

Tribunal de Arbitramento

José Manuel Espinosa

v.

Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A.

Julio 18 de 2005

Bogotá, D.C., 18 de julio de 2005.

Laudo Arbitral

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A. y Banco del Estado S.A, administrando justicia y en nombre de la República de Colombia, profiere el siguiente laudo arbitral.

CAPÍTULO I

Antecedentes

I. Solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento.

Mediante escrito presentado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 29 de julio del 2004, el señor José Manuel Espinosa Osorio solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento para que resolviera a través de un proceso arbitral las pretensiones contenidas en la demanda formulada contra la Fiduciaria del Estado S.A. – en liquidación – y el Banco del Estado S.A.

A. El pacto arbitral.

En el presente caso el pacto arbitral, en su modalidad de cláusula compromisoria, se encuentra contenido en cláusula 17 del contrato de fiducia mercantil celebrado, entre el señor José Manuel Espinosa Osorio y la Fiduciaria del Estado S.A. – en liquidación, el 18 de enero de 1995.

En efecto, en dicha cláusula se dispone:

“Cláusula décima séptima. Arbitramento. Se pacta expresamente que todas aquellas diferencias que se presenten entre las partes con ocasión de la celebración del presente contrato y que no puedan ser arregladas amigablemente serán dirimidas de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 2279 de 1989 de acuerdo con las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por 1 árbitro; b) 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 de Bogotá. c) El tribunal decidirá en derecho; d) El tribunal funcionará en Bogotá. e) Las partes recibirán notificaciones en las direcciones suministradas anteriormente”.

B. Etapa inicial.

1. Nombramiento de árbitro único.

Las partes de común acuerdo, en audiencia llevada a cabo el 13 de agosto de 2004, designaron como árbitro único principal al doctor Carlos Manrique Nieto y como suplente, al doctor Jorge Hernan Gil Echeverry.

El árbitro principal designado, declinó el nombramiento, por lo cual se procedió a informar la designación al árbitro suplente, quien, estando dentro del término legal, aceptó el nombramiento.

2. Instalación del tribunal.

El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó como fecha para celebrar la

audiencia de instalación del tribunal el día 14 de septiembre de 2004.

En la fecha y hora señaladas se inició la audiencia de instalación. En dicha audiencia el tribunal nombró como secretaria a la doctora Alejandra Vásquez Velandia, quien posteriormente aceptó la designación. En esa misma audiencia se declaró legalmente instalado el tribunal y se profirió el auto 1 por medio del cual se admitió la demanda y se ordenó la notificación personal de las partes.

3. Contestación de la demanda y su traslado.

Tras haber sido legalmente notificados, la parte convocada, actuando por medio de sus apoderados especiales, oportunamente, contestó la demanda y propuso las excepciones de mérito que consideró pertinentes.

Por secretaría se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas por los apoderados de los convocados y, el 11 de noviembre de 2004, la apoderada de la parte convocante, describió el mencionado traslado solicitando pruebas adicionales.

4. Sumas a cargo de las partes.

En audiencia llevada a cabo el 29 de noviembre de 2004, el tribunal de arbitramento legalmente instalado, procedió a fijar los honorarios del árbitro único, de la secretaria, los gastos de funcionamiento y administración y los gastos de protocolización, registro y otros.

Estando dentro del término legal, las partes, consignaron lo que a cada una correspondía por los conceptos antes señalados.

5. Audiencia de conciliación.

El tribunal, citó entonces a la audiencia de conciliación y, en caso de que no hubiera acuerdo, a la primera audiencia de trámite.

El día 13 de enero de 2005, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual, tras un intercambio de opiniones de las partes, fue declarada fracasada.

II. Trámite arbitral.

A. Las partes y su representación.

Las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. En efecto, por una parte, el señor José Manuel Espinosa Osorio es mayor de edad y plenamente capaz y, por otra parte, las convocadas son sociedades legalmente existentes, constituidas bajo las leyes de la República de Colombia y tienen su domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C.

Las partes han concurrido al proceso por intermedio de sus representantes legales y han actuado por conducto de sus apoderados judiciales debidamente reconocidos.

B. La demanda.

1. Los hechos en los que se sustenta la demanda.

La demanda se sustenta en los hechos que se transcriben a continuación:

“Hechos:

1. José Manuel Espinosa, en su calidad de fiduciante y Fiduciaria del Estado S.A., en su condición de fiduciaria, celebraron un contrato de fiducia mercantil en garantía, según consta en la E.P. 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá.

2. En desarrollo del mencionado contrato de fiducia en garantía, se expidió el certificado de garantía 001 de marzo

17 de 1995 por la suma de \$ 80.000.000, a favor del Banco del Estado.

3. Posteriormente se expidió el certificado de garantía 002 de septiembre 1° de 1997 a favor del Banco del Estado, por la suma de \$ 49.621.100.

4. En la cláusula novena del contrato de fiducia en garantía contenido en la E.P. 0258, se estableció el siguiente procedimiento de ejecución de garantía, en caso que el fideicomitente incumpliera cualquiera de las obligaciones surgidas de los certificados de garantía, a saber:

a) Información sobre cumplimientos de la obligación, mediante comunicación escrita remitida por el beneficiario a la fiduciaria.

b) Requerimiento de la fiduciaria al fiduciante para que dentro de los 10 días siguientes, acredite el cumplimiento de la obligación reclamada.

c) Si vencido el término de los 10 días, no se acredita lo anterior, la fiduciaria procederá a ofrecer en venta los inmuebles fideicomitados.

d) Si pasados dos meses no se ha podido vender los inmuebles, se procederá a efectuar la dación en pago a favor de los acreedores.

5. Fiduciaria del Estado es una sociedad comercial especializada en contratos de fiducia mercantil.

6. El Banco de Estado S.A., es una entidad financiera especializada en operaciones bancarias y de crédito en general.

7. Fiduciaria del Estado S.A., en su calidad de profesional, fue quien diseñó, dispuso y elaboró la minuta del contrato de fiducia, suscrito con José Manuel Espinosa.

8. El Banco de Estado S.A., al aceptar los certificados de garantía, aceptó igualmente someterse a lo estipulado en el contrato de fiducia contenido en la escritura 0258 de enero 18 de 1995 en la notaría 37 de Bogotá.

9. El Banco de Estado S.A., en su calidad de matriz y la Fiduciaria del Estado, en su calidad de subordinada, pertenecen al mismo grupo financiero.

10. A finales del año 1994, José Manuel Espinosa solicitó la apertura de un crédito de la línea redescenso IFI, ante el Banco del Estado.

11. Con el fin de continuar con la tramitación del crédito, Banestado exigió a mi cliente la constitución de una garantía previa, la cual se otorgó mediante escritura pública 0258 de enero 18 de 1996 consistente en la celebración de un contrato de fiducia en garantía con Fiduestado, subordinada de Banestado.

12. Constituida la garantía, el 24 de febrero de 1995, Banestado suscribió y desembolsó el crédito 001-1995-00121-7, por la suma de \$ 80.000.000, a mi cliente.

13. Para garantizar dicho crédito se expidió el certificado de fiducia en garantía 001, anteriormente mencionado.

14. Por problemas de solvencia económica, mi cliente incurrió en mora en el pago de cuotas e intereses respecto a la obligación 001-1995-00121-7, desde el día 14 de marzo de 1995.

15. No obstante la mora y lo regulado en el contrato de fiducia, respecto a la ejecución inmediata de la garantía, el Banco del Estado, incumpliendo con dicho contrato, empezó a cobrar intereses sobre intereses pues la mora del deudor le resultaba más lucrativa, que la ejecución del contrato de fiducia en garantía.

16. Banestado no solamente incumplió con la obligación de solicitar la ejecución de la garantía, sino que igualmente requirió los servicios de abogados independientes para realizar el cobro (anexo pruebas 1, fl. 183).

17. Fiduestado conocía la mora de mi cliente en relación a la obligación garantizada y tampoco hizo nada para

comenzar la ejecución de la garantía fiduciaria.

18. Banestado solo informó a la fiduciaria del incumplimiento de la obligación el día 10 de julio de 1997 (fl. 144, anexo de pruebas 1).

19. Fiduestado solamente dio inicio al procedimiento de ejecución de la garantía, el día 14 de julio de 1997, aunque desde mucho antes conocía el incumplimiento.

20. Cobrando “suculentos” intereses de mora e incurriendo en la práctica de anatocismo, entre Banestado y Fiduestado, presionaron a mi cliente a refinanciar la deuda; lo cual ocurrió el día 11 de septiembre de 1997 bajo el número 001-1997.00104-5, por la suma de \$ 130.000.000.

21. Para garantizar la nueva reestructuración del crédito, se expidió el certificado de garantía 002, el día 1º de septiembre de 1997.

22. No obstante la reestructuración del crédito, mi cliente volvió a incurrir en mora.

23. Pasando por alto lo previsto en el contrato de fiducia, y sin haber cubierto la obligación en mora, la fiduciaria nuevamente requiere a mi cliente para dar inicio a la ejecución de la garantía, el día 9 de marzo de 1999 (fl. 127 anexo de pruebas 1).

24. Durante todo el procedimiento y desarrollo de las operaciones crediticias, el Banco del Estado y su subordinada Fiduestado, obraron de común acuerdo, abusando de su posición dominante y en contra de los intereses de mi cliente.

25. La situación llegó a tal punto que, olvidando el procedimiento de ejecución previsto en el contrato, la fiduciaria se negó a darle trámite, hasta cuando no recibiera las instrucciones y las condiciones al efecto, impartidas por Banestado.

26. Si la ejecución de la garantía se hubiera iniciado a finales de esa marzo de 1995, ya que mi cliente se encontraba en mora, en esa época, los 10 días de requerimiento vencían a mediados de abril de 1995 y los 2 meses para la venta expiraron a mediados de junio de 1995; fecha en la cual debió realizarse la dación en pago a favor de Banestado y la devolución del remanente a favor de mi cliente.

27. La dación en pago solo se perfeccionó mediante escritura pública 2013 de septiembre 5 de 2001, de la notaría 11 de Bogotá.

28. Es decir, la fiduciaria dilató por más de seis años la ejecución de la garantía, desconociendo lo previsto en el contrato de fiducia, permitiendo que durante dicho lapso se le cobraran intereses moratorios a mi cliente y algunas veces intereses sobre intereses. Igualmente la actitud de la fiduciaria obligó a mi cliente a hacerse cargo de pagar servicios, cuotas de administración, impuestos y celaduría, sobre los bienes fideicomitados durante dicho lapso.

29. En la mencionada escritura de dación en pago, la fiduciaria consciente de las irregularidades en que había incurrido y de la enorme responsabilidad de su parte, nuevamente en asocio con el Banco del Estado, predispuso la minuta e incorporó una serie de cláusulas leoninas y abusivas que no pueden tener eficacia, mediante las cuales supuestamente se prohibía a mi cliente el inicio de cualquier acción arbitral en contra de la fiduciaria.

30. Para no seguir perjudicándose, mi cliente se vio en la necesidad de firmar la escritura de dación en pago, no obstante las cláusulas de irresponsabilidad incorporadas en ella.

31. Fiduestado y Banestado son profesionales de los servicios financieros y detentan una posición dominante frente a mi cliente que es de profesión economista.

32. En el contrato de fiducia, cláusula décima séptima, se incluyó la cláusula compromisoria”.

2. Las pretensiones.

En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

“Principales

Primera. Que se manifieste que Fiduciaria del Estado S.A. y Banco de Estado S.A., incumplieron con las obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá, en perjuicio de José Manuel Espinosa Osorio.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Fiduciaria del Estado S.A. y/o Banestado, a resarcir los perjuicios que se acrediten en el proceso, a favor del señor José Manuel Espinosa Osorio, tanto por daño emergente como por lucro cesante.

Tercera. Que se manifieste que la cláusula G de título II (entrega al Banestado) contenida en el acta de recibo y entrega del inmueble, suscrita el 6 de septiembre de 2001, es nula.

Cuarta. Que se manifieste que las cláusulas séptima y la cláusula final sobre comparecencia de José Manuel Espinosa, en sus numerales 1º y 6º que forman parte de la dación en pago; así como las cláusulas segunda (liquidación del contrato), tercera (declaración de paz y salvo), octava (libertad de gravámenes) inciso segundo y novena (transacción) de la parte denominada liquidación y restitución, cláusulas todas contenidas en su escritura pública 0258 de fecha enero 18 de 1995 de la notaría 11 de Bogotá, son nulas.

Quinta. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Primeras subsidiarias:

En el evento que no prosperen las pretensiones principales, formulo las denominadas primeras subsidiarias:

Primera. Que se manifieste que la Fiduciaria del Estado S.A. y Banestado S.A., abusaron de su posición dominante en contra del señor José Manuel Espinosa Osorio en relación con la ejecución y liquidación del contrato de fiducia en garantía constituido mediante E.P. 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá así como respecto a los créditos garantizados con los bienes fideicomitidos.

Segundo. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Fiduciaria del Estado S.A. y/o Banestado, a resarcir los perjuicios que se acrediten en el proceso, a favor del señor José Manuel Espinosa Osorio, tanto por daño emergente como por lucro cesante.

Tercero. Que se manifieste que la cláusula G de título II (entrega al Banestado) contenida en el acta de recibo y entrega del inmueble, suscrita el 6 de septiembre de 2001, es abusiva.

Cuarto. Que se manifieste que las cláusulas séptima y la cláusula final sobre comparecencia de José Manuel Espinosa, en sus numerales 1º y 6º que forman parte de la dación en pago; así como las cláusulas segunda (liquidación del contrato), tercera (declaración de paz y salvo), octava (libertad de gravámenes) inciso segundo y novena (transacción) de la parte denominada liquidación y restitución, cláusulas todas contenidas en su escritura pública 0258 de fecha enero 18 de 1995 de la notaría 11 de Bogotá, son abusivas.

Quinto. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Segundas subsidiarias

En el evento que no prosperen las pretensiones primeras subsidiarias, formulo las siguientes.

Primera. Que se manifieste que Fiduciaria del Estado S.A., incumplió con las obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá, en perjuicio de José Manuel Espinosa Osorio.

Segunda. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Fiduciaria del Estado S.A., a resarcir los perjuicios que se acrediten en el proceso, a favor del señor José Manuel Espinosa Osorio, tanto por daño emergente como por

lucro cesante.

Tercera. Que se manifieste que la cláusula G de título II (entrega al Banestado) contenida en el acta de recibo y entrega del inmueble, suscrita el 6 de septiembre de 2001, es nula.

Cuarta. Que se manifieste que las cláusulas séptima y la cláusula final sobre comparecencia de José Manuel Espinosa, en sus numerales 1º y 6º que forman parte de la dación en pago; así como las cláusulas segunda (liquidación del contrato), tercera (declaración de paz y salvo), octava (libertad de gravámenes) inciso segundo y novena (transacción) de la parte denominada liquidación y restitución, cláusulas todas contenidas en su escritura pública 0258 de fecha enero 18 de 1995 de la notaría 11 de Bogotá, son nulas.

Quinta. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Terceras subsidiarias

En el evento que no prosperen las pretensiones segundas subsidiarias, formulo las siguientes:

Primera. Que se manifieste que la Fiduciaria del Estado S.A. abusó de su posición dominante en contra del señor José Manuel Espinosa Osorio en relación con la ejecución y liquidación del contrato de fiducia en garantía constituido mediante E.P. 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá así como respecto a los créditos garantizados con los bienes fideicomitidos.

Segundo. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Fiduciaria del Estado S.A., a resarcir los perjuicios que se acrediten en el proceso, a favor del señor José Manuel Espinosa Osorio, tanto por daño emergente como por lucro cesante.

Tercero. Que se manifieste que la cláusula G de título II (entrega al Banestado) contenida en el acta de recibo y entrega del inmueble, suscrita el 6 de septiembre de 2001, es abusiva.

Cuarto. Que se manifieste que las cláusulas séptima y la cláusula final sobre comparecencia de José Manuel Espinosa, en sus numerales 1º y 6º que forman parte de la dación en pago; así como las cláusulas segunda (liquidación del contrato), tercera (declaración de paz y salvo), octava (libertad de gravámenes) inciso segundo y novena (transacción) de la parte denominada liquidación y restitución, cláusulas todas contenidas en su escritura pública 0258 de fecha enero 18 de 1995 de la notaría 11 de Bogotá, son abusivas.

Quinto. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados”.

C. Contestación de la demanda.

En la contestación de la demanda los apoderados de las convocadas, se opusieron a todas las pretensiones y formularon las siguientes excepciones:

El Banco del Estado S.A.:

- a) Falta de competencia del tribunal de arbitramento frente el Banco del Estado.
- b) Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- c) Ausencia de elementos de la responsabilidad civil contractual.
- d) Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales.
- e) Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

La Fiduciaria del Estado S.A.:

- a) Paz y salvo contractual y de responsabilidad.
- b) Contrato cumplido.

- c) Garantía de derechos del fideicomitente en todos los actos de constitución y ejecución del fideicomiso.
- d) Autonomía de la voluntad del fideicomitente frente al acta de entrega del inmueble.
- e) Para nadie es lícito sacar provecho de su propia culpa o dolo.

En cuanto a los hechos los apoderados de las sociedades convocadas, aceptaron unos, negaron otros y manifestaron atenerse a lo probado frente a otros.

D. Primera audiencia de trámite.

El día 13 de enero de 2005, se dio inicio a la primera audiencia de trámite y el tribunal, mediante auto 5 se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre José Manuel Espinosa Osorio, de una parte, y de la otra, Fiduciaria del Estado S.A. – en liquidación- y el Banco de Estado S.A.

Contra el referido auto, el apoderado del Banco del Estado interpuso recurso de reposición por los argumentos allí expuestos. Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal suspendió la primera audiencia de trámite y fijó como fecha para su continuación el día 19 de enero de 2005.

El día 19 de enero de 2005, fecha y hora fijada por el tribunal, se continuó con la primera audiencia del trámite. El tribunal procedió a resolver el recurso de reposición presentado por el apoderado del Banco del Estado S.A., para lo cual, profirió el correspondiente auto, confirmando en su integridad el auto recurrido. Acto seguido, en esa misma fecha, procedió el tribunal a decretar las pruebas que consideró pertinentes y conducentes, dando por terminada en esta fecha la primera audiencia de trámite.

E. Pruebas.

Dentro de la primera audiencia de trámite, que tuvo lugar el 19 de enero de 2004, el tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron en su integridad. Salvo los interrogatorios de parte decretados, los cuales, fueron desistidos por los apoderados de las partes.

F. Alegaciones de las partes.

Mediante auto del 2 de junio de 2005, el tribunal, fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, el día 20 de junio del mismo año.

Llegada la fecha señalada por el tribunal, se llevó a cabo la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual, los apoderados de las partes, presentaron los escritos contentivos de sus alegaciones finales. En esa misma fecha, el tribunal fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de laudo, el día 17 de julio de 2005.

G. Término del proceso.

Por no existir término especial pactado por las partes en la cláusula compromisoria y de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente proceso arbitral tiene una duración de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, diligencia que se realizó el 19 de enero de 2005. En tales circunstancias el término del proceso se vencería el 19 de julio de 2005. Sin embargo, las partes solicitaron, de común acuerdo, en la audiencia de junio 20, la suspensión del proceso en los siguientes períodos: del 21 de junio al 17 de julio.

En estas condiciones, el presente laudo es proferido dentro del término legal.

CAPÍTULO II

I. Consideraciones del tribunal

A. La condición profesional de las entidades financieras.

Se invoca en la demanda y así se acepta por las convocadas que, tanto Fiduciaria del Estado como Banestado, son

entidades financieras especializadas en la prestación de servicios financieros. Tal especialización viene demarcada por la determinación y especificación del objeto social que ha señalado el mismo legislador, en los artículos 29 y 7° del estatuto orgánico del sistema financiero (EOSF), (en este mismo sentido se ha pronunciado el C.E., Sec. Cuarta, exp. 8176. sent. jun. 6/97). A lo anterior, se añade el hecho que, la prestación de este servicio especializado, el cual se considera de conveniencia pública, está sometido a un control y vigilancia especial a cargo de la (*) Superintendencia Bancaria.

Tratándose de entidades especializadas en servicios financieros y bajo un control estatal; resulta apenas evidente que estas se convierten en verdaderos profesionales en la prestación de servicios fiduciarios y bancarios y así se presentan al público en general, bajo el eslogan: “vigilada por la (*) Superintendencia Bancaria”.

Al tener al condición de verdaderos profesionales, su responsabilidad no se tasa bajo el parámetro del comportamiento de un buen padre de familia, sino que dichas entidades deben comportarse con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios, tal como lo expresan la doctrina y la jurisprudencia:

“Siguiendo el profesor Gean Sabatier, para calificar un derecho como profesional se quiere que el ordenamiento correspondiente reconozca unos derechos particulares a quienes ejercen la profesión; al propio tiempo debe imponerles unas obligaciones correlativas para proteger los intereses generales de la profesión y, finalmente debe subordinar los intereses profesionales a los intereses sociales y/a la seguridad de los terceros.

Precisamente todas aquellas condiciones se predicen del derecho bancario. Es evidente, de un lado, que las instituciones bancarias gozan de unos privilegios o prerrogativas respecto de los demás particulares, dada su particular naturaleza y la actividad en la que se ocupan en especial son los únicos agentes económicos que pueden administrar el ahorro del público y utilizar la denominación genérica que distingue su actividad, a través del empleo de las palabras banco, corporación financiera, etc., en su nombre comercial. De otra parte, solo ellas tienen acceso a la liquidez de la banca central, que a su turno actúa como banquero de los bancos y banco de última instancia. Y la legislación procesal les establece un régimen especial para el cobro de los créditos que, como activo sustancial de su estructura financiera, constituyen la fuente de respaldo del ahorro que captan del público” (Néstor Humberto Martínez Neira. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Legis. Segunda edición. Pág. 26).

“¿Qué lectura hemos de sacar, entonces de todo lo expuesto?”

Pues que por ambos caminos —esto es, tanto por la vía de calificación de “profesional” de la responsabilidad del banquero, como por el camino de considerar que estamos, sino por ante un “servicio público” o “cuasipúblico”, por lo menos ante una actividad “de interés público”— no solo no habremos de encontrarnos —cuando nos enfrentemos a los bancos— ante sujetos privilegiados como los organismos de derecho público con los cuales solía identificárselos hace décadas, sino que nos hallaremos antes instituciones cuyos deberes y obligaciones frente a sus clientes se los deberá considerar sensiblemente agravados” (Ernesto Eduardo Matorell. Tratado de los contratos de empresa. Tomo I. Depalma, año 2000. Pág. 47).

Recalcando el carácter de entidades profesionales, de manera reciente, la Corte Constitucional manifestó:

“En efecto, si de lo que se trata es de preservar la confianza en la idoneidad profesional y moral en el ejercicio de la función pública o en la prestación del servicio público, no pueden resultar indiferente los antecedentes de las personas llamadas a ese cometido. (...) Dicha actividad financiera constituye un servicio público de interés general, como arriba se dijo...” (Sent. C-1062, nov. 11/2003).

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación a las actividades financieras que se desarrollan, generalmente, por adhesión del usuario, manifestó:

“... Todo lo cual se haya estrechamente vinculado al insoslayable y aquilatado deber de información que, en guarda de la buena fe tiene el profesional de este tipo de negocios, con mayor razón cuando funge como predisponente del contenido contractual” (sent., exp. 6462, dic. 13/2002).

II. Las obligaciones de las fiduciarias

En relación a las obligaciones que asumen las fiduciarias y su responsabilidad, hay que partir de los principios generales establecidos en el artículo 1243 del Código de Comercio y en el artículo 29 numeral 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Conforme al primero, “El fiduciario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión” y, de acuerdo al segundo, como principio general, las obligaciones de las fiduciarias son de medios y no de resultado.

En relación a las obligaciones de medio, se tiene establecido por la doctrina que estas constituyen verdaderas obligaciones de diligencia, consistentes en realizar el mejor esfuerzo para procurar el objetivo buscado con el contrato. ¿Pero hasta dónde debe llegar la prudencia y diligencia de la fiduciaria en el cumplimiento del encargo realizado por el fideicomitente? El artículo 1234 del Código de Comercio, numerales 1° y 6°, establece la pauta orientadora en este sentido, al disponer que corresponde a la fiduciaria:

“1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia”.

“6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario...”.

De manera que, a la fiduciaria le corresponde hacer absolutamente todo lo que esté a su alcance, para que se cumplan las finalidades del contrato. El legislador no deja duda alguna y califica la diligencia de la fiduciaria bajo la frase: “Todos los actos”. Lo anterior implica, necesariamente, el obrar con la misma prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios y hacer todo lo posible para que el contrato sea un éxito.

Adicionalmente, la ley le encarga la obligación de procurar el “mayor” rendimiento, respecto al patrimonio autónomo. Nótese cómo la diligencia y prudencia no se restringe a la obtención de un rendimiento mediano, sino que se exige a la fiduciaria, el buscar el “mayor” rendimiento posible.

A todo lo anterior, se une el hecho que el artículo 1234 del Código de Comercio constituye una norma de orden público, inmodificable por las partes. Si bien es cierto que la doctrina y jurisprudencia colombiana suelen acudir al artículo 1604 del Código Civil para establecer la graduación de la responsabilidad de la fiduciaria; es de advertir que, dicha norma solo se aplica parcialmente al contrato de fiducia. En primer término, dispone el mencionado texto que; “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. Con lo anterior, aparece claro que corresponde a la fiduciaria acreditar que realizó “diligentemente” todos los actos necesarios para lograr el fin del contrato y que procuró obtener el “mayor” rendimiento posible, en relación al patrimonio autónomo. No queda duda pues, que, la fiduciaria, como obligación de medios, asume una obligación de diligencia, como expresamente lo determina el legislador, en el artículo 1234 del Código de Comercio, numeral 1°.

Por otra parte y en relación a la parte final del artículo 1604 del Código Civil (“Todo lo cual, sin embargo se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”), dicho inciso no aplica al contrato de fiducia. En efecto, cuando el artículo 1234 del Código de Comercio dispone que: “Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes...”; no se está disponiendo otra cosa diferente al hecho que, las partes, no pueden pactar en contrario. Los deberes “indelegables” son aquellos que solamente puede cumplir una persona y que además, debe asumírselos obligatoriamente, pues no existe posibilidad que alguien más los cumpla. Por razón de lo anterior, y pese a que el artículo 1604 del Código Civil, permite a los contratantes graduar la culpa, hasta llegar al extremo de consagrar cláusulas de “irresponsabilidad” o de liberación de culpa; en relación a las obligaciones expresamente pactadas en el contrato de fiducia y las que taxativamente regula el legislador en el artículo 1234 tantas veces comentado, resulta imposible pactar en contrario. Se insiste, todas estas obligaciones conforman el universo de “deberes indelegables” de la fiduciaria. En palabras sencillas: los deberes indelegables de la fiduciaria, son deberes que solamente asume y debe cumplir dicho contratante y que asume por voluntad del legislador, así no consten en el contrato mismo y al ser indelegables, resultan irrenunciables.

Finalmente, a fin de compatibilizar los artículos 1243 del Código de Comercio (responsabilidad por culpa leve) y 63 del Código Civil (noción del culpa leve), por una parte; con lo previsto en el artículo 27 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (D. 663/93) en concordancia con la regulación especial del contenido del artículo 1234 del Código de Comercio, por otra parte; hay que efectuar el siguiente análisis: Si bien, el responder hasta por culpa leve implica actuar con “la diligencia o cuidado ordinario o mediano”, tratándose de profesionales como las

fiduciarias, a quienes una ley posterior al Código de Comercio les endilga una responsabilidad de medios (EOSF) y el mismo Código de Comercio (art. 1234) les exige una diligencia profesional; hay que concluir que esa diligencia ordinaria o mediana (C.C., art. 63) se mide en relación a otros profesionales que desarrollan la misma actividad financiera y no tomando en consideración al común de las gentes. Lo anterior significa que su diligencia y cuidado no se encuadra en los parámetros del comportamiento de un buen padre de familia sino en relación a un buen hombre de negocios.

En cuanto a la responsabilidad de los bancos, según se desprende de lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estos son verdaderos profesionales que deben comportarse como tales y también le son aplicables la mayoría de las consideraciones anteriores.

III. El contrato de fiducia en garantía

El contrato de fiducia —bajo la modalidad de fiducia en garantía—, suscrito mediante escritura 258 del 18 de enero de 1995 de la notaría 37 de Bogotá, en su cláusula segunda, dispuso que su fin principal era transferir un inmueble... “con el objeto de garantizar a los beneficiarios, con el bien fideicometido...” En el párrafo primero del mencionado artículo, se acordó, igualmente:

“El fideicomitente autoriza expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para que en caso de incumplimiento debidamente acreditado de alguna de las obligaciones que el patrimonio respalde, la fiduciaria enajene el bien que constituye la garantía del presente contrato, a solicitud de los beneficiarios en la forma y términos establecidos en este contrato”.

A su vez, en la cláusula sexta, párrafo, se dispuso:

“Las garantías se harán efectivas siempre y cuando las deudas no hayan sido cubiertas”.

Finalmente, en la cláusula novena se estableció el procedimiento relativo a la ejecución y cumplimiento de las garantías, en los siguientes términos:

“Incumplimiento y condiciones para la enajenación de la garantía. El bien fideicometido sirve de garantía y asegura el pago de las obligaciones adquiridas por el fideicomitente en la forma y términos previstos en los documentos correspondientes y puede hacerse efectiva cuando cualquiera de ellos se haga exigible de acuerdo con los términos establecidos en los mismos documentos. Incumplidas las obligaciones garantizadas, uno o todos los beneficiarios solicitarán por escrito a el fiduciario que realice la venta del bien dado en fiducia en razón del incumplimiento de las obligaciones garantizadas exhibiendo a esta el título de crédito vencido, para lo cual el fiduciario al recibir del beneficiario la demostración del incumplimiento y la solicitud para que proceda la venta del bien fideicometido, notificará por escrito a el fideicomitente para que este dentro de los diez (10) días ordinarios siguientes a la fecha de la comunicación remitida por correo certificado a la dirección registrada de el fideicomitente, demuestre haber dado cumplimiento a las obligaciones garantizadas o las cumpla si a la fecha continúan pendientes. Si el fideicomitente no cumpliera con lo aquí estipulado, el fiduciario procederá a la enajenación del bien dado en fiducia en los siguientes términos y condiciones: 1) De acuerdo con el valor del avalúo comercial que debe realizarse cada año a costa del fideicomitente, el 80% del último avalúo será considerado como precio de venta. 2) El fiduciario podrá ofrecer y se entiende autorizado para enajenar el inmueble objeto de fiducia. El costo de la enajenación será con cargo a los recursos del patrimonio autónomo o al producto de la venta si este no es suficiente. 3) Si transcurridos dos (2) meses desde la puesta en venta del bien, este no se ha vendido, el fiduciario procederá a realizar las correspondientes daciones en pago con cargo al patrimonio autónomo. 4) Una vez cubiertos los pasivos del patrimonio se restituirán al fideicomitente los bienes muebles o inmuebles restantes”.

Sea lo primero resaltar que, de la simple lectura de las cláusulas transcritas, se evidencia que la finalidad del contrato de fiducia era la de garantizar a los acreedores del fideicomitente, el pago de las obligaciones respaldadas con el patrimonio autónomo (certificados de garantía); a través de un procedimiento previamente establecido, en el documento de constitución de la fiducia. Entonces, siendo obligación indelegable de la fiduciaria el cumplir con el encargo principal de desarrollar el procedimiento de ejecución y enajenación de la garantía, en la forma y términos establecidos en el contrato de fiducia, así debió cumplirse. Recuérdese que, conforme al artículo 1234, inciso

primero, el deber de ejecutar y cumplir el procedimiento para la enajenación del bien fideicomitado, se convirtió en un deber indelegable de Fiduestado.

Conforme a lo consignado en la escritura 258, la fiduciaria asumió, contractualmente, las siguientes obligaciones o deberes indelegables:

- a) Cuando se acredite el incumplimiento de una obligación garantizada, la fiduciaria debe proceder a enajenar el bien en la forma y términos establecidos en el contrato.
- b) El contrato dispone la forma y términos del procedimiento de ejecución, en la cláusula novena, consagrando los siguientes pasos:
 1. Se expiden los certificados de garantía a favor del acreedor garantizando (en este caso, Banestado).
 2. El monto, naturaleza, exigibilidad y vencimiento de las obligaciones garantizadas, se establece por escrito, de común acuerdo entre el fideicomitente y el beneficiario.
 3. En caso de incumplimiento de alguna obligación garantizada, el beneficiario solicitará a la fiduciaria, por escrito, que se realice la venta del bien dado en fiducia; afirmando el incumplimiento de la obligación y exhibiendo el título del crédito vencido.
 4. Cumplido lo anterior, la fiduciaria notificará por escrito al fideicomitente para que dentro de los 10 días ordinarios siguientes al requerimiento, cumpla con la obligación incumplida o demuestre su cumplimiento previo.
 5. Si el fiduciante no cumpliera o no demostrare el cumplimiento de la obligación, dentro del término de las 10 días anotados. “el fiduciario procederá a la enajenación del bien dado en fiducia” (El “procederá” implica que es un actuación obligatoria y no meramente opcional de Fiduestado).
 6. Para la venta, se tomará como precio base, el 80% del último avalúo, el cual deberá actualizarse anualmente.
 7. El costo de la enajenación se asumirá con los recursos del patrimonio autónomo.
 8. Transcurridos 2 meses contados a partir del momento en que se inicia la fase o etapa de venta del bien, sin que el inmueble fideicomitado efectivamente haya sido enajenado; la fiduciaria “procederá” a realizar las correspondientes daciones en pago (naturalmente el “procederá”, implica también una obligación indelegable y no una mera posibilidad).

En los términos anteriores interpreta el tribunal la cláusula novena en la cual se estableció el procedimiento de ejecución de la garantía.

IV. El procedimiento de ejecución y enajenación efectivamente realizado

Por el contrario, desconociendo algunas de las reglas contractuales consignadas en el contrato de fiducia, la ejecución de la garantía se realizó en la siguiente forma:

1. En el proceso se acreditó que a finales de 1994, el señor José Manuel Espinosa (fideicomitente), solicitó al Banco del Estado un crédito bajo la línea de redescuento IFI. Previamente al otorgamiento del crédito, el banco exigió la constitución de una garantía, la cual, precisamente se otorgó mediante la celebración del contrato de fiducia objeto de este proceso.
2. El 17 de marzo de 1995 se expidió el certificado de garantía 1 por la suma de ochenta millones de pesos (\$ 80.000.000), a favor del Banco del Estado.
3. El fideicomitente entró en mora el día 24 de marzo de 1995.
4. Banestado comunicó a la fiduciaria el incumplimiento de la obligación, tan solo el día 10 de julio de 1997.
5. Fiduestado inició la ejecución de la garantía el día 14 de julio de 1997.

6. El día 11 de septiembre de 1997 se refinanció la deuda por la suma de ciento treinta millones de pesos (\$ 130.000.000) y se expidió el certificado de garantía 02 por la suma de cuarenta y nueve millones seiscientos veinte y un mil cien pesos (\$ 49.621.100).

7. Reestructurada la deuda, el Banco del Estado comunica a la fiduciaria que el fideicomitente se encuentra en mora desde el día 11 de diciembre de 1998, según oficio del 16 de febrero de 1999.

8. La fiduciaria requiere al banco para que remita el pagaré que respalda las obligaciones, mediante comunicación de febrero 19 de 1999.

9. La fiduciaria requiere al fiduciante, para que cumpla o acredite el cumplimiento de la obligación, dentro de los 10 días siguientes, según comunicación 833 del 9 de marzo de 1999.

10. La dación en pago solo se perfeccionó mediante escritura 2013 de septiembre 5 de 2001.

En la demanda se solicita la correspondiente indemnización de perjuicios alegando que la fiduciaria y el banco, abusando de su posición dominante, dilataron la ejecución de la garantía, por más de 6 años. El tribunal procederá al análisis del procedimiento efectivamente seguido, para determinar el cumplimiento o incumplimiento del procedimiento previamente pactado.

V. La ejecución del contrato conforme a la ley

De acuerdo al artículo 1234 del Código de Comercio, son deberes indelegables de la fiduciaria realizar diligentemente lo establecido en el contrato y en especial, todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad prevista en la fiducia. En razón a lo anterior, en los contratos de fiducia en garantía —como el aquí analizado— se diseña un procedimiento de ejecución de la garantía, con el fin de que presentado el incumplimiento y requerido el fideicomitente para que cumpla, dentro del término estipulado, sin que eventualmente lo haga; la fiduciaria proceda a enajenar el bien que sirve de garantía y con el producto de la venta, satisfaga los créditos garantizados. Si dentro del término estipulado, no se pudiese vender el bien, la fiduciaria procederá a efectuar la dación en pago, a favor de los acreedores y a adjudicar el remanente al fideicomitente (si lo hubiere), en los términos previstos en el contrato.

En este punto, el tribunal quiere resaltar la condición de contrato plurilateral de la fiducia, en el cual, tanto el fideicomitente, la fiduciaria y el beneficiario, (una vez vinculados contractualmente), adquieren una serie de derechos y obligaciones, todos tendientes a la realización del fin previsto en el contrato.

En cuanto se firma la escritura de fiducia en garantía, desde ese mismo instante, tanto el fiduciante como la fiduciaria, quedan obligados al cumplimiento de las reglas de juego establecidas en el contrato, especialmente, lo referente al procedimiento establecido para la ejecución de la garantía. Cuando se vinculan uno o más beneficiarios, mediante la aceptación de los certificados en garantía, igualmente estos quedan obligados a seguir y respetar el trámite previsto para la ejecución de la garantía. A partir de este momento, las reglas de juego quedan en claro para los tres contratantes: la fiduciaria debe ejecutar la garantía en las condiciones y términos previstos en el contrato; el beneficiario debe comunicar el incumplimiento, en un término razonable y en la forma establecida y no puede darle órdenes o instrucciones a la fiduciaria, para que ejecute la garantía en forma diferente a la preestablecida; el fideicomitente no puede darle órdenes a la fiduciaria para que ejecute la garantía en forma diferente a la previamente establecida en el contrato y no se puede oponer a la venta y/o dación en pago.

Por otra parte, la fiduciaria, para realizar el procedimiento, no debe solicitar órdenes o instrucciones al fideicomitente y a los beneficiarios, ya que se debe ajustar estrictamente a lo pactado. En caso que tenga serias dudas sobre la forma de ejecutar la garantía, porque en su concepto, las instrucciones establecidas en el contrato de fiducia no son claras o tienen muchos vacíos o contradicciones, debe pedir instrucciones a la (*) Superintendencia Bancaria (C.Co., art. 1234, num. 5º). Se insiste, no puede pedir instrucciones al fiduciante o al beneficiario y menos cuando dicho beneficiario es su propia casa matriz.

De la lectura de los contratos de fiducia en garantía, como el aquí analizado, queda en claro que, siempre se establece un procedimiento de ejecución que resulta previo al otorgamiento de las garantías. Por tal virtud, los

beneficiarios otorgan créditos al fideicomitente, por que confían en que si este incumple la obligación garantizada, la fiduciaria procederá a la ejecución de la garantía, en los términos pactados. Por tal razón, si la fiduciaria injustificadamente dilata la ejecución de la garantía y cuando finalmente realiza la dación en pago a favor del beneficiario, el crédito no pudo satisfacerse en su totalidad y quedó un saldo insoluto; los beneficiarios pueden demandar a la fiduciaria por los perjuicios causados, demostrando que si la ejecución de la garantía se hubiera realizado en los términos pactados, el crédito se hubiera satisfecho en su totalidad.

Por otra parte, las reglas de juego también se aplican a favor del fideicomitente quien a su vez tiene la condición de beneficiario; por tal virtud, se estipula que si al vencimiento del contrato no existen obligaciones pendientes, la fiduciaria devolverá el bien al fiduciante, o lo que sobre, una vez pagados los pasivos y gastos resultantes de la liquidación (ver cláusula segunda, párrafo primero y novena de la escritura 258). De manera que, si la fiduciaria dilata injustificadamente la ejecución de la garantía en detrimento del fiduciante, esta deberá indemnizar los perjuicios que se le causen; los cuales se traducen, generalmente, en el incremento del valor de las obligaciones garantizadas, durante todo el término que la fiduciaria demoró la ejecución, una vez cumplidos los términos y condiciones establecidas en el contrato.

Como se estableció en el punto anterior; la fiduciaria debió ejecutar la garantía en los términos pactados, lo cual no ocurrió como se verá más adelante, por su propia culpa y precisamente por la ingerencia y preponderancia que asumió el Banco del Estado, en este asunto; llegándose al extremo de requerir y esperar las órdenes del banco, para continuar y concluir la ejecución de la garantía. Así, al folio 025 del cuaderno de pruebas 1 aparece una comunicación de la fiduciaria, al banco que dice: “Con base a lo anterior y en lo por ustedes instruido, esta entidad ha procedido a elaborar la minuta de dación de pago”.

En oficio 833 – DE – 1136 y respecto a la fecha de entrega de los inmuebles, la fiduciaria expresa: “Consideramos que es conveniente que el banco nos fije una nueva ...”.

En oficio 880-DE-126 de junio 28 de 2001 la fiduciaria manifestó: “La obligación de efectuar la dación en pago por el valor que acuerden deudor y acreedor...”.

En comunicación de la fiduciaria de mayo 21 de 2001 se expresa: “... nos permitimos informarle que el Banco del Estado, nos ha remitido algunas observaciones a la minuta de dación en pago del patrimonio de la referencia”.

Al folio 81 del cuaderno de pruebas aparece una carta de la fiduciaria al banco en estos términos: “Con preocupación notamos el incumplimiento del banco en las reuniones de los fideicomisos, lo que no ha permitido un pronunciamiento formal de dicha entidad en los procesos de ejecución de la garantía...”.

En comunicación de mayo 9 de 200 (fl. 202), la fiduciaria informa a Banestado y refiriéndose a los bienes fideicomitentes, expresa: “Por lo anterior y teniendo en cuenta que tanto el fideicomitente como el acreedor beneficiario coinciden en proceder a la declaración, le solicitamos nos indiquen cuál es la posición del Banestado ante la propuesta presentada...”.

En carta de la fiduciaria de mayo 25 de 2000 se lee: “Cumpliendo con las instrucciones impartidas por el Banestado, en su calidad de acreedor beneficiario...”.

En la comunicación de fecha mayo 18 de 2000 de la fiduciaria se expresa: “en la cual solicitamos (al banco), nos den instrucciones claras y precisas que nos permitan proceder a la dación en pago...”.

Al folio 107 del cuaderno de pruebas se lee: “Le solicitamos nos indiquen cuál es la posición del banco... quedo en espera de lo solicitado para poder proceder de conformidad...”.

En comunicación de abril 16 de 2000 la fiduciaria le indica al señor Espinosa que para poder proceder a la dación en pago, se deberá contar con la aceptación del acreedor beneficiario.

En oficio de 07 de 2001 dirigido por el banco a la fiduciaria se lee: “Me permito remitirle las observaciones a la minuta de dación, realizadas por la división jurídica del banco, las cuales agradecemos sean incluidos en el texto final del documento...”.

En comunicación de mayo 14 del 2001 dirigido por el banco a la fiduciaria se lee: “Me permito informarle las observaciones legales realizadas por la división jurídica del banco, las cuales deberán tenerse en cuenta en la minuta definitiva para efectos de perfeccionar la dación en pago...”.

En carta del banco dirigida a la fiduciaria el 9 de mayo de 2001 se lee: “En respuesta a su comunicación 5428 relacionada con la revisión de la minuta de dación en pago en referencia, elaborada por la Fiduciaria del Estado S.A. a fin de obtener nuestro visto bueno y comentarios, nos permitimos manifestar”.

Del análisis de la documentación anterior y del hecho que la fiduciaria sea subordinada de Banestado, al tribunal no le queda duda que el procedimiento de la ejecución de la garantía se manejó conforme a las instrucciones del Banco del Estado, razón por la cual, se considera que por los perjuicios que se le hayan irrogado al fideicomitente, por la demora injustificada en la ejecución de la garantía, deben responder solidariamente Fiduestado y Banestado (C.C., art. 2344) pues ambas entidades conocían, de antemano, cual era el procedimiento pactado y sin embargo, procedieron a cambiar las reglas de juego.

VI. La dación en pago

Así como la ejecución de la garantía competía ejecutarla y desarrollarla a la fiduciaria, en los términos previstos en el contrato, independientemente de que el beneficiario o el fiduciario dieran otras instrucciones y aún contra el querer de estos; la dación en pago, también competía ejecutarla, a la fiduciaria, de manera unilateral. Por tal virtud, Fiduestado debió proceder a la firma de la respectiva escritura pública, aunque el beneficiario y/o fiduciante se negaran a hacerlo, por la sencilla razón de que la firma de estos últimos no se requiere en dicho documento notarial. En efecto, la dación en pago, como último paso previsto en la ejecución de la garantía, debía hacerse en los términos establecidos en la escritura de fiducia, como simple ejecución del contrato, sin necesidad del visto bueno o aprobación del beneficiario y/o constituyente, sobre el contenido y términos de la respectiva escritura pública y del procedimiento a seguir.

No hay que perder de vista que, jurídicamente, el “pago”, constituye un negocio jurídico, mas no un contrato. Precisamente, el pago de una obligación equivale al cumplimiento de la misma y por eso procede de manera unilateral, por parte del deudor y aun contra la voluntad del acreedor.

La obligación nace y surge del contrato y el pago se constituye en la honra de la misma y es su manera natural de extinguirla, como bien lo determina el artículo 1625 del Código Civil. Teniendo como finalidad el solucionar o extinguir una obligación; el pago, como acto unilateral del deudor, procede aun contra la voluntad del acreedor, siempre que se realice en los términos pactados en el contrato. Por razón de lo anterior la ley prevé el pago por subrogación (C.C., arts. 1666 y 1668) y el pago por consignación (C.C., art. 1656), dejando en claro que cualquiera de estas formas, procede aún en contra de la voluntad del acreedor.

Si bien es cierto que el pago hay que hacerlo en la forma que reza el contrato, (C.C., art. 1627) y la dación en pago, generalmente, surge como un acuerdo modificadorio posterior al nacimiento de la obligación de pagar y por lo tanto, el cambio debe ser nuevamente aceptado por el acreedor y deudor; tal situación no se presenta en la fiducia en garantía. A la dación en pago se le conoce como aquel mecanismo mediante el cual el acreedor acepta recibir por oferta del deudor, una cosa diferente a la inicialmente pactada, (dinero, casi siempre). Tal mutación no se presenta realmente, en la fiducia en garantía. Para claridad, se anota que en la dación en pago como tradicionalmente se la conoce, se presenta, una relación jurídica compleja que la doctrina trata de encuadrar bajo las siguientes teorías:

a) De la variedad o modalidad de pago; b) La compraventa seguida de compensación; c) Del contrato real y d) De la novación por cambio de objeto. Considerando como la más adecuada esta última, traemos a colación las palabras del profesor Uribe Holguín:

“Como la dación en pago supone que el acreedor reciba cosa distinta de la que se le debía, para que el fenómeno pueda tener lugar con efecto extintivo de la obligación se requiere indefectiblemente un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, por cuya virtud se cancele la antigua deuda mediante su reemplazo con una nueva, que tenga por objeto el que se da en pago y sea distinto del que aquella otra tenía.

Entendido así el asunto, la dación resulta ser “la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”, que es como define la novación el artículo 1687 del código. Y de los tres modos como esta puede efectuarse según el 1690, la dación en pago pertenece al primero” (Ricardo Uribe Holguín. Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos).

Pese a que la dación en pago no tiene una regulación especial ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio y por eso se dice que se le aplican, subsidiariamente, las reglas de la compraventa; si encuentra mención expresa en el artículo 2407 del Código Civil bajo la modalidad de aceptación de un objeto distinto al que el deudor estaba obligado a pagar, inicialmente.

En el caso de la fiducia en garantía, se repite, la situación cambia sustancialmente, debido a que desde la celebración del contrato y antes de que surja la obligación garantizada, ya se tiene previsto que los futuros acreedores acepten que, si el bien fideicomitido no puede venderse dentro del un término previamente señalado y por lo tanto, no puede efectuarse el pago en dinero en efectivo; la solución de la deuda se hará mediante la transferencia del bien dado en garantía, conforme a la proporción de su crédito y en los términos previstos en el contrato. Entonces, la dación en pago no surge como una convención posterior a la celebración del contrato de mutuo y por dicha razón, no requiere una nueva manifestación de consentimiento del beneficiario, al momento de realizar la dación en pago. En estricto sentido, en la fiducia en garantía, tampoco se presenta un cambio del objeto previsto para el descargo de la deuda; debido a que la dación en pago constituye una simple ejecución de la forma de pago previamente consignada en el contrato y previamente aceptada por el beneficiario, al adherirse a las condiciones del contrato.

De manera que, en la fiducia en garantía, la dación en pago no implica cambio en el objeto de la obligación, sino simple cumplimiento y ejecución de lo previamente acordado por el fiduciante, fiduciario y beneficiario. Claro está que, la fiduciaria no podrá realizar la dación en pago, sin previamente haber agotado el trámite previsto para la gestión de venta, por haberse dispuesto así, en el contrato de fiducia.

Debido a que la dación en pago, como forma residual de extinción de las obligaciones garantizadas, ya ha sido previamente convenida y aceptada por el fideicomitente y los beneficiarios; no se requiere que la fiduciaria vuelva a requerir el consentimiento y la aceptación de estos, respecto a las condiciones en que ha de verificarse, para proceder a realizarla efectivamente. Esta es la razón por la cual la escritura pública de dación en pago, puede ser suscrita únicamente por la fiduciaria, aún en contra de la voluntad del fideicomitente y/o del beneficiario. Recuérdese que el fideicomitente, en la escritura de fiducia, autorizó irrevocablemente a la fiduciaria para proceder a ejecutar la garantía; conformándose así una representación irrevocable, cuyos poderes y facultades aparecen en el contrato de fiducia. Como se expresó anteriormente, el pago, en la forma pactada, procede aún en contra de la voluntad del acreedor, pues así lo dispone la ley. Por tal virtud, tampoco se requería nuevo consentimiento del banco.

En este tipo de contratos, la fiduciaria es delegada irrevocablemente por el fiduciante para que efectuó el pago, en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas y así, se establece expresamente en el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato objeto de estudio. Esa delegación irrevocable, confirma que no se requiere de un nuevo consentimiento del fiduciante ni de su firma, en la escritura pública de dación en pago. Sencillamente, el contrato de fiducia se constituye en un contrato representativo, mediante el cual, la fiduciaria procederá a cumplir lo pactado, como diputada para el pago, por cuenta, en interés y en representación del fiduciante; todo lo cual, sin olvidar que el bien fideicomitido conforma un patrimonio autónomo afecto a un fin especial y que conforme a la ley, su titularidad la representa la fiduciaria. Entonces, la representación del fiduciante no se presenta en la transferencia del bien fideicomitido al beneficiario (porque el bien ya no forma parte de su patrimonio), sino en el negocio jurídico del pago y las condiciones de pago; habiendo sido diputada la fiduciaria, irrevocablemente para efectuarlo.

VII. Cláusulas nulas o abusivas

Se pretende con la demanda que, se declare la nulidad de las cláusulas séptima y cláusula final sobre comparecencia, numerales 1º y 6º de la dación en pago; así como de las cláusulas segunda, tercera, octava inciso segundo y noveno de la parte denominada liquidación; todas insertadas en la escritura 0258. Subsidiariamente se

solicita al tribunal declararlas como cláusulas abusivas.

Igual petición se formula en relación a la cláusula G) contenida en el acta de entrega del inmueble a Banestado, en septiembre 6 de 2001.

El tribunal, cumpliendo oficiosamente la obligación de interpretar la demanda, encuentra que las cláusulas, referenciadas no forman parte de la escritura 0258 que contiene el contrato de fiducia. Las cláusulas séptima y final sobre comparecencia, se encuentran en la escritura 2013 sobre dación en pago; las otras, posiblemente aparecen en la escritura pública 2014 que contiene la denominada liquidación y restitución del inmueble. Por otra parte, en la escritura de dación de pago y en relación a la comparecencia del señor José Manuel Espinosa no existe el numeral 6º, sino 5º; por lo tanto, el fallo se referirá a los numerales 1º y 5º. El tribunal llega a la conclusión que estas son las cláusulas impugnadas pues son precisamente estas las que están marcadas con resaltador, en los anexos de la demanda.

Ahora bien, los textos impugnados contenidos en la escritura de dación en pago, son los siguientes:

“Séptima. Paz y salvo: Fiduciaria del Estado S.A., el fideicomitente y Banestado. Con la suscripción del presente instrumento público se declaran mutuamente a paz y salvo por cualquier concepto originado en la celebración, ejecución, terminación y liquidación del mencionado contrato de fiducia mercantil que originó la constitución del patrimonio autónomo denominado fideicomiso José Manuel Espinosa Osorio. En consecuencia, el fideicomitente y Banestado, se obligan a no adelantar reclamaciones o acciones judiciales, extrajudiciales o a través del tribunal de arbitramento en contra del fideicomiso o de Fiduciaria del Estado S.A. por cualquier concepto, toda vez que Fiduciaria del Estado S.A. obró de conformidad con las instrucciones impartidas por el fideicomitente, según el contrato de fiducia y por Banestado en su calidad de acreedor garantizado”.

“1. Está de acuerdo con la dación en pago que mediante el presente instrumento público realiza el fideicomiso a favor de Banestado, por ser acorde a las instrucciones por él impartidas, las cuales ratifica con la suscripción de esta escritura pública. 5) Acepta en forma expresa e irrevocable la presente escritura pública en todas y cada una de sus partes, por encontrarla ajustada a la realidad”.

Por otra parte, a los folios 6.2 a 69 del cuaderno de pruebas 1, aparece el texto de la minuta de escritura de dación en pago, liquidación de fideicomiso y restitución de inmueble, enviada por la fiduciaria al fideicomitente, con fecha junio 26 de 2001. En dicha minuta, en la parte correspondiente a la liquidación y restitución, se lee:

“Segunda. Liquidación del contrato. El fideicomitente y la fiduciaria en consecuencia de lo mencionado en la cláusula anterior, manifiestan que liquidan el citado patrimonio autónomo declarándose mutuamente a paz y salvo por cualquier concepto originado en la celebración, desarrollo y ejecución del mismo.

Tercera. Declaración de paz y salvo. El fideicomitente manifiesta que la gestión realizada por la fiduciaria fue plenamente satisfactoria y adicionalmente estuvo enmarcada dentro de los términos contractuales legales y de las instrucciones que para el efecto le impartió, motivo por el cual mediante la suscripción del presente instrumento manifiesta que renuncia expresamente a adelantar cualquier tipo de reclamación o acción judicial, extrajudicial, administrativa o a través del tribunal de arbitramento en contra de la fiduciaria o del fideicomiso, por cualquier concepto derivado de la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato de fiducia que originó la constitución del citado patrimonio autónomo”.

“El fideicomitente manifiesta desde ahora que por los anteriores conceptos así como por ningún otro, existe lugar a iniciar o adelantara cualquier tipo de acción judicial, extrajudicial o administrativa, ni en contra de la fiduciaria ni del fideicomiso ratificando a favor de estas una vez más que se encuentran a paz y salvo con él por todo concepto derivado de la celebración, ejecución terminación y liquidación del contrato de fiducia constitutivo del fideicomiso José Manuel Espinosa Osorio”.

“Novena. Transacción. Las partes declaran que el contenido del presente documento constituye transacción sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato de fiducia contenido en la escritura pública 0258 del 18 de enero de 1995 otorgada en la Notaría 37 del Círculo Notarial de Bogotá, incrementado mediante escritura pública 2049 del 4 de junio de 1997 de la Notaría 49 de este círculo notarial, haciendo tránsito a cosa juzgada al tenor de lo

dispuesto en los artículos 2169 y siguientes del Código Civil y demás normas concordantes y pertinentes”.

Es de advertir que, el contenido de la minuta de dación en pago, liquidación del fideicomiso y restitución, en la práctica, fue dividido entre las escrituras 2013 de septiembre 5 de 2001 (dación en pago) y 2014 de septiembre 5 de 2001 (liquidación y restitución); ambas de la notaría 11 de Bogotá. La escritura 2013 que contiene la dación en pago reposa en el expediente, al paso que la escritura 2014 no fue adjuntada, razón por la cual el tribunal se pronunciará simplemente, de manera referencial, pero sin decidir el asunto, respecto a lo consignado en la minuta proyectada por la fiduciaria, y cuyo texto posiblemente se haya consignado en la escritura 2014.

En relación al acta de entrega, la cláusula impugnada es del siguiente tenor:

“Que el fideicomitente, y el Banestado, renuncia a la posibilidad de adelantar cualquier tipo de reclamación, acción judicial, extrajudicial o a través de tribunal de arbitramento en contra de la fiduciaria, derivada de la entrega de material, gestión, manejo y administración del patrimonio autónomo denominado José Manuel Espinosa Osorio, cuyo bien fideicometido recibió la fiduciaria, como su vocera por medio de este documento y así mismo entregó materialmente al Banestado en cumplimiento de la orden impartida por el fideicomitente”.

Respecto a las cláusulas referenciadas anteriormente, inclusive las previstas en la minuta de dación en pago, liquidación del fideicomiso y restitución, el tribunal no encuentra que las mismas contraríen una norma imperativa, contengan objeto o causa ilícita o hayan sido suscritas por personas incapaces. Tampoco aparece acreditado, en el proceso que, el fideicomitente haya incurrido en vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo. Por lo tanto, a la luz de los artículos 899 y 900 del Código de Comercio dichas cláusulas no están afectadas de nulidad. En consideración a lo anterior, el tribunal procede al estudio de la pretensión subsidiaria, relativa al abuso en las cláusulas.

En verdad, el análisis de una cláusula abusiva resulta completamente diferente del estudio de una cláusula inválida. El juicio del juzgador no se centra en determinar los presupuestos de validez para declarar la nulidad y sus efectos consecuenciales; sino que entra a establecer los antecedentes, la calidad de las partes y el equilibrio contractual. De esta suerte, independientemente de que una cláusula no esté viciada, puede dejarse sin efectos, por considerarse abusiva. El criterio del “abuso” resulta de un análisis eminentemente subjetivo (por quedar a criterio del juez), individual y único; y a este resultado se llega, aplicando el principio de la equidad, para cada caso en particular. El juicio de invalidez, por el contrario, es eminentemente objetivo (por corresponder a un juicio general que establece el legislador) y resulta de la imposición normativa previamente establecida, de tal suerte que, el juez mira la ley y no el comportamiento o la igualdad de las partes. Con razón ha dicho la doctrina:

“Obsérvese que cuando el juez va a analizar la justicia del contrato su análisis, en principio, va dirigido a examinar si el contrato es equilibrado o proporcionado y el resultado de tal análisis debe terminar con el restablecimiento del equilibrio si este ha sido desconocido o vulnerado; en cuanto que cuando el análisis es sobre la validez del negocio el juez debe observar si los presupuestos de validez del contrato se cumplieron. De ahí que se pueda afirmar que el control sobre el contenido del negocio es un control subjetivo, en tanto que el control sobre la validez del mismo, es un control objetivo por corresponder a un juicio general establecido por el legislador. En otras palabras: en el control subjetivo el juez mira en esencia el comportamiento y la igualdad de las partes; en tanto que en el control objetivo el juez mira a ley y a la normativa particular que ha disciplinado los presupuestos de validez del contrato” (Ernesto Rengifo García. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Pág. 192).

La noción de cláusula abusiva, en el contexto de la contratación, surgió como mecanismo de protección a la parte débil del contrato:

“Es solo en épocas recientes que apareció la protección de una parte débil y desarmada frente al dominio de la otra, gracias a la noción de la cláusula abusiva. Es una forma totalmente nueva de proteccionismo contractual. Se trata de permitir la supresión en forma general en todos los contratos de las cláusulas que aparecen abusivas, o sea de las estipulaciones que le confieren a una parte contratante una ventaja excesiva. Es evidente que no se puede, sin aniquilar el principio de la palabra otorgada consagrada en los códigos civiles de nuestro países, autorizar al juez a declarar ineficaz cualquier cláusula de cualquier contrato pretextando su carácter abusivo. El amparo contra las cláusulas abusivas debe estar encerrado dentro de ciertos límites” (Larroumet, Christian. Política y derecho del

consumo. Biblioteca Milenio, pág. 168).

En relación al fenómeno de las cláusulas abusivas, donde generalmente se encuadran las denominadas cláusulas de irresponsabilidad y las cláusulas de renuncia a toda acción judicial contra la parte fuerte, el tribunal reitera que este constituye un fenómeno jurídico completamente independiente y diferente al de la nulidad de las cláusulas, pese a que la doctrina y jurisprudencia colombiana, de manera reiterativa, califican a las cláusulas abusivas, como cláusulas nulas (al respecto pueden consultarse las sents. C.Const. C-330, mar. 22/2000 y T-544/95 y CSJ, S. Civil, Sent. feb. 2/2001).

En verdad, la teoría del abuso del derecho es una institución autónoma que posibilita una acción ordinaria de indemnización de perjuicios, la cual también opera de manera autónoma y principal (no residual). De manera precisa, el artículo 830 del Código de Comercio dispone:

“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios”.

Como se observa, la acción por abuso del derecho, en cualquiera de sus formas, como efectivamente lo es la utilización de cláusulas abusivas, conduce a que una vez declarado el abuso, se penalice al infractor condenándolo a indemnizar los perjuicios. La acción de nulidad, por el contrario, constituye una acción “restitutoria”, en el sentido que a ninguna de las partes se la indemniza, sino que se vuelven las cosas al estado anterior, como si nunca se hubiera contratado, produciéndose, como consecuencia, las restituciones mutuas (no indemnizaciones).

Ahora bien, para efectos de establecer si pudo presentarse el fenómeno de las cláusulas abusivas, es menester determinar, en primer lugar, si efectivamente existe una parte fuerte o dominante y una parte que se considera débil o consumidor. En relación a este punto, es constante la doctrina y jurisprudencia colombiana en el sentido de afirmar que las entidades financieras se encuentran en posición dominante respecto a los usuarios de los servicios financieros:

“En primer lugar, debe resaltarse que en primera aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor —parte débil de la relación— limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero.

Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras” (C.Const., sent. C-1140, ago.30/2000).

Conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, los bancos y en general, las entidades financieras, se encuentran en posición dominante respecto a los usuarios del crédito o consumidores; verdad que es refrendada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en donde se les prohíbe abusar de su posición dominante (en este sentido pueden consultarse la sentencia de la Sala Civil de la Corte. Exp. 3972 de octubre 19 de 1994 y Exp. 5670, sentencia de febrero 2 de 2001; así como las sentencias T-661 de 2001 y T-1085 de la Corte Constitucional).

Entonces, un segundo elemento a determinar, consiste en averiguar si se trata de un contrato predispuesto por la parte fuerte, o por el contrario, de libre discusión y formación entre las partes; debido a que las cláusulas abusivas, solo se presentan en aquellos contratos predispuesto o dirigidos por la parte fuerte. En este sentido, obra en el expediente la prueba de que tanto la minuta del contrato de fiducia como la minuta de los contratos de dación en pago y de liquidación y restitución, fueron preparadas por la fiduciaria. En relación al acta de entrega, existen suficientes indicios para presumir que su contenido también fue predispuesto. Es más, incluso el contenido de las escrituras públicas fue adecuado a las instrucciones del banco y modificado unilateralmente por la fiduciaria, después que el fideicomitente las firmó. Así, en memorando 880 DE 1666-1667 de octubre 8 de 2001, el director de garantías de la fiduciaria le informa al director jurídico de la fiduciaria:

“Una vez incorporadas por la notaría las observaciones por usted realizadas a las minutas de la referencia y encontrándose debidamente firmadas por los demás intervinientes...”.

Respecto al acta de entrega del inmueble al banco; dicha acta no solamente aparece en papel membreteado de la fiduciaria, sino que la cláusula de renuncia a cualquier acción judicial, es muy similar a la establecida en las

escrituras objeto de estudio. A todo lo anterior se une el hecho debidamente comprobado que la ejecución de la garantía, se desarrolló conforme a las instrucciones del banco y que la fiducia en garantía, precisamente se constituyó por petición del mismo banco, actuando como fiduciaria, una sociedad subordinada.

Finalmente, las cláusulas abusivas no solamente son predisuestas o preparadas por la parte fuerte, sino que contienen una ventaja excesiva en su favor, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia (CSJ, S. Civil, Exp. 5670, sent. feb. 2/2001).

Al tenor de las cláusulas impugnadas, si bien es cierto que la renuncia a toda reclamación judicial, la transacción y la declaración a paz y salvo mutuo, en principio, favorece por igual a todos los contratantes, incluyendo al fiduciante; la verdad es que toda la prueba indiciaria conduce al tribunal a concluir que las cláusulas objeto de análisis, efectivamente son abusivas y se estipularon con el único fin de proteger al banco y a la fiduciaria, en relación a las actuaciones que pudieren haber perjudicado al fiduciante. Aquí resulta importante anotar que conforme a la letra q, punto 1 de la directiva 93/13/CEE, son abusivas, las cláusulas que tiendan a: “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones o de recursos por parte del consumidor...”.

En el expediente aparecen múltiples comunicaciones en las cuales la fiduciaria recibe ordenes e instrucciones del banco e igualmente aparecen las siguientes comunicaciones del fiduciante, requiriendo que se proceda a la ejecución de la garantía, en el menor tiempo posible. Así, en comunicación de fecha junio 26 de 2001 remitida a la fiduciaria, se lee:

“Bien sabe usted doctor Herrera, que estoy pendiente y muy urgido para que el trámite de dación en pago ya en curso, quede concluido la más pronto posible...”.

En esta carta de fecha 18 de mayo de 2001 el fideicomitente informa al banco:

“Certifico por medio de la presente mi conformidad para proceder de inmediato según sus instrucciones”.

En comunicación de junio 19 de 2001 se expresa:

“... Sin más dilación por parte del banco para la dación en pago que le confirmé en mi carta del 29 de enero de 1999...”.

En comunicación de mayo 22 del 2001:

“...Queda pendiente de la formalización de la dación en pago...”.

En abril 26 del 2001 el fiduciante manifestó:

“Así podremos perfeccionar la operación, según el plazo de 90 días calendario estipulado por Banestado en el referido oficio 004199 del 20 de febrero de 2001...”.

En comunicación de junio 9 de 2000 el fiduciante hace entrega de las llaves del inmueble a la fiduciaria y le recuerda que si en el plazo de 2 meses no se ha vendido el bien, la fiduciaria deberá proceder a realizar la dación en pago, con cargo al patrimonio autónomo.

Finalmente, en la comunicación de noviembre 13 de 2001 el fiduciante solicita a la fiduciaria:

“Habiendo cumplido con todas las condiciones impuestas por ustedes para cancelar en su totalidad dicho patrimonio autónomo le agradeceré se sirva ordenar me sean devueltos todos los documentos...”.

Por otra parte, consta en el expediente que el fideicomitente presentó una queja ante la Superbancaria, por la forma como se venía manejando el crédito garantizado; queja formulada a finales del año 1999 (ver fls. 281 a 288-1 del cdno. 1).

Del análisis del acervo probatorio, el tribunal concluye que las cláusulas impugnadas son abusivas, porque fueron impuestas por la fiduciaria y el banco, en detrimento del fiduciante, quien se vio en la necesidad de suscribir las

escrituras y el documento de entrega del inmueble, en la forma predispuesta por dichas entidades financieras, ante la urgencia de que el contrato fiduciario se liquidara cuanto antes y no siguiera asumiendo intereses de mora, tal como se afirma en la demanda.

Ahora bien, habiéndose encontrado que las cláusulas son abusivas así lo declarará el tribunal y dispondrá su falta de afectos o de vinculación en relación al fiduciante, pues en estos eventos se presenta una ineficacia de las cláusulas, por declaración del juez que conoce del asunto y no la nulidad de las cláusulas, como se anotó.

En conclusión, las cláusulas abusivas no son nulas pero sí deben ser dejadas sin efecto por el juez del contrato, para dar sentido a lo mandado en el artículo 830 del Código de Comercio. En cuanto a la indemnización de perjuicios que se pudieron haber irrogado por su consagración, en el caso de autos, no se solicita la condena consecuencial. En todo caso, al dejarse sin efectos las manifestaciones relativas a la declaración a paz y salvó a la fiduciaria y el banco; la supuesta transacción realizada en torno a todas las diferencias surgidas entre las partes y la renuncia a ejercer cualquier acción judicial; este tribunal tiene competencia para definir lo relativo a la indemnización de perjuicios causados al fideicomitente, por la demora y dilación en la ejecución de la garantía, debido a que las mencionadas cláusulas, carecen de efecto vinculante.

VIII. La teoría del *disregard*

Dadas las circunstancias como se llevaron a cabo las relaciones precontractuales entre Banestado y José Manuel Espinosa, según las cuales, la fiducia en garantía se constituyó en un simple instrumento de seguridad para la efectiva concesión del crédito IFT (lo cual se manifiesta en la demanda y fue aceptado por el banco) y en atención a que actuó como fiduciaria, Fiduestado; entidad subordinada y perteneciente al grupo empresarial dirigido por Banestado, el tribunal no puede pasar por alto el contenido del artículo 1244 del Código de Comercio según el cual, será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual, el fiduciario adquirirá el dominio de los bienes fideicomitados.

Conforme al precepto anterior, no podrá la fiduciaria, de manera directa o indirecta, adquirir los bienes fideicomitados. En este sentido, la fórmula consistente en que la fiduciaria subordinada de un banco-matriz obre como fiduciaria, en la constitución de una fiducia en garantía; la cual garantizará exclusivamente los créditos otorgados por el banco – matriz al fiduciante deudor; en la práctica, dependiendo del comportamiento que en el futuro desarrollen la fiduciaria y el banco – matriz, puede conducir a la violación del artículo 1244 del Código de Comercio.

En efecto, cuando la fiduciaria subordinada realiza la dación en pago a favor del banco – matriz y estos dos, desde los tratos preliminares y en el transcurso de la ejecución de la garantía, se han comportado como un solo contratante, bien puede llegarse a la conclusión que el bien fideicomitado, quedó en manos del fiduciario –beneficiario, como que así se desprende del itinerario negocial.

En Colombia, la teoría del abuso del derecho de la personalidad jurídica, lentamente, viene despejando el camino para permitir concluir que en determinadas circunstancias y de acuerdo al verdadero comportamiento de las partes, el juez puede considerar el levantamiento del velo corporativo o allanamiento de la personería jurídica; cuando las circunstancias en que se desarrolló y efectuó la relación jurídica, denoten que el beneficio de la personería jurídica, fue utilizado como mera instrumentalidad para sustentar artificialmente la separación de sujetos de derecho; mientras que en la práctica, dichos sujetos de derecho, se comportaron como uno solo. Es que, como ya lo aceptó sin ambigüedad la jurisprudencia nacional, la teoría del *disregard* o allanamiento de la personería jurídica, es aplicable no solamente cuando existe norma expresa al respecto (tal como se establece en los arts. 71, 148 y 207 de la L. 222/95; la L. 190/95 o la L. 356/97), sino que igualmente es aplicable, a la luz del artículo 830 del Código de Comercio, cuando así lo determinan las circunstancias particulares del caso enjuiciado:

“Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o *“disregard of the legal entity”* o *“piercing the corporate veil”* cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; ii) La responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio” (C.Const., Sent. C-865, sep. 7/2004).

Las consideraciones anteriores pretenden simplemente ilustrar hasta donde se puede llegar en las prácticas financieras que involucran la actuación directa y activa del banco – beneficiario – matriz y fiduciaria subordinada, sin que sea motivo de decisión.

IX. Indemnización de perjuicios

Para establecer los perjuicios, primero debe verificarse si la fiduciaria, directamente y/o en asocio con las instrucciones emitidas por el banco, demoró la ejecución de la garantía, en más de seis años, como se expresa en la demanda.

Retomando lo manifestado anteriormente, la fiduciaria se obligó a ejecutar la garantía en la forma y términos previstos en el contrato de fiducia, lo cual debió realizar sin sujetarse a nuevas instrucciones o autorizaciones del fideicomitente y del banco beneficiario. Respecto al primero, en la cláusula segunda del contrato de fiducia, párrafo primero, este autorizó expresa e irrevocablemente a la fiduciaria para ejecutar la garantía, en los términos estipulados en la cláusula novena. En cuanto al segundo, en el certificado de garantía 02 se especifica que el beneficiario conoce y acepta el contrato de fiducia y que:

“La garantía se hará efectiva cuando el beneficiario notifique por escrito a la fiducia sobre el incumplimiento...”.

Se recuerda igualmente que, la dación en pago utilizando el bien fideicomitado, constituye el último paso de la fórmula preestablecida y conocida por todos los contratantes, razón por la cual, tampoco se requería nuevo consentimiento o instrucciones del beneficiario, para realizarla.

Revisemos nuevamente el procedimiento establecido en la cláusula novena, el cual era el siguiente:

1. Incumplida una obligación garantizada, el beneficiario comunicará dicho incumplimiento a la fiduciaria, exhibiendo copia del título que incorpore la obligación garantizada.

En este sentido ha de entenderse la frase “la demostración del incumplimiento”, utilizada en la cláusula novena, por la sencilla razón que en los certificados de garantía expedidos por la fiduciaria, así se estipuló (que para acreditar el incumplimiento bastaba la manifestación del acreedor y la exhibición de copia del título). Por dicha razón la fiduciaria procedió a requerir al deudor fiduciante, pese a que el incumplimiento no se le demostró, en otra forma diferente a la aquí señalada.

2. La fiduciaria requiere por correo certificado al fiduciario para que dentro de los 10 días siguientes cumpla o acredite el cumplimiento de la obligación.

3. Si vencido el término anterior, el fiduciante no acredita el cumplimiento, la fiduciaria procederá a la enajenación del bien dado en fiducia.

4. Si vencidos dos meses desde la puesta en venta del inmueble, este no se pudiere vender, se procederá a efectuar la dación en pago.

Es de anotar que, el razonamiento anterior, coincide con el entendimiento que de la cláusula novena, también dedujo la misma fiduciaria. Así, en reunión de acreedores del fideicomiso, celebrada el día 16 de junio de 2000, la Dra. Claudia Arenas, representante de la fiduciaria dejó la siguiente constancia:

“Así mismo informa que el plazo para la venta de acuerdo con la escritura de fideicomiso es de dos meses y una vez vencido el plazo, el paso a seguir sería la dación en pago”.

Lo anterior, sin perder de vista que desde el requerimiento hecho al deudor fiduciante, el 9 de marzo de 1999 la

fiduciaria manifestó:

“De lo contrario, la fiduciaria procederá a la ejecución de la garantía, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula novena...”.

Este procedimiento, aparentemente sencillo, tiene sus vacíos, como lo veremos. En primer lugar, se estipuló un término de 10 días para el requerimiento y dos meses para iniciar la venta del inmueble, pero no se señaló el término exacto dentro del cual la fiduciaria debió suscribir la escritura de dación en pago. No obstante, tratándose de la actuación de un profesional, es de esperarse una diligencia profesional y razonable. Por tal virtud, si se consagraron dos meses para realizar el procedimiento de venta, es razonable considerar que en el trámite de perfeccionamiento de la dación en pago, no pueden transcurrir más de dos meses.

El principio de la razonabilidad en la ejecución de las obligaciones a cargo de un profesional, si bien no aparece estipulado expresamente por el legislador, se desprende del principio de la buena fe objetiva e integradora, consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio. Según dicho precepto, los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a lo expresamente pactado si no que se entienden pertenecerle, lo que sea de su naturaleza, según la ley, la costumbre y la equidad. Por lo tanto, aplicando la equidad natural, ha de entenderse que si el término máximo para pretender la venta del inmueble es de dos meses, igual término será el prudencial para hacer todos los preparativos destinados a realizar formalmente la dación en pago, tales como avalúos, obtención de paz y salvo, certificados de libertad, preparación de minutas, firma de escritura, etc. El principio de la “razonabilidad” en las actuaciones de los profesionales, fue expresamente acogido por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en su sentencia de 27 de marzo de 1998. En relación a este principio de la contratación moderna, la doctrina expresa:

“La confianza es un amplio principio, pero, visto desde otro ángulo, comporta una regla interpretativa, pues lleva a determinar el sentido de una manifestación de voluntad (real o aparente) según el significado que el destinatario podía y debía conferirle en miras a las circunstancias presentes.

Pero también es un criterio decisorio, que hacer primar el sentido objetivo de lo declarado. Según este principio, la declaración de voluntad debe ser comprendida en el sentido que su destinatario, actuando en buena fe, podía razonablemente darle; pero no se trata de la sola actuación del principio de buena fe ni hay una superposición de principios que se excluyen unos a otros: la buena fe solo concluye como criterio de valoración auxiliar al principio de confianza, sirviendo no tanto para estimar la conducta de quien emite la declaración, sino para verificar la legitimidad de la expectativa del receptor de esa promesa.

Debe, pues, el juez, colocarse en la posición del receptor de la promesa (en un sentido general, que marca la dirección que llevó una comunicación entre sujetos jurídicos); situarse a la vez en el momento de la declaración y tener en cuenta las circunstancias en que se encontraba entonces el destinatario y, des de ese punto de vista, establecer como pudo y debió aprehender o interpretar aquella declaración el receptor, obrando este con buena fe —*comme un homme de bonne foi*, dice alguna doctrina y jurisprudencia suiza—, es decir, como un hombre razonable y probo con consideración de todas las circunstancias que le eran reconocibles” (Juan C. Rezzonico, Principios Fundamentales de los Contratos. Astrea. Pág. 379).

Ahora bien, si alguna duda le quedare a la fiduciaria respecto al procedimiento y términos en que debería efectuarse la dación en pago, esta debió proceder a solicitar instrucciones a la Superbancaria (art. 1234, num. 5°); y no acudir directamente al beneficiario, (entidad que a su vez es su matriz o controlante), para que este le diera las instrucciones correspondientes. Al respecto la jurisprudencia ha manifestado:

“Sobre este aspecto la sala considera que, entre otros, son deberes indelegables del fiduciario el realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia e invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo; pero que, así mismo, es de obligatorio cumplimiento el pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando las circunstancias así lo exijan para poder cumplir cabalmente con su encargo” (C.E., S. Contencioso Administrativo. Sec. Cuarta. Sent. sep. 26. Exp. 8300).

Visto lo anterior, el tribunal procederá al análisis de lo acontecido con los certificados de garantía y la mora del deudor.

Se tiene que un primer crédito fue solicitado en marzo 17 de 1995. El deudor incurrió en mora desde marzo 24 de 1995, fecha a partir de la cual debió solicitarse la ejecución de la garantía. Pese a lo anterior, el banco solo reportó el incumplimiento de la obligación el día 10 de julio de 1997, tal como consta al folio 144 del cuaderno de pruebas 1. Aquí es importante resaltar que un beneficiario abusa de su derecho al de informar sobre el incumplimiento de la obligación garantizada, cuando deja transcurrir un término de 27 meses, para hacerlo. A todas luces, la comunicación a la fiduciaria es tardía e inoportuna y solo favorece al acreedor, quien mientras tanto, se va lucrando con los intereses de mora que se generan con el transcurrir del tiempo.

Siendo la fiducia un contrato plurilateral en el cual las obligaciones de los contratantes se orientan a facilitar y permitir el cumplimiento adecuado del fin previsto en el contrato; el beneficiario asume la obligación de informar a la fiduciaria, sobre el incumplimiento de la obligación, dentro de un término razonable y prudencial.

No puede pretenderse que una entidad profesional, como lo es un banco, cuando solicita garantías para seguridad del crédito concedido a los usuarios, pueda quedarse inmóvil e inerte, por el tiempo que considere pertinente, si el supuesto para iniciar la ejecución de la garantía, es de su exclusivo resorte. El principio de la buena fe, que universalmente se acompaña al principio de la lealtad negocial; en la contratación moderna impone deberes recíprocos de las partes, para facilitar el cumplimiento de la obligación de su cocontratante. Así, siendo la principal obligación del vendedor realizar la entrega del bien, el comprador asume la obligación correlativa de permitir y facilitar dicha entrega. Por su parte, la obligación principal del comprador, consistente en pagar, genera la obligación correlativa del acreedor de recibir y facilitar el pago, en los términos pactados. Entonces, el beneficiario de un contrato de fiducia debe realizar oportunamente todos los trámites a su cargo para que el crédito a su favor, sea descargado. Los deberes recíprocos de las partes, para facilitar el cumplimiento de su contraparte y obtener el fin del contrato, se conocen bajo el principio de la cooperación:

“Es importante tener en cuenta que ese deber de cooperación y ayuda comienza ya en el período precontractual, como cuando una de las partes requiere la cooperación de la otra para poder materializar el contrato”.

Sin duda es aquella finalidad común —la meta determinada por las partes al plantear y asentir el plan del contrato— lo que indica el mejor camino para cooperar (co-operar), es decir, actuar con concierto en la acción necesaria. Esto se hará armónicamente, de manera que no se desvíe el esfuerzo, con reciprocidad en el intento.

Pero, ¿cómo se puede saber cuál es la manera apropiada para lograr la finalidad del contrato? Parece claro que la buena fe, las reglas del correcto proceder, han de ser los criterios – guía para enseñar el camino. Esto se obtendrá primordialmente en el terreno social, a través de valoraciones aceptadas con coincidencia en la comunidad” (Juan C. Rezzónica. Principios Fundamentales de los contratos. Astrea. Pág. 476).

En los contratos de fiducia en garantía, lo corriente es disponer que la fiduciaria iniciará la ejecución de la garantía, pero una vez el beneficiario acreedor le comunique sobre el incumplimiento del deudor. Lastimosamente no se toma la precaución de permitir al mismo fiduciante deudor, solicitar la ejecución, cuando incurre en mora. De esta suerte, el deudor queda totalmente en manos del beneficiario y este último, para honrar el principio de la buena fe y la lealtad negocial, debe proceder a solicitar la ejecución de la garantía, dentro de un término razonable, más tratándose de un profesional y beneficiario con posición dominante, como lo es un banco.

Sin embargo, también aparece en el proceso que entre el banco y el fiduciante se refinanció la deuda el día 11 de septiembre de 1997 bajo el número 001-1997-00140-5 y que por tal acuerdo de refinanciación, no se ejecutó la garantía.

Refinanciada la deuda, el deudor nuevamente vuelve a incurrir, en mora y la fiduciaria requiere el fiduciante para que acredite el pago de la obligación o cumpla con el pago, en carta de fecha marzo 9 de 1999 (ver fl. 128 cdno. de pbs. 1).

De todo lo anterior se destaca que en cuanto a la reestructuración de la deuda ocurrida el 11 de septiembre de 1997, no se acreditó ante el tribunal, el hecho que la refinanciación se hubiera producido por presiones de la fiduciaria y

el banco, y en contra de la voluntad del fiduciario. Por esta razón, para efectos de determinar el momento en que razonablemente debió procederse a formalizar la dación en pago, se tendrá en cuenta la fecha de marzo 9 de 1999, que corresponde al requerimiento realizado por la fiduciaria, para cancelar la obligación, una vez refinanciada.

Tenemos entonces que, el 19 de marzo venció el término para que el fiduciante acreditara el cumplimiento de la obligación garantizada. Como lo anterior no ocurrió; el 19 de mayo (dos meses después), venció el término establecido para vender el inmueble y el 19 de junio de 1999 venció el término razonable para formalizar la dación en pago. Por lo tanto, a partir del día 20 de julio del año 1999 la fiduciaria incurrió en mora en cumplir con la obligación de formalizar la dación en pago. Teniendo en cuenta que la dación en pago solo se perfeccionó el día 5 de septiembre del 2001, la fiduciaria incurrió en mora de 25 meses y 15 días en la ejecución de la garantía.

El tribunal no desconoce que mediante comunicación de abril 28 de 2002, el fiduciante ofreció al banco que recibiera los inmuebles fideicomitidos, en dación en pago, y de manera directa, sin sujeción al procedimiento establecido en la escritura de fiducia, promoviendo la modificación del contrato en este sentido. El estudio de dicha propuesta tomó varios meses por parte de Banestado y la fiduciaria y bien podría argumentarse que la mora, durante este término, se originó precisamente por la petición formulada por el fiduciante. Sin embargo, está probado que, desde el momento mismo en que se requirió al fiduciante para que honrara la obligación en mora, se le informó que pasados 10 días sin cumplir, se procedería a la ejecución de la garantía, lo cual no ocurrió y por lo tanto, la mora se presentó por culpa de la fiduciaria, desde julio 20 de 1999 como queda dicho. Entonces, la petición de abril 28 de 2000, formula por el fiduciante al banco, no purga la mora, por la sencilla razón que el trámite debió haber concluido 9 meses antes.

Con el proceder de la fiduciaria, se incumplió con su principal obligación de actuar diligentemente en procura de obtener el fin previsto en el contrato; así como incumplió con el deber de procurar el “mayor” rendimiento de los bienes. Resulta apenas natural que el mejor rendimiento, respecto a los bienes fideicomitidos, solo se logra cuando procede al pago oportuno de los créditos garantizados, puesto que por este andar, generalmente se puede pagar la totalidad de las deudas y restituir una parte de los bienes al deudor fiduciante, con el máximo provecho para acreedor y deudor.

Ahora bien, el perjuicio causado al fideicomitente se determina, en primer lugar por el incremento del valor de la deuda que este garantizó al Banco del Estado, entre el día 20 de julio de 1999 hasta el día 5 de septiembre de 2001; igualmente hacen parte de dichos perjuicios las cuotas de administración del local pagadas durante este período, así como los impuestos prediales de los años 2000 y 2001, pues ninguno de estos pagos se hubieren cargado al deudor, por la sencilla razón que el inmueble, efectivamente, debió ingresar al patrimonio del banco, desde julio de 1999.

Para el tribunal, el hecho que el mismo Banco del Estado hubiera requerido, como condición previa para otorgar el crédito, el otorgamiento de una garantía, la cual consistió precisamente en la fiducia en garantía y que, dicha garantía fue instrumentada por intermedio de Fiduestado (tal como se acepta en la contestación de la demanda); unido a la circunstancia de que durante todo el trámite de la ejecución de la garantía, la fiduciaria solicitó y requirió instrucciones de su matriz y controlante (Banco del Estado), en su condición de única beneficiaria de los créditos garantizados; encuentra que la conducta del banco resultó importante y definitiva en los perjuicios causados al demandante, razón por la cual procede a condenar solidariamente al Banco del Estado y Fiduestado.

IX. Los perjuicios acreditados

En relación a lo pagado por cuotas de administración, desde agosto de 1999 a septiembre de 2001 y respeto al local fideicomitida.

Según relación que obra al folio 176 del cuaderno de pruebas 1 y los soportes contables que obran a los folios 177 a 215, el tribunal tendrá en cuenta los pagos efectivamente realizados por el fideicomitente, sin considerar los intereses de mora, por entender que el retardo, no puede ser trasladado a los demandados. El pago total de la obligación viene, además, certificado por la administración del conjunto residencial, la cual expidió un paz y salvo a septiembre de 2001. La relación de pagos efectuados es la siguiente:

Agosto 1999	\$ 350.700
Septiembre 1999	\$ 350.700
Octubre, noviembre y diciembre 1999	\$ 1.052.100
Enero de 2000	\$ 350.700
Febrero de 2000	\$ 350.700
Marzo de 2000	\$ 420.768
Abril de 2000	\$ 420.768
Mayo y junio de 2000	\$ 771.408
Julio y agosto de 2000	\$ 771.408
Septiembre 2000 a agosto 2001	\$ 4.960.801
Septiembre de 2001	\$ 422.293
Subtotal	\$ 10.222.346

En relación a los intereses en mora causados por el crédito 001-1997-00140-5 a partir de julio 20 de 1999; se tiene que, según el dictamen pericial, respuesta a la pregunta 5, por intereses de mora cancelados después de junio de 1999, el demandante canceló la suma de diez y nueve millones setecientos quince mil uno (\$ 19.715.001) pesos, el día 30 de agosto de 2001.

En relación a las facturas por servicios públicos, aportadas con la demanda, el tribunal considera que del contenido de las mismas no puede precisarse con suficiente razonabilidad que porcentaje correspondería cargar a los demandados, si el local hubiera estado desocupado todo el tiempo; debido a que los servicios efectivamente fueron utilizados en provecho del fideicomitente y por tal razón, varían de mes a mes.

Ahora bien, y con el fin de cumplir con la obligación de ordenar la reparación integral del daño, tal como se establece en el artículo 16 de la Ley 446 del 98, el tribunal procederá a actualizar las sumas debidas, a precios de hoy, aplicando para tal fin, el IPC de los años 1999 (9.24%), 2000 (8.75%), 2001 (7.65%), 2002 (6.99%), 2003 (6.49%), 2004(5.50%) y 2005 (4.83%). El IPC debido a su publicación por diferentes medio de comunicación, es un hecho notorio que no requiere prueba.

A. Liquidación perjuicios.

Se tiene la siguiente consolidación de perjuicios.

Pagos por administración	\$ 10.222.346
Pagos por intereses de mora	\$ 19.715.001
Total perjuicios	\$ 29.937.347

B. Actualización.

Fracción año 1999:	$\$29.937.347 \cdot (4.10\%) = \$ 1.227.431$
Fracción año 2000:	$\$29.937.347 \cdot (8.75\%) = \$ 2.619.518$
Fracción año 2001:	$\$29.937.347 \cdot (7.65\%) = \$ 2.290.207$
Fracción año 2002:	$\$29.937.347 \cdot (6.99\%) = \$ 2.092.621$

Fracción año 2003:	\$29.937.347 . (6.49%) = \$ 1.942.934
Fracción año 2004:	\$29.937.347 . (5.50%) = \$ 1.646.554
Fracción año 2005:	\$29.937.347 . (4.83%) = \$ 1.445.974
Total indexación	\$13.265.239=

XI. Resolución de las excepciones

En relación a las excepciones de mérito o fondo propuestas por Fiduestado y Banestado, por haber prosperado las pretensiones de la demanda, todas serán negadas, como consecuencia natural. Sin embargo, en relación a la excepción formulada por el apoderado del Banco del Estado y denominada “falta de competencia del tribunal de arbitramento frente al Banco del Estado”. Por tocar a la competencia misma del tribunal, es necesario pronunciarse sobre la misma. Al efecto, el tribunal reitera sus consideraciones contenidas en el auto de enero 19 de 2005:

“Continuando con la primera audiencia de trámite y como primera medida, procede el tribunal a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del Banco del Estado contra el acto proferido en la audiencia de fecha 13 de enero de 2005 y en relación de la asunción de competencia respecto al Banco del Estado como parte demandada. Los argumentos esbozados por el recurrente, pueden sintetizarse en los siguientes términos: a) la vinculación entre el demandante y el Banco del Estado, solo surge a través de un contrato de mutuo y un contrato de dación en pago y en ninguno de los dos, se estipuló cláusula compromisoria; b) El Banco del Estado es un tercero respecto al contrato de fiducia suscrito entre el demandante y Fiduestado; c) En los contratos de fiducia, el beneficiario, en su condición de tercero, por existir una estipulación en su favor, en los términos del artículo 1506 del Código de Comercio, solamente queda vinculado a la cláusula compromisoria cuando en su calidad de demandante, hace uso de la misma; d) En el presente caso, el Banco del Estado no ha invocado la cláusula compromisoria; es más, no quiere hacer uso de la misma y por lo tanto, no queda vinculado al convenio arbitral.

Frente a los argumentos anteriormente expuestos, el tribunal considera que la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, sostiene que en el contrato de fiducia, respecto al beneficiario, se presenta una estipulación por otro, en los términos del artículo 1506, la cual, para ligar contractualmente al beneficiario, requiere la aceptación de este. Sin embargo, como lo manifestó la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en sentencia, de septiembre 30 de 1954, la aceptación por parte del beneficiario de la estipulación, no requiere hacerse constar en el contrato mismo donde figura dicha estipulación, sino que puede hacerse posteriormente, en documento aparte y en todo caso, aún de manera tácita.

Visto lo anterior, cuando es el mismo beneficiario el que invoca la cláusula compromisoria contenida en un contrato de fiducia que ha sido suscrito inicialmente entre el fiduciante y el fiduciario; no cabe duda que este, ha aceptado aún tácitamente la estipulación en su favor, consistente en la sujeción de las diferencias resultantes frente al fiduciante y/o fiduciario, a un tribunal arbitral, como efectivamente lo consideró el tribunal de arbitramento de *Leasing Mundial v. Fidufes*, en la jurisprudencia ya transcrita por el mismo recurrente.

En el caso de autos, la situación es diferente en la medida que el beneficiario (Banco del Estado) no es la parte convocante de este proceso arbitral y por el contrario, ha rechazado expresamente su vinculación al convenio arbitral. Sin embargo, a juicio del tribunal, la aceptación expresa y por lo tanto, la sumisión del Banco del Estado a la justicia arbitral, aparece acreditada en las pruebas aportadas al proceso. En primer término, el Banco del Estado fue beneficiario del certificado de garantía 001 que figura a los folios 16 y 17 del cuaderno de pruebas. Con posterioridad, aceptó como beneficiario el certificado de garantía 002 que figura a los folios 13 a 15. Es de anotar que entre el certificado 01 y el 02, para los efectos de este estudio, hay una diferencia sustancial, debido a que en el segundo se incluyó la siguiente frase: “con la recepción del presente certificado se entiende que el acreedor beneficiario del mismo conoce y acepta el avalúo y el contrato de fiducia mercantil en cuyo patrimonio autónomo garantiza su acreencia, aceptación que se tendrá en firme si dentro de los 5 días hábiles a su recibo, la Fiduciaria del Estado S.A., como vocera del patrimonio autónomo no recibe observación alguna”.

De manera que, la simple recepción del certificación, vencido el término de los 5 días, implicó la aceptación adherente por parte del Banco del Estado, del contrato de fiducia, con todo su clausulado, incluyendo la cláusula

compromisoria contenida en él. Ahora bien, la extensión de los efectos de una cláusula compromisoria a quien se adhiere a un contrato ya suscrito es más frecuente de lo que se piensa; así sucede con los nuevos socios que ingresan a una sociedad o con el cesionario de un contrato, quienes pese a no haber suscrito directamente el convenio arbitral, quedan vinculados al contrato social y al contrato cedido, incluyendo la cláusula compromisoria inserta en los respectivos contratos.

La aceptación expresa a las condiciones del contrato, se ve reforzada por el hecho que el Banco del Estado solicitó la ejecución de la garantía, acudiendo precisamente a lo estipulado en el contrato de fiducia; es decir, invocando unos derechos contractuales en su favor y dando aplicación al trámite previsto en el contrato de fiducia, como obligación propia del beneficiario”.

Finalmente, sin perjuicio de lo que definitivamente pueda resolver el tribunal al momento del laudo sobre este mismo asunto, se considera que en todo caso, la tesis más adecuada para entender los vínculos jurídicos existentes entre el fiduciante, fiduciario y beneficiario es que, se trata de un contrato plurilateral, en los términos del artículo 864 del Código de Comercio. Siendo un contrato plurilateral, no necesariamente será de colaboración, aunque pueda serlo, en la medida que queden claras las obligaciones de las partes de contribuir al cumplimiento del fin común establecido como condición de desarrollo del patrimonio autónomo.

Para el tribunal, es claro que el beneficiario es parte contractual y por eso el mismo legislador consagra en el artículo 1235 del Código de Comercio una serie de derechos en su favor; derechos, que sin lugar a dudas, son de naturaleza contractual y no extra contractual. La circunstancia de que el beneficiario pueda determinarse con posterioridad a la firma del contrato, no cambia el esquema jurídico, en la medida que la legislación otorga validez a los derechos y obligaciones de personas indeterminadas pero determinables en el futuro, tal como acontece en el contrato de transporte respecto al destinatario y en el contrato de seguros, respecto al beneficiario.

Por otra parte, pese a que el fiduciante puede adquirir a su vez la condición de único beneficiario, esto no implica que desaparezca la calidad de contrato plurilateral, como no desaparece cuando se constituye una sociedad entre dos socios y como tampoco se niega la condición tripartita de la letra de cambio, la cual se traduce en la existencia de un girador, un girado y un beneficiario; no obstante que el girador también ocupe el papel de beneficiario.

En resumen de lo anterior, si la naturaleza jurídica de la fiducia, es de contrato plurilateral, resulta claro que el beneficiario es parte contractual, una vez sea determinado y acepte expresa o tácitamente su condición de beneficiario. Por las razones anteriores, habrá de confirmarse en auto impugnado”.

Por considerar que lo expuesto anteriormente no varió durante el proceso, el tribunal confirma su competencia y rechaza la excepción.

XII. Parte resolutive

El tribunal de arbitramento conformado para dirimir las controversias entre el señor José Manuel Espinosa contra Fiduestado S.A. y S.A. Banestado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar que Fiduciaria del Estado S.A. y el Banco del Estado S.A. incumplieron con las obligaciones previstas en el contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura 0258 de enero 18 de 1995 de la notaría 37 de Bogotá, en perjuicio de José Manuel Espinosa.
2. Condenar a Fiduciaria del Estado S.A. y el Banco del Estado S.A. a pagar a favor de José Manuel Espinosa, la siguiente suma de dinero y a título de indemnización de perjuicios: cuarenta y tres millones doscientos dos mil quinientos ochenta y seis (\$ 43.202.586).
3. Declárase como abusiva y sin ningún efecto la cláusula G) del título II contenido en el acta de recibo y entrega del inmueble fideicomitido, al Banco del Estado S.A. de fecha 6 de septiembre de 2001.

4. Decláranse como abusivas y sin ningún efecto la cláusula séptima y las cláusulas relativas a la comparecencia del señor José Manuel Espinosa en sus numerales 1º y 5º. Contenidas en la escritura de dación en pago 2013 de septiembre 5 de 2001 de la notaría 11 de Bogotá.

5. Niéguese las pretensiones tercera y cuarta principal.

6. Decláranse improcedentes las excepciones de mérito o de fondo formuladas por Fiduciaria del Estado S.A. y Banco del Estado S.A.

7. Por haber prosperado parcialmente las pretensiones principales, no hay condena en costas y agencias en derecho.

8. Protocolícese el expediente en una notaría de la ciudad de Bogotá, en los términos previstos por el artículo 158 del Decreto 1818 de 1998.

Jorge Hernan Gil Echeverry, árbitro único.

Alejandra Vásquez Velásquez(sic), secretaria.
