confirmó el auto del juez segundo civil del circuito mediante el cual declaró su incompetencia para tramitar un abreviado de restitución, por existir una cláusula compromisoria, entre otras razones porque el juicio de restitución por la vía arbitral aparece expresamente consagrado en el artículo 114 de la Ley 446 de 1998. Manifestó el tribunal: “Para la Sala, el contrato contenido en la escritura pública 3222 de septiembre 9 de 1994 de la Notaría Quinta de Barranquilla, se refiere a una fiducia mercantil de garantía, con la transferencia del inmueble, cuya restitución se pide en este proceso, y la tenencia otorgada como comodato precario en la cláusula quinta, es de carácter accesoria al contrato principal; por lo tanto la cláusula al establecer que todas las diferencias que surjan

con ocasión de la celebración del presente contrato serán denunciadas de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 2279 de 1985, hace referencia a la totalidad del convenio, incluyendo dentro de él lo referente a la entrega de la tenencia” (en el mismo sentido se pronunció el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali en el proceso de restitución de Fiduciaria Andina S.A. v. Sociedad Luis Segundo Campo Victoria, mediante Sent. de feb. 24/88).

2. El comodato precario y su utilidad en los contratos de fiducia mercantil en garantía

Dentro de los negocios de fiducia mercantil en garantía, es de común ocurrencia que los fideicomitentes conserven la tenencia material del inmueble cuya propiedad han transferido a la fiduciaria para la constitución del patrimonio autónomo que servirá de respaldo a sus obligaciones. Y la forma más usual de hacerlo es utilizando la figura del comodato precario con evidentes ventajas para las partes intervinientes. En efecto, permite a los fideicomitentes mantener la tenencia material del inmueble, y le garantiza a la fiduciaria que podrá obtener su restitución inmediatamente en la medida que lo considere necesario para lo cual bastará un simple aviso a los tenedores a título de comodato precario.

El comodato no es otra cosa que un préstamo gratuito de un bien para que el comodatario haga uso del mismo con cargo a restituirlo en las condiciones que se pacten (CCC, art. 2.200). La entrega del bien no se verifica con la intención de transferir el dominio, ni existe en quien la recibe ánimo de adquirirlo. El prestamista conserva el dominio de la cosa y el comodatario se constituye en deudor de una especie o cuerpo cierto. Es característica esencial del comodato o préstamo de uso la de la gratuidad y precisamente de ella se derivan algunas consecuencias jurídicas del contrato como la obligación del comodatario de emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa extendiendo su responsabilidad hasta la culpa levisima. También debemos recordar que es obligación principalísima del comodatario la de restituir la cosa prestada en el tiempo convenido y tratándose de comodato precario, el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo (art. 2219, ibíd.).

Hecho este introito repasemos la cláusula vigésimo primera que consagró para el caso de autos el comodato precario así: “Cláusula vigésimo primera: Entrega, custodia y tenencia. Dada la naturaleza del fin de este contrato, la fiduciaria entrega en tenencia al fideicomitente a título de comodato precario, el inmueble materia de este fideicomiso; en consecuencia, el fideicomitente adquiere todas las obligaciones que le impone el carácter de tenedor del bien, especialmente la de informar a la fiduciaria sobre las perturbaciones a la posesión y la de responder ante la fiduciaria, beneficiados y ante terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del mal uso y del descuido o negligencia en la tenencia del bien, así mismo debe emplear el mayor cuidado en la conservación del bien y responderá hasta por culpa levisima. El fideicomitente declara expresamente tener recibido el inmueble a dicho título a entera satisfacción de manos de la fiduciaria y acepta las obligaciones que impone la presente cláusula.

PAR.—La fiduciaria reasumirá la tenencia del inmueble en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas y en especial, la de informar oportunamente a la fiduciaria sobre perturbaciones a los bienes del fideicomiso”.

Así las cosas además de las causas señaladas en la ley para dar por terminado el contrato de comodato y la consecuente obligación de restituir el inmueble, el contrato estipuló dos razones explícitas para darlo por terminado y para que la fiduciaria reasuma la tenencia del inmueble a saber: el incumplimiento de las obligaciones garantizadas y el informe oportuno a la fiduciaria sobre perturbaciones a los bienes entregados en fideicomiso.

Precisamente la primera pretensión de la demanda consiste en solicitar al tribunal que se declare que los comodatarios incumplieron con las obligaciones garantizadas en virtud del contrato de fiducia mercantil de garantía 4-0065 contenido en la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 otorgada en la Notaría Cuarenta y Tres del Círculo Notarial de la ciudad de Bogotá, y que no informaron oportunamente a la fiduciaria sobre perturbaciones a los bienes del fideicomiso.

Corresponde pues al tribunal analizar las dos declaraciones solicitadas así:

3. El incumplimiento de las obligaciones garantizadas en virtud del contrato de fiducia mercantil

Considera el tribunal plenamente probado el incumplimiento de los fideicomitentes-comodatarios de sus obligaciones para con los acreedores-beneficiarios en desarrollo del contrato de fiducia mercantil de garantía. Basa su apreciación en las siguientes pruebas:

a) La primera prueba aparece en las comunicaciones dirigidas por los acreedores-beneficiarios a la fiduciaria informándole del incumplimiento en los pagos por parte de sus deudores. Dichas comunicaciones son las siguientes:

Enero 15 de 1997, comunicación suscrita por María de la Candelaria Bautista (fl. 31).

Febrero 3 de 1997, comunicación suscrita por Juan Carlos Lozano Mestre, en su calidad de gerente del Banco Comercial Antioqueño, oficina Aeropuerto El Dorado (fl. 32).

Junio 10 de 1998, comunicación suscrita por Camilo Vargas Jácome en calidad de abogado externo del Banco Santander Colombia S.A. (fl. 33).

Junio 16 de 1997, comunicación suscrita por María Candelaria Bautista (fl. 34).

Junio 17 de 1997, comunicación suscrita por Francisco Fernández González (fl. 35).

Agosto 24 de 1998, comunicación suscrita por Fabio Guillermo Alvarado Forero en su calidad de representante legal del Banco Santander (fl. 39), y

b) El incumplimiento también quedó demostrado con los testimonios de todos los testigos llamados dentro de este proceso a saber: de Jaime Humberto Jiménez Vergel (Banco Santander), de Francisco Fernández González, de Álvaro Ruiz Samper (Banco Caja Social) y de María Candelaria Bautista, todos los cuales declararon expresamente que todos o algunos de los fideicomitentes deudores habían incumplido reiteradamente con los pagos de sus obligaciones financieras y que dichas obligaciones se encuentran insolutas en la fecha de los interrogatorios.

En consecuencia, el tribunal despachará favorablemente la pretensión de la demanda de declarar el incumplimiento de las obligaciones garantizadas emanadas del contrato de fiducia mercantil.

4. Informe oportuno a la fiduciaria sobre perturbaciones a los bienes del fideicomiso

El tribunal concluye que la tenencia material del inmueble objeto del fideicomiso salió de las manos de los fideicomitentes quienes no dieron oportuno aviso a la fiduciaria. Para llegar a esta conclusión el tribunal tuvo en cuenta las siguientes pruebas:

a) En la inspección judicial practicada en este proceso quedó establecido que la tenencia material del inmueble se encuentra en manos de la Fundación Cristiana Casa de Dios para las Naciones del Concilio de las Asambleas de Dios;

b) Según palabras del señor Jimmy José Guavita, pastor y representante legal de la fundación, fue el mismo fideicomitente Jorge Édgar Rey Díaz quien se desprendió de la tenencia material del inmueble por cuenta de una donación que se suponía iba a hacer a su congregación un señor César Jaramillo quien supuestamente había comprado a Rey Díaz el inmueble, el testimoniado, señor Guavita, afirma que su congregación ocupa el inmueble desde hace aproximadamente dos (2) años y que además él habita allí con su familia.

Si bien el término “perturbación” implicaría que la tenencia del inmueble se perdió por causas ajenas al tenedor, y en este caso parece que hubo un consentimiento de este último para cedérselo a un tercero, no hay duda para el tribunal de que dicha perturbación sí se presentó en la medida en que hubo desplazamiento en la tenencia material a dos terceros diferentes a los fideicomitentes, a saber: el señor César Jaramillo y la denominada Fundación Cristiana Casa de Dios. Lo cierto es que no se ha podido hacer efectiva la restitución del inmueble, lo que significa que los fideicomitentes incumplieron su obligación esencial derivada del comodato precario, que consiste en que el

bien objeto de dicho contrato debe ser restituido al comodante en el primer momento en que este lo requiera.

Como aparece plenamente demostrado, los actos del comodatario afectaron este elemento esencial en cuanto no ha sido posible la restitución del inmueble a la fiduciaria para que esta pueda cumplir con sus obligaciones;

c) En el expediente obran cuatro oficios dirigidos por la fiduciaria al fideicomitente Rey Díaz requiriéndolo para que restituya dicho inmueble (fls. 59, 60, 61, 63). Sea aquí del caso comentar que la fiduciaria dirigía sus comunicaciones a un solo fideicomitente por cuanto este había recibido poder de los demás para actuar en nombre del fideicomiso (fl. 58);

d) A pesar de no haber recibido el informe sobre el desprendimiento de la tenencia material del inmueble que han debido enviarle los fideicomitentes, la fiduciaria comprobó en forma directa la ocupación del inmueble por personas distintas a los fideicomitentes de lo cual dejó constancia en el acta de visita 6 que obra a folio 158 del expediente, y

e) Para ahondar en pruebas, obra al folio 42 la comunicación que los señores Jimmy José Guavita, pastor de la congregación Fundación Cristiana Casa de Dios y doña Zoraida Martínez secretaria de la misma, dirigen a la fiduciaria explicando la manera como se hicieron a la tenencia material del inmueble y haciendo una oferta formal de compra del mismo.

Por todo lo anterior, el tribunal accederá a declarar la segunda parte de la pretensión primera, en el sentido de que los fideicomitentes incumplieron con su obligación de no haber informado a la fiduciaria sobre las perturbaciones en el inmueble fideicomitado, hecho explícitamente consagrado como causal de restitución del inmueble.

5. Terminación del contrato de comodato precario

El tribunal declarará terminado el contrato de comodato precario por las siguientes razones:

a) En el caso de autos se presentó la causal de restitución inmediata por cuanto el comodatario empleó la cosa fuera del uso convenido, de conformidad con el artículo 2202 del Código Civil, y

b) Se presentaron las dos causales estipuladas expresamente en el parágrafo de la cláusula vigésimo primera del contrato como quedó demostrado en el punto anterior.

6. La restitución del inmueble

Por último, ordenará este tribunal que se restituya la tenencia material a Fiducafé como consecuencia de la terminación del contrato de comodato precario.

Es deber del tribunal manifestar que conoce plenamente el hecho de que sobre el inmueble pesa una medida cautelar decretada por el Juzgado Veintidós del Circuito de Bogotá según consta en el correspondiente certificado de tradición y libertad de matrícula inmobiliaria que obra en el expediente (fl. (sic)).

No le corresponde en esta oportunidad manifestarse sobre la legalidad de la medida adoptada por el juzgado si bien manifiesta su extrañeza por cuanto no era procedente decretar el embargo, medida que se opone a la naturaleza del contrato de fiducia mercantil en garantía que supone la constitución de un patrimonio autónomo que no puede ser embargado en cabeza de la fiduciaria. Precisamente el contrato consagra el mecanismo que tiene la fiduciaria para dar cumplimiento a las obligaciones garantizadas. Pero repetimos no es asunto que incumba al tribunal en esta oportunidad.

A pesar de estar afecto el inmueble por una medida de embargo que o saca del comercio, ello no se opone a que el tribunal ordene la restitución de la tenencia material a la fiduciaria, en cuanto que no se ha practicado secuestro sobre el mencionado bien, sin perjuicio de que posteriormente las partes puedan solicitar ante los estrados judiciales su levantamiento, si llegaren a un acuerdo para ello.

7. Otrosí 1, al contrato de fiducia mercantil y comodato objeto de este trámite arbitral

Como quiera que el curador *ad litem* de la parte convocada aduce en la contestación de la demanda la ausencia de la escritura pública en el otorgamiento del mencionado otrosí del 5 de febrero de 1996 y que obra a los folios 11 y 12 del cuaderno de pruebas 1, resulta del caso advertir que la validez y los efectos jurídicos del mencionado documento no han sido controvertidos ni constituyen controversia de las sometidas a esta decisión arbitral además de que este tribunal considera que la menor formalidad que pudiera tener un documento privado frente a una escritura pública no afecta las declaraciones de voluntad que se han sometido a decisión arbitral, en el citado otrosí simplemente se incluye la posibilidad de que los beneficiarios de la fiducia mercantil contenida en la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 otorgada en la Notaría 43 del Círculo Notarial de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., puedan ser también personas naturales como en efecto ocurrió, lo que no significa alteración alguna a la esencia del negocio jurídico materia de este proveído.

V. CAPÍTULO V

Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias existentes entre Fiduciaria Cafetera S.A., Fiducafé S.A., de una parte, y Jorge  dgar Rey Díaz, Aıda Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes de la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que Jorge  dgar Rey Díaz, Aıda Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes, incumplieron las obligaciones garantizadas en virtud del contrato de fiducia mercantil de garantía 4-0065 contenido en la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 otorgada en la Notaría 43 del Círculo Notarial de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C.
2. Declarar el incumplimiento por parte de Jorge  dgar Rey Díaz, Aıda Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes de la obligación de informar por parte de los fideicomitentes, acerca de la perturbación de la tenencia del bien inmueble objeto del contrato de fiducia mercantil señalado en el numeral anterior.
3. Declarar terminado el contrato de comodato precario contenido en la escritura pública 1541 del 20 de noviembre de 1995 otorgada en la Notaría 43 del Círculo Notarial de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. celebrado entre la Fiduciaria Cafetera S.A. y Fiducafé S.A. como comodante y Jorge  dgar Rey Díaz, Aıda Stella Rey Díaz,  dgar Armando Cifuentes Ruiz y Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes, como comodatarios.
4. Ordenar la restitución y tenencia material del inmueble ubicado en la ciudad de Santafé de Bogotá, que corresponde a la nomenclatura urbana distinguida como diagonal 12C N  70B-09, lote 12, manzana A, lote 12, manzana C actual, al cual corresponde el folio de matrícula inmobiliaria 50C-398470 y al código catastral ANT: 11628, a la Fiduciaria Cafetera S.A.-Fiducafé S.A. La restitución y tenencia material del bien debe realizarse a más tardar al día siguiente de la ejecutoria del presente laudo.
5. Se alase como honorarios definitivos a favor del curador *ad litem*, la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000).
6. Como consecuencia de todo lo anterior, condénase a Jorge  dgar Rey Díaz, Aıda Stella Rey Díaz, Lilia Aurora Rodríguez de Cifuentes y  dgar Armando Cifuentes Ruiz, a pagar a Fiduciaria Cafetera S.A. la suma de veintidós millones de pesos (\$ 22.000.000) según la siguiente liquidación:

a) Por concepto del reembolso de gastos y honorarios sufragados para el funcionamiento de este tribunal	\$ 17.600.000
b) Honorarios curador <i>ad litem</i>	\$ 800.000
c) Agencias en derecho	\$ 4.200.000

Total	\$ 22.600.000
-------	---------------

7. Sobre las sumas a que se refiere el punto sexto de esta parte resolutive, se causarán intereses moratorios, a la tasa máxima legal permitida, a partir del quinto día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.
 8. Ordenar que por el presidente del tribunal se protocolice del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.
 9. Expedir copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.
-