

**Laudo Arbitral**  
**Leasing Mundial S.A.**  
v.  
**Fiduciaria FES S.A.**  
**Agosto 26 de 1997**

**Acta 16**

En Santafé de Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997) a las cuatro de la tarde (4:00 p.m.), fecha y hora fijadas en providencia anterior, se reunieron en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la carrera 9ª N° 16-21, piso 4º, sede del Tribunal de Arbitramento, los doctores Jorge Suescún Melo, quien preside, Jorge Cubides Camacho y Antonio Aljure Salame, en su calidad de árbitros, al igual que el secretario, doctor Roberto Aguilar Díaz, con el objeto de llevar a cabo la audiencia de fallo. Así mismo asistieron los doctores Gilberto Peña Castrillón, quien exhibió la cédula de ciudadanía 17.087.779 de Bogotá y la tarjeta profesional 4.353 del Ministerio de Justicia, en su calidad de apoderado de la parte actora y Jesús María Sanguino Sánchez, quien exhibió la cédula de ciudadanía 17.097.437 de Bogotá y la tarjeta profesional 441 del Ministerio de Justicia, en su calidad de apoderado de la parte demandada.

Abierta la audiencia el presidente autorizó al secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por los árbitros unánimemente.

Laudo arbitral.

Santafé de Bogotá D. C., veintiséis (26) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que pone fin el presente proceso y que resuelve las diferencias surgidas entre Leasing Mundial S.A., y Fiduciaria FES S.A., “Fidufes”.

**A. Antecedentes**

1. Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato contenido en la escritura pública 4426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá, suscrito entre Auto Seúl Cobautos Ltda., como fiduciante y Fiduciaria FES S.A., como fiduciaria, al cual se vinculó posteriormente Leasing Mundial S.A., como beneficiario, en cuya cláusula vigésima séptima se previó:

“Cláusula compromisoria. Cualquier diferencia que surja entre las partes, fideicomitente, fiduciaria y beneficiarios en razón del presente contrato, durante su constitución, ejecución, su terminación o liquidación se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento constituido por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes. Si no hay acuerdo en un lapso de treinta (30) días corrientes, se designarán por la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros fallarán en derecho. El Tribunal de Arbitramento se

regirá por lo dispuesto en el Decreto 2297 (sic) de 1989 y 2651 de 1991 o en la norma que esté vigente en la fecha en que alguna de las partes lo suscite. El tribunal se someterá a las reglas del centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá Las direcciones para este caso están en la cláusula de notificaciones”.

2. El día 29 de febrero de 1996 la sociedad Leasing Mundial S.A., por conducto de apoderado judicial, solicitó la convocatoria del presente Tribunal de Arbitramento formulando demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá contra la sociedad Fiduciaria FES S.A.

3. El día 7 de marzo de 1996 la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria y de ella corrió traslado a Fiduciaria FES S.A.

4. Fiduciaria FES S.A., dio oportuna contestación a la demanda en escrito presentado el día 7 de mayo de 1996 dirigido a la directora del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones formulando excepciones previas y de mérito. Igualmente la sociedad demandada formuló llamamiento en garantía a Seguros Generales de Colombia Mapfre S.A., y a Auto Seúl Cobautos Ltda.

5. En cumplimiento a lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 16 del Decreto 2651 de 1991 y en audiencia que se inició el día 20 de julio de 1996 y que después de haber sido suspendida en varias oportunidades concluyó el día 31 de julio del mismo año, las partes acudieron a una audiencia de conciliación que estuvo presidida por la directora del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, pero que fracasó ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

6. En audiencia que tuvo lugar el día 20 de agosto de 1996, se advirtió la imposibilidad de realizar el nombramiento de los árbitros de común acuerdo por las partes, por lo cual, en desarrollo de lo previsto en la cláusula compromisoria el mismo se efectuó por la Cámara de Comercio de Bogotá.

7. El día 7 de octubre de las partes concurren a la audiencia de instalación de este tribunal. En dicha audiencia el tribunal designó como presidente al doctor Jorge Suescún Melo, quien aceptó en la misma audiencia, y como secretario al doctor Roberto Aguilar Díaz, quien igualmente aceptó el cargo del cual se posesionó el día 14 de noviembre de 1996. En la misma audiencia de Instalación el tribunal fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá y señaló las surtas de honorarios y gastos.

8. Habiendo cancelado las partes en tiempo oportuno los honorarios y gastos que les correspondía, mediante auto de fecha 14 de noviembre de 1996 el tribunal señaló como fecha para la primera audiencia de trámite el día 6 de diciembre del mismo año, la cual no pudo verificarse en esa oportunidad porque mediante escritos presentados el 4 y el 6 de diciembre del mismo año, la parte actora presentó reforma de la demanda, de la cual se corrió traslado a la parte demandada en esa oportunidad. Dicha reforma se presentó de manera integrada con la demanda inicial y a dicho texto definitivo, que obra a folios 147 a 174, hará referencia el tribunal cuando fuere pertinente.

9. En tiempo oportuno la parte demandada se pronunció sobre la reforma de la demanda solicitando pruebas adicionales.

10. En audiencia que tuvo lugar el día 21 de enero de 1997 se corrió traslado de la excepción previa propuesta con motivo de la contestación a la reforma de la demanda y se adicionaron las sumas inicialmente decretadas por honorarios y gastos teniendo en cuenta el

aumento de la cuantía del proceso ocasionado con motivo de la citada reforma de la demanda.

11. La parte actora consignó la totalidad de los honorarios y gastos adicionalmente fijados como consecuencia de la reforma de la demanda, por lo cual, por auto del 11 de febrero de 1997, el tribunal convocó a las partes para la primera audiencia de trámite.

12. Mediante oficio 1 del 28 de febrero de 1997 se informó al procurador delegado en lo civil, de la Procuraduría General de la Nación, la instalación del tribunal.

13. La primera audiencia de trámite se inició el día 13 de febrero de 1997 y, habiendo sido suspendida, concluyó el día 24 del mismo mes y año. Dentro de dicha audiencia el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias propuestas por las partes, declaró la no prosperidad de las excepciones previas, rechazó los llamamientos en garantía formulados por la parte demandada y decretó pruebas.

14. El presente proceso se tramitó en quince (15) sesiones, en las cuales se dio trámite a la reforma de la demanda, se asumió competencia, se resolvieron las excepciones previas y los llamamientos en garantía formulados, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se procuró una conciliación entre las partes y se recibieron sus alegaciones finales.

15. Corresponde entonces al tribunal, mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas.

#### B. Pretensiones de la demanda y excepciones

1. En su demanda, de acuerdo al texto integrado con la reforma, la parte actora solicitó al tribunal realizar los siguientes pronunciamientos y condenas:

“Primera. Que existe y es eficaz el certificado de garantía fiduciaria 000294 expedido por la Fiduciaria FES S.A., (parte demandada), y cuyo beneficiario es Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial (parte demandante), de las características demostradas en este proceso.

Segunda. Que al haber expedido la Fiduciaria FES S.A., el certificado de garantía fiduciaria 000294, sin que existiera patrimonio autónomo que lo sustentara, debe la Fiduciaria FES S.A., responder por las consecuencias patrimoniales de esta garantía fiduciaria, en favor del titular de la (misma, esto es, Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial.

Tercera ... Que la Fiduciaria FES S.A., fue constituida en mora de pagar las anteriores obligaciones el 29 de febrero de 1996, día de la presentación de esta demanda arbitral.

Cuarta ... Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, debe la Fiduciaria FES S.A. pagar en favor de Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial, la obligación garantizada con el certificado de garantía fiduciaria 000294, así:

1. Por capital, la suma de \$ 236.182.033, que se encontraba pendiente de pago al momento de exigirse a la fiduciaria el cumplimiento de la garantía, y al 29 de febrero de 1996, día de la presentación de la demanda, o la cantidad que se pruebe por ese concepto.

2. Los intereses de mora de la anterior suma de capital, causados hasta el 29 de febrero de 1996, fecha de la presentación de la demanda arbitral, según lo que se pruebe.

3. Los intereses moratorios que se liquiden sobre el capital indicado en el 1º anterior, esto es, sobre \$ 236.182.033, a partir del día siguiente al de la constitución en mora de la Fiduciaria FES S.A., “Fidufes”, y hasta el día del pago efectivo, intereses que se liquidarán a la tasa del doble del interés bancario corriente sin limitación alguna, o la tasa moratoria indicada en el título de la obligación garantizada (pagaré), o a la tasa que determine el tribunal.

Quinta. Que en forma adicional se condene en costas a la parte demandada”.

2. Fiduciaria FES S.A. dio contestación a la demanda y a su reforma manifestando su oposición a las pretensiones con la proposición de las siguientes excepciones perentorias: “Falta de interés para obrar”, “Petición antes de tiempo”, “Culpa imputable al provocante” e “Imposibilidad de cumplir las obligaciones emanadas de la fiducia otorgada por Auto Seúl Cobautos Ltda.”.

#### C. Fundamentos de la demanda

La parte actora expuso los siguientes hechos como fundamento de sus pretensiones.

1. Mediante escritura pública 4426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá Auto Seúl Cobautos Ltda. constituyó una fiducia mercantil de garantía cuyo fiduciario era Fiduciaria FES S.A., con la cual debía constituirse un patrimonio autónomo, para lo cual aquella transfirió a esta el dominio que tenía sobre el inmueble rural ubicado en la vereda Bosavita-Chaques, en el municipio de Villapinzón, departamento de Cundinamarca.

2. La escritura pública por medio de la cual se constituyó la fiducia no fue inscrita en la oficina de registro de instrumentos públicos de Chocontá ante la cual correspondía el registro inmobiliario.

3. El valor del inmueble fideicomitado se fijó en la suma de \$ 307.800.000, según avalúo realizado por la firma Luque Ospina & Cía. Ltda., el cual se consideró como parte del contrato de fiducia.

4. Después a la supuesta constitución de la fiducia se produjo un segundo avalúo por parte de la firma Avasin Ltda., que incrementó el valor del bien fideicomitado en 2.33 veces, al valorarlo en la suma de \$ 718.200.000.

5. El día 11 de abril de 1995 la parte demandada expidió el certificado de garantía 00294 por la suma de \$ 390.000.000 en favor de Leasing Mundial S.A., para garantizarle el crédito que este le concedió a Auto Seúl Cobautos Ltda., y que se concretó en esa misma fecha mediante la firma del pagaré 50-0002.

6. Auto Seúl Cobautos Ltda. pagó solamente tres de las doce cuotas pactadas, razón por la cual el 9 de septiembre de 1995 Leasing Mundial Ltda., remitió a Fiduciaria FES S.A. el oficio 005049 solicitando hacer efectiva la fiducia.

7. En respuesta a la anterior comunicación Fidufes le envió copia de la carta que había remitido a Auto Seúl Cobautos Ltda., para iniciar el trámite previsto en la escritura pública de constitución del fideicomiso.

8. En desarrollo del procedimiento previsto en el contrato de fiducia mercantil Fidufes solicitó un nuevo avalúo a la firma Avaluos Nacionales S.A., el cual arrojó un precio de \$ 128.250.000, pero posteriormente la demandada informó acerca de uno nuevo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi que arrojó un monto de \$ 174.600.000, precio al cual intentaría vender el inmueble al único potencial comprador que lo era la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, en razón a las limitaciones de comercialización y explotación que tiene por estar ubicado en un área de reserva forestal, como siempre lo advirtieron las firmas evaluadoras.

9. Fidufes le hizo creer a la comunidad financiera, y en particular a los beneficiarios de los certificados de garantía que expidió, que era vocero de un patrimonio autónomo que no solo no existía sino que tenía un valor de \$ 718.200.000.

10. Fidufes tuvo un lapso de tiempo suficiente para establecer qué había ocurrido con el registro de la escritura pública de constitución de la fiducia sin percatarse de que nunca

había sido inscrita, y aun así, hasta el 25 de noviembre de 1996 le hacía creer a Leasing Mundial S.A., que el fideicomiso y el patrimonio autónomo existían.

11. La fideicomitente, Auto Seúl Cobautos Ltda., fue admitida al trámite de un concordato y dentro del mismo se decretó y practicó el embargo del inmueble supuestamente fideicomitado.

12. Hasta el momento Fidufes no ha honrado o atendido la obligación que obra en el certificado de garantía fiduciaria 000294, por lo cual Leasing Mundial S.A., ha sufrido perjuicios patrimoniales que se traducen en la liquidación del crédito que obra en el pagaré otorgado por Auto Seúl Cobautos Ltda. en su favor, y que fue garantizado por el citado certificado, junto con sus intereses moratorios y demás perjuicios.

#### D. Contestación de la demanda

La parte demandada en su contestación a la demanda y a su reforma se pronunció sobre los hechos expuestos por la demandante negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente, y realizando, las más de las veces, aclaraciones o pronunciamientos propios a ellos.

#### E. Pruebas practicadas

1. Como prueba de los hechos que sirven de sustento a sus pretensiones la parte actora aportó con la demanda y su reforma varios documentos y solicitó la aportación de otros; igualmente, la parte demandada en su contestación a la reforma de la demanda solicitó que se oficiará a la Superintendencia de Sociedades para que expidiera copia de algunos documentos y una certificación. Todos estas pruebas obran en el expediente y fueron aportadas con las formalidades legales en los términos de las solicitudes de las partes.

2. Igualmente se recibieron algunos testimonios a solicitud de la parte actora y de la disposición oficiosa del tribunal.

3. En igual forma se recibieron los interrogatorios de las partes de conformidad con la petición mutua que ellas elevaron.

4. A solicitud de la parte demandada se decretó la exhibición de los libros y papeles de la demandante relacionados con el asunto sometido a esta decisión.

5. Finalmente, a solicitud de la parte actora, se practicó un dictamen sobre su contabilidad, libros de comercio, correspondencia y comprobantes contables para absolver un cuestionario propuesto oportunamente.

6. En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

#### F. Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permita proferir decisión de fondo.

En efecto, tanto Leasing Mundial S.A., como Fiduciaria FES S.A., son personas jurídicas, legalmente reconocidas, acreditaron su existencia y representación legal, y actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Mediante auto preferido en la primera audiencia de trámite que se inició el día 13 de febrero de 1997 y, tras haber sido suspendida, concluyó el día 24 de febrero de 1997, el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y se encontraba instalado; que las partes habían consignado oportunamente tanto la parte de los gastos como los honorarios que les correspondía según la determinación inicial y que, también en forma oportuna, la parte

actora atendió el pago de la totalidad de los honorarios y los gastos adicionalmente fijados como consecuencia de la reforma de la demanda; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir.

Igualmente el tribunal calificó la demanda y su reforma, las cuales encontró ajustadas a las previsiones legales. Con los presupuestos anteriores en dicha primera audiencia el tribunal asumió competencia, después de rechazar las excepciones de falta de jurisdicción planteadas por la parte demandada, para lo cual el tribunal hizo los siguientes planteamientos:

1. Auto proferido el 13 de febrero de 1997

“Sin entrar por ahora en análisis profundos, el tribunal encuentra que en el caso sometido a su juicio las formas solemnes del contrato de fiducia mercantil se ajustan a las normas vigentes, y que la capacidad de las partes, su expresión de voluntad y el objeto de esta ofrecen seriedad suficiente para asumir la existencia y validez del contrato. Así las cosas, las cláusulas contenidas en el mismo contrato, entre otras la compromisoria, deben suponerse igualmente válidas y eficaces, independientemente de los efectos, derechos y obligaciones que de ellas puedan surgir. Por tanto, el hecho de que el patrimonio autónomo fiduciario de garantía pudo no haberse formado por carecer el acto jurídico correspondiente de inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria que lleva la oficina de registro de instrumentos públicos, lo que será motivo de posterior análisis en este mismo proceso, no conlleva ni implica que las cláusulas del contrato, entre otras la compromisoria, no tengan en forma independiente plena existencia y validez.

Respecto de la cláusula compromisoria es aún más enfática la doctrina y la práctica internacionales, en cuanto sostienen la eficacia autónoma de la cláusula compromisoria, en el sentido de que aún en los casos de inexistencia o invalidez del convenio que la contiene, presunta o declarada, la cláusula mantiene en forma autónoma su poder vinculante y genera todos sus efectos entre quienes la pactaron (reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, art. 8º, núm. 3º).

... La cláusula vigésima séptima contenida en la escritura pública 4426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá, por medio de la cual Auto Seúl Cobautos Ltda., quien actuó como fideicomitente, y la Sociedad Fiduciaria FES S.A., quien actuó como fiduciario, celebraron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, así como muchas otras cláusulas de dicho contrato, fue establecida no solamente en favor de quienes suscribieron ese instrumento público, sino en favor de terceras personas a quienes calificaron como beneficiarios. Es un típico caso de “estipulación para otro” o “estipulación en favor de otro” definida en el artículo 1506 del Código Civil así:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”.

Como lo tiene aceptado la Corte, la adquisición del derecho por parte del tercero beneficiario se produce en el momento mismo de perfeccionarse el contrato entre el estipulante y el promitente, solo que hasta que no medie su aceptación, ese derecho puede extinguirse por la revocatoria que hagan estos últimos. Por lo anterior, las partes que celebraron el contrato de fiducia mercantil quisieron que ella fuera “irrevocable” (cláusula vigésima segunda) por lo menos “mientras existan obligaciones a cargo del fideicomiso”, es decir, que una vez la fiduciaria hubiera expedido certificados de garantía en favor de

terceros, las estipulaciones del contrato eran irrevocables y por lo tanto los derechos establecidos en favor de los terceros beneficiarios se tenían por consolidados.

Desde el punto de vista de la aceptación, para el tribunal es claro que ella se dio y de manera expresa. Así lo entendió la parte demandada y el fiduciante: en efecto, en la cláusula octava del citado contrato se previó que “Cuando se tengan cumplidos los requisitos contemplados en la cláusulas anteriores la fiduciaria expedirá un certificado de garantía con destino al acreedor; en dicho certificado constará la naturaleza de la garantía, el límite hasta el cual se ampara la obligación para lo cual deberá citar el número, fecha y notaría de la presente escritura pública o del documento privado según el caso, y la constancia de que el aceptante beneficiado de la garantía se someterá en todos los términos y condiciones que se establecen en el presente contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado entre el fideicomitente y La fiduciaria, cuyo texto estará a disposición del beneficiario” (se resalta). En desarrollo de esta previsión, en el “certificado de garantía fiduciaria 000294” expedido el 11 de abril de 1995 por la parte demandada se previó: “Es entendido que cuando el beneficiario recibe este certificado de garantía, conoce y acepta los términos del contrato de fiducia de garantía mencionado”. De manera que para el tribunal no existe duda de que las cláusulas del contrato, y entre ellas la compromisoria, establecidas en favor de los beneficiarios lo fueron desde el momento mismo de la celebración del contrato, no podían ser revocadas una vez expedidos certificados de garantía en su favor y fueron aceptadas por la parte actora como beneficiaria, a través de su adhesión ...”.

## 2. Auto proferido el 24 de febrero de 1997

El recurrente se aparta del criterio del tribunal, en el sentido de que, en su opinión, no cabe acudir a la estipulación para otro como medio jurídico para explicar el que un beneficiario de la fiducia y tenedor de un certificado de garantía pueda prevalerse de la cláusula de arbitramento contenida en el contrato de fiducia. Para sustentar su posición el impugnante manifiesta que el mencionado beneficiario es un tercero en el señalado contrato y que, por no haber participado en su celebración, y no haber manifestado su voluntad en cuanto a la declinación de jurisdicción, no puede hacer uso de la cláusula compromisoria, la cual carece de contenido patrimonial, toda vez que su propósito es el de descartar la intervención de la jurisdicción natural, de manera que tiene una clara connotación de orden público que impide la aplicación de la estipulación para otro, por cuanto en su sentir este mecanismo solo podría tener acogida en relaciones de derecho privado, puntualizando que “nadie está autorizado para estipular por otro la renuncia a su juez natural ...”.

En primer término el tribunal expresa que la cláusula compromisoria, proviene del libre albedrío de los contratantes, pues es expresión de la autonomía de la voluntad privada, que tiene ciertamente un efecto sobre las normas procesales, cual es el de declinar la jurisdicción normal, pero con el propósito de acudir a un medio para resolver un diferendo de naturaleza patrimonial, de suerte que, en últimas, el arbitraje es un mecanismo para disponer de derechos de contenido económico, razón por la cual la ley exige como elemento esencial para su validez el que las materias sometidas a arbitramento sean transigibles. Por esta razón el tribunal no ve objeción jurídica alguna para que un tercero, a través de la estipulación para otro pueda prevalerse de la cláusula compromisoria así como puede hacerlo respecto de cualquier otro pacto contenido en un contrato.

De otra parte, la objeción presentada en el sentido de que, “nadie puede estipular de manera que obligue a un tercero a que este renuncie a su juez natural”, es una posición infundada que da a entender, equivocadamente, que el tercero se ve compelido o forzado a aceptar una

estipulación en la que no ha intervenido. Nada más alejado del régimen de la estipulación por otro y para otro, pues lo estipulado puede afectarlo o beneficiarlo en la medida —y solo en la medida— en que el tercero lo acepte de manera expresa o tácita, de manera que la fuente de los derechos que recibe o de las obligaciones que asume es su propia voluntad. Por ello, el artículo 1506 del Código Civil exige la “aceptación expresa o tácita” del beneficiario y el artículo 1507 requiere de la “ratificación del tercero que se obliga”.

El tribunal quiere hacer notar que en el mundo de los negocios de hoy es frecuente encontrar que terceros que no han participado en la celebración de los contratos originales pueden prevalecer (sic) luego de lo que en ellos se pacta, incluida la cláusula compromisoria. Esto se presenta en los casos de adhesiones de terceros a un estatuto previamente elaborado y acogido por otros, así como en los eventos en que se hacen estipulaciones en favor de terceros, a través de manifestaciones unilaterales de voluntad adheridas a ciertos contratos.

Esto ocurre, por ejemplo, en contratos tan importantes en la vida moderna como el de sociedad, el de transporte y el de seguro.

En efecto, es usual que en los estatutos sociales se incluyan cláusulas de arbitramento para resolver las diferencias que puedan presentarse entre la sociedad, sus socios, administradores y demás órganos sociales. Obviamente esta cláusula la incluyen los socios fundadores, pero luego un accionista posterior, por el solo hecho de serlo, puede hacer uso de la cláusula arbitral para demandar *verbi gratia* al gerente o al revisor fiscal, aunque ni el demandante, ni los demandados hayan intervenido en la celebración del contrato de sociedad, ni hayan pactado entre ellos la cláusula arbitral.

Lo propio ocurre en el plano nacional como internacional con el contrato de transporte. Al respecto cabe señalar que en los conocimientos de embarque es común encontrar cláusulas de arbitramento. Sin embargo, el contrato de transporte lo celebran el remitente y el porteador, de manera que el destinatario es, en principio, un tercero. Pero en virtud del mecanismo de la estipulación para otro este tercero es el único legitimado —una vez sea tenedor del conocimiento de embarque— para ejercer las acciones de cumplimiento o de indemnización de perjuicios ante el transportador para lo cual habrá de hacer uso de la cláusula arbitral pactada en el contrato de transporte en cuya celebración él no intervino.

Qué grave sería argüir que en Colombia, a diferencia del resto del mundo, el destinatario no puede acudir a los tribunales de arbitramento contemplados en los conocimientos de embarque, por cuanto la estipulación para otro —que explica precisamente el funcionamiento del conocimiento de embarque— le transfiere todos los derechos al destinatario, pero no sirve para otorgarle la prerrogativa de acudir a un tribunal arbitral.

Este caso del transporte es muy ilustrativo, pues la cláusula de arbitramento está destinada básicamente para que la emplee el destinatario, que no interviene en la celebración del contrato, y no el remitente que sí es parte en el mismo. En efecto, una vez el remitente entrega la mercadería al transportador y cobra la carta de crédito, no tiene interés jurídico respecto de la forma como el transportador cumpla o deje de cumplir sus obligaciones; es el destinatario el que tiene tal interés y el único legitimado para ejercer las acciones derivadas del contrato de transporte, para lo cual podrá hacer uso de la cláusula arbitral, todo ello dentro del marco de una estipulación para otro.

Todo lo anteriormente dicho se aplica, igualmente, en el contrato de seguro, en el cual el beneficiario puede prevalecer de ciertas estipulaciones hechas por el tomador y el asegurador, dentro de ellas las de la cláusula compromisoria prevista en la póliza.



El tribunal no puede compartir, bajo ningún punto de vista, la tesis de que en la estipulación para otro la responsabilidad que el beneficiario puede deducirle al promitente es de naturaleza extracontractual ...

Esta extraña posición riñe por completo con el régimen de la estipulación para otro y con la normatividad sobre responsabilidad civil.

Debe recordarse que la estipulación para otro suele presentarse bajo la forma de un compromiso unilateral adherido a un contrato, es decir, se trata de aquellos casos en que una persona se obliga en favor de un tercero en virtud de un acuerdo celebrado con otro. Esto acontece en el seguro, en el contrato de transporte y bien podría decirse que en los contratos de fiducia en garantía, como el que nos ocupa en este proceso.

De una parte deben distinguirse los derechos y obligaciones entre las partes en el contrato, cuya fuente es este y las obligaciones en favor del tercero que solo se explican por la manifestación de voluntad unipersonal del deudor, por no existir aún la aceptación del beneficiario.

En el estado actual del derecho, está ampliamente admitida la virtualidad jurídica que tienen las manifestaciones unilaterales de voluntad de crear obligaciones, habiéndose superado la teoría clásica que no les reconocía el carácter de fuente obligacional, pues se decía que ello equivaldría imponer el derecho correlativo a otra persona que no lo había aceptado, con lo que se desdibujaba el postulado de la relatividad de los actos jurídicos, según el cual solo se benefician o perjudican con ellos quienes hayan participado directamente en su celebración o por medio de representante. Así las cosas, se argüía que sin la voluntad del acreedor no había consentimiento, ni vínculo obligatorio, de suerte que la única fuente posible de obligaciones voluntarias era el contrato.

Pero el derecho moderno, se reitera, reconoce la obligatoriedad de los actos jurídicos unipersonales, es decir, de las manifestaciones unilaterales de voluntad, asimilándolas en sus efectos y en su fuerza normativa a las convenciones. De allí que la doctrina coincide en señalar que los actos jurídicos unipersonales se rigen por las normas de la responsabilidad contractual y no por las de la extracontractual.

Así las cosas, la estipulación para otro desechó el principio racionalista de que “nadie adquiere un derecho sin su voluntad” y en cambio admite que a través de manifestaciones unilaterales —adheridas a contrato— se generan derechos para terceros que no han participado directamente ni mediante representación en la celebración del contrato.

Además, debe tenerse en cuenta como rasgo particularmente significativo, que una vez el tercero acepta expresa o tácitamente la estipulación hecha en su favor, solamente él podrá demandar lo estipulado, de suerte que únicamente él puede ejercer la acción de cumplimiento o la de indemnización de perjuicios contra el promitente y tales acciones tienen una incuestionable naturaleza contractual, derivada de lo previsto en el artículo 1506 del Código Civil, según el cual el beneficiario es el único que “puede demandar lo estipulado”.

Es claro, entonces, que el compromiso unilateral al asumido por el promitente existe bajo la condición suspensiva de que el tercero beneficiario lo acepte. Cumplida la condición los efectos son retroactivos, de manera que se considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación.

De acuerdo con lo anterior, sería francamente inusitado afirmar que entre el beneficiario de un seguro y el asegurador no existen vínculos previos de derecho y que por tanto aquel solo tiene una acción de responsabilidad extracontractual contra este en caso de que incumpla la estipulación efectuada. Igual perplejidad causaría la manifestación de que el destinatario de

un contrato de transporte no puede ejercer la acción de cumplimiento contra el transportador y que tan solo tiene a su disposición una acción de responsabilidad civil extracontractual, al no tener ningún vínculo contractual contra el porteador.

Igualmente afirma el recurrente que “los titulares de los certificados de garantía no firmaron ni la escritura de constitución del fideicomiso, ni los propios certificados y puesto que son los demandantes del arbitraje, resulta obvio que carecen de legitimación procesal y por ende el arbitraje no puede darse entre ellos y el fideicomiso”. Sobre este particular, el tribunal reitera que la cláusula 27 del contrato de fiducia de garantía que consta en la escritura pública 4426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 de Bogotá es aplicable a Leasing Mundial S.A., por aceptación expresa que de la misma manifestó el provocante de este arbitraje, como pasa a explicarse.

La primera consideración, que reitera lo dicho atrás, es que en la escritura citada existen dos contratos: uno, entre el fideicomitente y la fiduciaria y otro, entre la fiduciaria y el beneficiario. El segundo es un contrato de garantía, por el mecanismo fiduciario, accesorio de otro contentivo de la obligación garantizada. La escritura 4426 es clara al separar nítidamente los derechos y obligaciones de los beneficiarios frente a la Fiduciaria, de una parte, y los derechos y obligaciones del fideicomitente frente a la Fiduciaria, de la otra.

La segunda consideración tiene que ver con la redacción misma de la cláusula vigésima séptima, cláusula compromisoria, que vincula expresamente a los beneficiarios con la misma cuando dice: “Cualquier diferencia que surja entre las partes, fideicomitente, fiduciaria y beneficiarios en razón del presente contrato ...”. A lo anterior se suma el hecho de que en la cláusula octava de la escritura se dice que en el certificado de garantía aparecerá la constancia “de que el aceptante beneficiario de la garantía se someterá en todo a los términos y condiciones que se establecen en el presente contrato de fiducia mercantil celebrado entre el fideicomitente y la fiduciaria, cuyo texto estará a disposición del beneficiario”. En el certificado de garantía 00294 expedido el 11 de abril de 1995 por la fiduciaria a Leasing Mundial S.A., se lee: “Es entendido que cuando el Beneficiario recibe este certificado de garantía, conoce y acepta los términos del contrato de fiducia de garantía mencionado”. La lectura de las cláusula octava, vigésima séptima y del texto citado del certificado de garantía no dejan lugar a dudas en cuanto a la aceptación por el Beneficiario de los términos y condiciones contenidos en la escritura 4426 por el hecho de recibir dicho certificado y de entenderlo como una garantía del préstamo que había desembolsado y no se diga que su aceptación no fue expresa porque tan expresa es, como manifestación de la voluntad de un sujeto, una respuesta positiva o negativa a una propuesta asertiva como la manifestación externa de una señal previamente convenida como aceptación expresa de algo.

Una tercera consideración consiste en que la cláusula compromisoria y su mecanismo de aceptación expresa fue propuesta o al menos aceptada por la fiduciaria para que tuviera el efecto de declinación de jurisdicción y no se ve cómo, se pretenda ahora, después de la vinculación del beneficiario al contrato por se tenedor del certificado de garantía, que la cláusula por ser de distinta naturaleza jurídica que las otras, no tenga eficacia, cuando por entendido se tiene que el arbitraje, en su aspecto contractual, deriva su eficacia del acuerdo contenido en uno o varios documentos; ningún requisito adicional puede exigírsele so pretexto de un fementida naturaleza excepcional. Por lo demás, ninguna salvedad o excepción previeron fideicomitente y fiduciaria cuando extendieron los términos y condiciones estipulados al beneficiario de la fiducia que como se sabe, los aceptó sin reserva.

Finalmente pretende el recurrente que se trata de un compromiso y no de una cláusula compromisoria cuando dice: “El tribunal ha manifestado que el solo hecho de proponer la demanda arbitral implicaría una aceptación de la cláusula compromisoria. Por su naturaleza, la cláusula compromisoria se establece antes de la existencia del litigio, creado el litigio solamente cabría el compromiso entre las partes controversiales”. Además de las consideraciones que hizo el tribunal sobre la vigencia en el tiempo de la estipulación para otro, cabe decir que el certificado de garantía expedido por Fidufes a Leasing Mundial S.A., data del 11 de abril de 1995, fecha que se tendrá como de aceptación de esta de los términos y condiciones propuestos en la escritura 4426 y por ende de la cláusula compromisoria y que es anterior a la fecha de la demanda de Leasing Mundial a Fidufes.

Bajo otra consideración y apoyado en abundante doctrina nacional, el tribunal reafirma su convencimiento de que debe distinguirse entre la existencia y validez del contrato de fiducia mercantil y la existencia del patrimonio autónomo que se forma a partir de aquel. El contrato de fiducia es solemne si versa sobre inmuebles, bilateral (o plurilateral), oneroso, de libre discusión, nominado, típico, y generalmente de ejecución sucesiva. Su existencia depende de que se dé una voluntad seria y cierta sobre el objeto del contrato, y de que tal voluntad se exprese del modo previsto por la ley, condiciones estas que el tribunal encuentra en el contrato sub lite. Como encuentra igualmente, en esta fase inicial, que se dan los requisitos para la validez del contrato, como que son plenamente capaces las partes, no aparecen vicios del consentimiento, no hay lesión ni el contrato es de los que puedan sufrirla, el objeto sobre que versa es lícito y se han cumplido las solemnidades especiales de que debe estar rodeado.

En cambio el patrimonio autónomo no está aún constituido porque no se ha realizado la transferencia del dominio mediante su inscripción en el registro (el modo), a pesar de haberse solemnizado por medio del contrato la voluntad de efectuar dicha transferencia (el título). El hecho de que no se haya formado el patrimonio autónomo no puede afectar al contrato porque es precisamente el contrato la fuente y el punto de partida para que, cumplidas las solemnidades y requisitos de forma y de fondo, pueda darse el patrimonio. Supóngase la hipótesis, claramente posible, de que allanados los obstáculos, pueda inscribirse el contrato en el registro; sería serio decir que no puede inscribirse por no estar inscrito? O de otra manera: sería serio afirmar que por no estar inscrito no hay contrato, y por no haber contrato no puede haber tampoco inscripción?

Por lo demás, como medidas de protección que son, las nulidades civiles no pueden predicarse de los derechos o las obligaciones sino de los actos jurídicos generadores de unos y otras.

De todo lo anterior puede colegirse sin dudas, que la cláusula compromisoria que origina el presente proceso es plenamente eficaz, y ello por tener existencia y ser válido el acto contractual de que forma parte. Pero aun si este no lo fuera, como dijo el tribunal en el auto recurrido, la cláusula tendría suficiente autonomía para producir sus efectos, es decir, para declinar las partes la jurisdicción ordinaria y quedar sometidas a la arbitral.

Es precisamente de esta función de la cláusula (modificar la jurisdicción) de donde se deduce su autonomía, porque no es ella propiamente una norma generadora de prestaciones mercantiles, como las demás de un determinado contrato, sino una definición sobre el modo como se resuelven las controversias que se susciten en la aplicación de las demás cláusulas del convenio. La cláusula requiere, desde luego, existencia y validez. Por tanto debe haber capacidad de los agentes, consentimiento sin vicios sobre la declinación de jurisdicción y expresión de tal consentimiento a través de un documento, que es la forma idónea prescrita

por la ley. Si todo ello ocurre la cláusula es válida y eficaz en sí misma, aunque el contrato que la contiene no alcance a serlo en su conjunto. De otra manera la institución carecería de sentido lógico, porque los árbitros en ejercicio de su función, deben poder declarar la inexistencia o la nulidad de un contrato sin que desaparezca su propia investidura, y con ella, la declaración misma ...”.

Esta decisión del tribunal de ser competente para fallar este asunto, quedó en firme y no fue alterada ni por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca ni por el Consejo de Estado con ocasión de la acción de tutela que entabló Fiduciaria FES S.A.

El proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas procesales previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

#### G. Alegaciones de las partes

Los apoderados de las partes presentaron sus alegaciones finales en la audiencia respectiva que tuvo lugar el día 5 de junio de 1997 y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado. En esta oportunidad la parte actora reiteró sus pretensiones iniciales y la parte demandada fundamentó los motivos por los cuales considera que aquellas no son procedentes, remitiéndose ambas a las pruebas practicadas dentro del proceso y exponiendo los fundamentos jurídicos de sus posiciones, a las cuales hará referencia el tribunal en sus consideraciones.

#### H. Evaluación probatoria

Corresponde ahora al tribunal estimar en su conjunto las pruebas allegadas, las practicadas y las solicitadas por las partes para probar los hechos aducidos por provocante y provocada. Para tal efecto, los hechos relevantes del proceso pueden configurarse así: existencia de una relación jurídica entre Fidufes S.A., y Leasing Mundial S.A.; existencia de una obligación insoluble a cargo de Auto Seúl Cobautos Ltda., y a favor de Leasing Mundial S.A., que desencadena el mecanismo de la fiducia en garantía y finalmente la indemnización de un daño que exige Leasing Mundial S.A., a Fidufes S.A.

Relación jurídica entre Leasing Mundial S.A., y Fidufes S.A.

Esta relación tiene dos aspectos: uno, positivo, es el contrato de fiducia en garantía celebrado por escritura pública y otro, negativo, la fallida constitución del patrimonio autónomo.

##### 1. Contrato de fiducia

Leasing Mundial S.A., aportó al proceso la 3ª copia de la escritura pública 4426 de 9 diciembre de 1995 de la Notaría 22 de Bogotá por la cual se constituyó una fiducia en garantía entre Auto Seúl Cobautos Ltda., como fideicomitente y Fidufes S.A., como fiduciaria, para garantizar obligaciones de Auto Seúl Cobautos Ltda., con terceros, denominados beneficiarios en la citada escritura, entre los cuales se encuentra Leasing Mundial S.A., según “certificado de garantía fiduciaria 000294” del 11 abril de 1995, expedido por un valor de hasta \$ 390.000.000.

La escritura pública 4426, como documento público que es, se tendrá como auténtico pues no se presentó en su contra tacha de falsedad. En dicho instrumento consta la transferencia (título) de Auto Seúl Cobautos Ltda., a Fidufes S.A., a título de fiducia mercantil, de un predio rural en la vereda de Bosavita, municipio de Villapinzón, con 256.5 hectáreas, identificado con matrícula inmobiliaria 1540000875; igualmente, que el valor del bien lo fijan las partes según avalúo anexo que no fue protocolizado según certificación de la Notaría 22 de Bogotá que obra en el expediente. No obstante lo anterior, el tribunal tendrá en cuenta el avalúo, pues de una parte, fue aportado al proceso y no fue tachado, y de la

otra, la protocolización no le confiere mayor fuerza al documento que la que intrínsecamente tiene.

Este avalúo, del 29 de julio de 1994, arroja un valor de \$ 307.800.000, y como consecuencia del contrato de fiducia mercantil se expidió un “certificado de garantía fiduciaria 000294”, fechado en Santiago de Cali el 11 de abril de 1995, con cargo al fideicomiso FG-081, a favor de Leasing Mundial S.A., por un valor de \$ 390.000.000, es decir, el 130% del valor de la deuda a cargo de Auto Seúl Cobautos Ltda., y a favor de Leasing Mundial S.A. Este certificado fue aportado por la parte provocante en original y tampoco fue tachado de falso. El certificado garantiza al beneficiario “el pago de las obligaciones por el fideicomitente, vencidas y no pagadas en los plazos acordados para ello, según títulos valores que soporten las obligaciones contraídas por el fideicomitente frente al beneficiario de este certificado”.

## 2. Patrimonio autónomo

A pesar de la tima de la escritura pública por las partes y su autorización por el notario 22 (título), esta no fue registrada en la oficina de registro de Chocontá (modo) con lo cual no se transfirió la propiedad fiduciaria de Auto Seúl Cobautos Ltda., como fideicomitente a Fiduciaria FES S.A., como fiduciaria.

El 4 de febrero de 1995, el registrador de instrumentos públicos de Chocontá “devuelve sin inscripción” la escritura pública 4426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 de Bogotá en razón a que “Auto Seúl Cobautos Ltda., no figura como propietaria del inmueble con matrícula 1540000875”. Se fundamentó el registrador en el artículo 52 del Decreto 1250 de 1970 y en el artículo 32 del Decreto 960 de 1970. Contra el acto administrativo del rechazo de la inscripción procedía el recurso de reposición dentro de los 5 días siguientes a la notificación, el cual no fue interpuesto según las pruebas del proceso.

Al observar el folio de matrícula inmobiliaria con 13 anotaciones, expedido el 14 de mayo de 1996, se lee un embargo de la supersociedades en concordato preventivo obligatorio según oficio 410-8354 del 7 de marzo de 1996, registrado el día 15 del mismo mes y año. La anotación anterior, la 12, es un embargo del Banco Exterior de los Andes a Auto Seúl-Cobautos y otros, según oficio 3348 del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá registrado el 19 de diciembre de 1995. Obviamente, no aparece la transferencia fiduciaria de Auto Seúl Cobautos Ltda., a Fidufes S.A., según la escritura pública 4426.

La obligación insoluta de Auto Seúl Cobautos Ltda. a favor de Leasing Mundial S.A., y el mecanismo de la fiducia en garantía.

El propósito de la fiducia mercantil de garantía es el pago de Fidufes S.A., con cargo al patrimonio autónomo, de la deuda contraída por Auto Seúl Cobautos Ltda., a favor de Leasing Mundial S.A., en caso de que aquella (Auto Seúl Cobautos Ltda.) no pague a esta (Leasing Mundial S.A.)

1. La obligación de Auto Seúl Cobautos Ltda., a favor de Leasing Mundial S.A.: La parte provocante acompañó a la demanda copia auténtica del pagaré 50-0002 a la orden de Leasing Mundial S.A., y a cargo de Auto Seúl Cobautos Ltda., otorgado el 11 de abril de 1995, por un valor de \$ 300.000.000; el pagaré fue suscrito igualmente por Jorge O., Juan Pablo y Eduardo Ávila Navarrete. De las 12 cuotas mensuales iguales de \$ 31.045.185 que debían pagarse desde el 11 de mayo de 1995, Auto Seúl Cobautos Ltda., solo pagó las 3 primeras. Para el tribunal no existe duda alguna sobre la existencia y validez de la obligación que consta en el pagaré pues la misma Fidufes S.A., lo acoge como base para expedir el certificado de garantía 000294 de 11 de abril de 1995. No quiere decir lo anterior que el proceso arbitral verse sobre el cobro ejecutivo de una obligación clara, expresa y

exigible proveniente del deudor, pues dicho cobro no procede por la vía arbitral, sino que el pagaré sirvió de base para la expedición de un certificado de garantía que no pudo hacerse efectivo por la no transferencia del inmueble que serviría de garantía.

Encuentra el tribunal que el mismo 11 de abril de 1995 se expidió el certificado de garantía 000294 y se otorgó el pagaré a la orden 50-0002 de donde Fidufes S.A., pretende deducir una negligencia de Leasing Mundial S.A., en el estudio del crédito, sumado al hecho de que el desembolso del dinero se hizo el 10 de abril de 1995, un día antes del otorgamiento del pagaré, según extracto bancario aportado al proceso.

Sin embargo, el 7 de abril de 1995 Fidufes S.A., certificó que Auto Seúl Cobautos Ltda., celebró un contrato de fiducia mercantil de garantía con ella por medio de la escritura pública 4426 ya citada y que “el certificado de garantía a favor de Leasing Mundial S.A., por valor de \$ 300.000.000 (sic) se está laborando en la ciudad de Cali”. Ese certificado de 7 de abril de 1995, también aportado al proceso regularmente, sirvió de base para que Leasing Mundial S.A., efectuara el desembolso.

2. El mecanismo de la fiducia en garantía: Ante el incumplimiento de Auto Seúl Cobautos Ltda., frente a Leasing Mundial S.A., esta envió a Fidufes S.A., el oficio 005049 recibido el 8 de septiembre de 1995 en el que solicitó honrar la garantía por un capital de \$ 236.182.033 más intereses y otros accesorios. Este oficio, descrito en los hechos de la demanda, no fue aportado al proceso; la respuesta de Fidufes S.A., a Leasing Mundial S.A., se produjo el 12 de septiembre de 1995 a la cual anexó copia de la carta de Fidufes S.A., a Auto Seúl Cobautos Ltda., pero ni uno ni otro oficio fueron aportados al proceso, aunque sí descritos en los hechos de la demanda.

En la contestación de la demanda inicial, fechada el 7 de mayo de 1996, el apoderado de Fidufes S.A., reconoce como ciertos los envíos de los oficios 005049 de 8 de septiembre de 1995 y del 12 de septiembre del mismo año al que se acompañó oficio del 11 de septiembre de 1995 de Fidufes S.A., a Auto Seúl Cobautos Ltda.

De otra parte, los peritos designados, presentaron su dictamen el 7 de abril de 1997 y el apoderado de Fidufes S.A., solicitó su complementación y aclaración. Aunque la existencia de la deuda está probada por el pagaré a la orden 500-0002 del 11 de abril de 1995, los peritos dictaminaron sobre el registro de la misma en los libros de Leasing Mundial S.A. con sus intereses moratorios (motivo de complementación del dictamen), la capitalización de intereses (también motivo de complementación), los honorarios a la firma Cediell Peña y los intereses de mora que se han causado (motivo de aclaración del dictamen). El tribunal insiste en que el hecho de determinar la existencia y monto de una obligación a cargo de Auto Seúl Cobautos Ltda., y a favor de Leasing Mundial S.A., respaldada por Fidufes S.A., con cargo a un patrimonio autónomo inexistente, no convierte este proceso arbitral en proceso ejecutivo y por el contrario, el tribunal analizará el daño irrogado a Leasing Mundial S.A., si lo hubo, por el hecho de la esterilidad del certificado de garantía.

En este punto, es necesario el análisis de los 3 avalúos que fueron aportados al expediente. Sobre los tres, la sociedad demandada no los tacha y en la contestación a la demanda inicial, dice en su contestación al hecho 15: “Respecto al contexto de que traen los numerales 15.1, 15.2 y 15.3, me remito a los textos de dichos avalúos”. Los 3 numerales citados, 15.1, 15.2 y 15.3 se refieren, respectivamente, a los avalúos de Luque Ospina R. Cía. Ltda., Avasin Ltda., y Avalúos Nacionales S.A., Avaless.

El avalúo de Luque Ospina es de 29 de julio de 1994 y da un valor al predio de \$ 307.800.000. Este avalúo se pretendió protocolizar con la escritura pública 4426 y no se

protocolizó finalmente pero en dicho instrumento se cita como referencia del valor del inmueble fideicomitado.

En el avalúo se dice que la finca estuvo en producción hasta 1981 y hoy está prácticamente abandonada, que no dispone de ningún servicio público domiciliario y que sus edificaciones son mínimas y para terminar, que su único posible comprador es la CAR por ser el inmueble de utilidad pública. El avalúo fue remitido por Luque Ospina a Auto Seúl Cobautos Ltda., el 29 de julio de 1994.

El segundo avalúo es de Avasin Ltda, por solicitud de Auto Seúl Cobautos Ltda., del 24 de febrero de 1995. Arroja un valor de \$ 718.200.000 y afirma que tiene gravamen de fiducia mercantil irrevocable de garantía a favor de Fidufes S.A., que la posibilidad de venta es limitada y que la CAR podría ser compradora, que la finca está en un área de reserva forestal según acuerdo lo de 1982 y finaliza con que “por lo anterior es de suma importancia que la Fidufes S.A. conozca que en este momento es incierto el posible valor en que se pueda negociar este predio entre los actuales propietarios y la CAR”.

El tercer y último avalúo es de la firma Avaluos Nacionales S.A. “Avaless”, del 10 de octubre de 1995, recibido por la Fidufes S.A., el 11 de octubre siguiente, según compromiso de la firma evaluadora.

Este avalúo arroja un valor de \$ 128.250.000 y se dice que tiene prohibidos los usos agropecuarios mineros, industriales, urbanos, institucionales, etc., pues el Decreto 877 de 176 considera esta clase de áreas como forestal protectora por ser cabecera y nacimiento de ríos y quebradas. El solicitante del avalúo es Fidufes S.A.

Los tres avalúos coinciden en señalar las limitaciones comerciales del predio y la diferencia de valores es consecuencia de valoraciones subjetivas de una misma limitación objetiva. Así las cosas, en el proceso no se ha probado un cambio en el avalúo del bien, frente al que adoptó la Fidufes S.A., por motivos distintos a los considerados en los tres avalúos y que hubiera producido un valor menor al adoptado.

Así las cosas, el tribunal tendrá en cuenta para la valoración del daño, que Fidufes S.A., en presencia de los 3 avalúos, similares en sus consideraciones, expidió a Leasing Mundial S.A., el certificado de garantía 000294 de 11 de abril de 1995 por \$ 390.000.000 suficiente según el avalúo de Avasin Ltda. (que finalmente parece que sirvió de base a la Fidufes S.A.) por valor de \$ 718.000.000 pero insuficiente según los avalúos de Luque Ospina por \$ 307.800.000 y de Avaless por \$ 128.250.000. Es de anotar que los avalúos de Luque Ospina de 24 de julio de 1994 y de Avasin Ltda., de 24 de febrero de 1995, son anteriores a la expedición del certificado de garantía 000294 de 11 de abril de 1995.

En el siguiente cuadro se aprecia el orden cronológico en este punto:

#### Orden cronológico

	Fecha	Avalúo	Por \$
1	jul. 24/94	Luque Ospina	\$ 307.800.000
2	dic. 9/94	Escritura pública 4426 que dice protocolizar avalúo de Luque Ospina	
3	feb. 24/95	Avasin Ltda.	\$ 718.000.000
4	oct. 10/95	Avaless	\$ 128.250.000

En otras palabras el tribunal, al acoger para efectos de la valoración del daño el valor del certificado de garantía de \$ 390.000.000, respaldado por Fidufes S.A., hace claridad en que distinta sería la situación si la fiduciaria emite un certificado de varios avalúos y por

factores externos, incontrolables o imprevisibles no contemplados en los avalúos, el valor del bien se derrumba; la responsabilidad de la fiduciaria, tendría que ser desestimada por su obligación de medio, responsable hasta de la culpa leve, pues nadie podría achacarle imprevisión o imprudencia.

Llama también la atención del tribunal en este aspecto del mecanismo de la garantía fiduciaria la declaración de la gerente (E) de la Fiduciaria en Bogotá, doctora Sandra Ferro Gutiérrez, quien suscribió la escritura pública 4426, cuando afirma: “Quiero aclarar y es un punto muy importante que a (sic) Fidufes S.A., la regla era expedir certificados de garantía con la boleta de registro, la excepción era esperar el contrato debidamente legalizado, quiero ser muy clara con eso, porque yo después de salir de Fidufes S.A. tuve la oportunidad de ayudar en el montaje en una fiduciaria nueva y fue de las cosas en que puse más empeño porque me parecía una práctica absolutamente insegura”.

### 3. El daño

Alega la parte demandada que a pesar de que hubo culpa al no verificar el registro de la escritura pública 4426 en la oficina de registro no se produjo daño a Leasing Mundial S.A., pues aun en el caso de registro de la escritura pública la Superintendencia de Sociedades habría ordenado que el inmueble ingresara como activo del concordato preventivo obligatorio de Auto Seúl Cobautos para no quebrar el principio de la par conditio creditorum.

Sin embargo, el tribunal quiere hacer notar lo siguiente: Auto Seúl Cobautos Ltda., fue admitida a concordato por la Superintendencia de Sociedades según auto 410-880 de 22 de febrero de 1996.

El 8 de septiembre de 1995 Leasing Mundial S.A., dirigió a Fidufes S.A., el oficio 005049 en el que solicitó poner en marcha el mecanismo de la fiducia en garantía; es decir, 5 meses y 14 días antes de la fecha del auto 410-880 de febrero de 1996 por el cual la Superintendencia de Sociedades aceptó el concordato. En otros términos, si el patrimonio autónomo hubiere estado constituido por la transferencia del inmueble a Fidufes S.A., esta habría podido vender el inmueble para el pago u ofrecerlo en dación en pago a Leasing Mundial S.A., según el procedimiento de la cláusula décima del contrato de Fiducia de la escritura pública 4426, antes del auto de la Superintendencia de Sociedades que llamó a concordato.

#### I. Consideraciones

El tribunal considera

##### 1. Aspectos generales del debate

El presente proceso, según lo admiten las dos partes, versa sobre un caso de responsabilidad contractual, pues en él se persigue que a la demandante —Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial— se le indemnicen los perjuicios que se alega le fueron irrogados por la demandada —Sociedad Fiduciaria FES S.A., Fidufes— como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta última, en su carácter de fiduciaria, en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía perfeccionado mediante escritura pública 4.426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá, contrato este celebrado entre la mencionada fiduciaria y la sociedad Auto Seúl Cobautos.

En el mencionado instrumento público la señalada sociedad, como fideicomitente, manifiesta constituir un patrimonio autónomo sobre un predio rural determinado, ubicado en la vereda de Bosavita Villapinzón, Cundinamarca, para lo cual dijo transferir el predio en cuestión a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable de garantía, con el



propósito de asegurar o garantizar con el patrimonio autónomo así conformado “las obligaciones que el fideicomitente adquiriera frente al beneficiario o beneficiarios del presente contrato, de manera que cuando se presenten las condiciones que se describen en la cláusula décima sexta proceda a la venta de dichos bienes y a aplicar las sumas producto de la enajenación de los mismos, al pago de las obligaciones garantizadas por la presente fiducia mercantil y a entregar el excedente, si lo hubiere, al fideicomitente, o surgida la imposibilidad de efectuar la venta, transfiera al beneficiario o a los beneficiarios los bienes en dación en pago, todo lo anterior siguiendo los procedimientos establecidos en la cláusula decimasexta” (cláusula segunda). Complementariamente la cláusula decimasegunda determina como beneficiarios de la fiducia a las personas, “a favor de quienes se expidan certificados de garantía, con quienes el fideicomitente ha adquirido obligaciones que se garantizan con la fiducia mercantil ...”.

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

De otra parte, en el mismo instrumento de constitución de la fiducia en garantía, se lee, en el parágrafo 11 de la cláusula segunda, que, “Para efectos del valor del bien del fideicomiso que garantiza las obligaciones de que trata la cláusula segunda, las partes intervinientes en el presente contrato, lo fijan de acuerdo al avalúo realizado por la firma Luque Ospina & Cía. Ltda., inscrita en el registro nacional de avaluadores, avalúo cuyo texto forma parte del presente contrato y se protocoliza con la presente escritura pública”. Así las cosas, los contratantes establecieron el precio del inmueble fideicomitado de común acuerdo y con base en el avalúo señalado, el cual fue efectuado el 29 de julio de 1994, y arrojó un monto de \$ 307.800.000.

Ahora bien, en desarrollo del contrato de fiducia en garantía la fiduciaria expidió el certificado de garantía fiduciaria 000294, de fecha 11 de abril de 1995, con un “valor certificado de \$ 390.000.000”, indicando como beneficiario a Leasing Mundial.

En el texto de este certificado se manifiesta que “se expide a solicitud del fideicomitente por el 130% del valor de la deuda (capital) adquirida” y agrega que “en cumplimiento de dicho contrato (fiducia en garantía) se garantiza a su beneficiario o a quien este indique, el pago de las obligaciones por el fideicomitente, vencidas y no pagadas en los plazos acordados para ello, según títulos valores que soporten las obligaciones contraídas por el fideicomitente frente al beneficiario de este certificado, bien sea por el pago directo de la obligación o, en su defecto, por la realización de la dación en pago de los bienes que conforman el patrimonio autónomo constituido ...”.

Con las anteriores declaraciones la fiduciaria se obligó de manera firme y clara ante el beneficiario del certificado, mediante una manifestación unilateral de voluntad, efectuada en desarrollo del contrato de fiducia en garantía, en el que las partes hicieron determinadas estipulaciones para otro, es decir, en favor de los terceros beneficiarios del mencionado mecanismo de garantía. De esta manera, tales beneficiarios tienen acción directa contra la

fiduciaria, tanto por previsión legal como por los pactos contenidos en el contrato de fiducia.

Esto es así, por cuanto el numeral 1º del artículo 1235 del Código de Comercio otorga al beneficiario el derecho de “exigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas”.

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

La doctrina mayoritaria explica que en los casos de estipulación para otro se presenta, precisamente, un compromiso unilateral adherido a contrato, es decir, en aquellas hipótesis en que una persona (promitente) se obliga en favor de un tercero (beneficiario) en virtud de convención celebrada con otro (estipulante). En estos supuestos, las obligaciones en favor del tercero solo se explican por la voluntad unipersonal del deudor, es decir, del promitente, quien no puede desligarse de su compromiso sino por causas legales. De esta forma, la ley permite que este acto unipersonal genere derechos para terceros que no participaron directamente, ni por representación, en su otorgamiento, a condición de que el tercero acepte la estipulación hecha en su favor. Así las cosas, ese beneficiario adquiere, desde un comienzo, el derecho correlativo al compromiso unilateral que contrae el promitente, pero sujeto a una condición potestativa consistente en su propia aceptación. Cumplida la condición, los efectos que produce son retroactivos, por cuanto se considera que el derecho existe desde que se hace la estipulación.

La aceptación del beneficiario es un acto unilateral que consolida su derecho, a partir de la cual el tercero puede ejercer la acción de cumplimiento, o la de indemnización de perjuicios, contra el promitente. Dicha aceptación, según se desprende de las voces del citado artículo 1.506 del Código Civil, puede ser expresa o tácita, esta última entendida como la adopción de comportamientos o la ejecución de actos que solo se pueden efectuar en virtud de la estipulación, como es el instaurar demanda para exigir lo prometido.

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

## 2. Elementos de la responsabilidad contractual

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

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, vale decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la corte, según la cual, “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca:

- a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido;
- b) La mora del demandado;
- c) El incumplimiento de tales obligaciones, y
- d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”(3).

En autos aparece fehacientemente probada la celebración del contrato de fiducia mercantil Irrevocable de garantía, formalizado mediante escritura pública 4.426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá.

También aparece demostrado el compromiso unilateral asumido por la fiduciaria ante Leasing Mundial, con la expedición del certificado de garantía fiduciaria 00294 del 11 de abril de 1995, en el que esta última compañía aparece como beneficiaria del mismo.

### 2.1. Los compromisos asumidos por la fiduciaria

Las obligaciones derivadas de los mencionados actos jurídicos que la actora afirma fueron incumplidos por la demandada, son principalmente dos, a saber: el haber actuado con descuido y negligencia tanto en la determinación del avalúo del bien fideicomitado como la oportuna verificación del registro de la escritura pública de constitución del fideicomiso, es decir, de la señalada escritura pública 4.426 del 9 de diciembre de 1994.

Se debe, por tanto, precisar si la fiduciaria asumió en efecto las mencionadas obligaciones, o si por ley le correspondía asumirlas y de ser positiva la respuesta, si cumplió o no con tales compromisos.

Para este propósito debe tenerse en cuenta que el artículo 1.234 del Código de Comercio, menciona puntualmente, entre los deberes indelegables del fiduciario, el de “realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia” (1).

Esta previsión normativa se complementa y aclara con la estipulación contractual contenida en la cláusula vigésima octava del contrato constitutivo de la fiducia, cláusula que sienta ciertos principios para la interpretación de dicho acto, precisando que “para la interpretación de este contrato, las partes o el juzgador deberán tener en cuenta en primer término el objeto del contrato que se ha expresado y que la finalidad con que se ha celebrado es el que el fideicomitente otorgue una garantía efectiva y eficaz al beneficiario, de tal manera que las cláusulas y demás estipulaciones se entenderán de la manera que mejor convenga a este objeto. La fiduciaria ejecutará este contrato de la manera que mejor se acomode según su criterio a la búsqueda de dicho objeto ...”.

Ahora bien, como la finalidad expresa del negocio fiduciario era la de que los beneficiarios contaran con “una garantía efectiva y eficaz”, no cabe duda de que la fiduciaria tenía la obligación indelegable de “realizar diligentemente todos los actos necesarios” para la consecución de tal finalidad.

A juicio del tribunal tales actos necesarios han de estar encaminados a lograr la constitución válida y efectiva del patrimonio autónomo, pues sin esta condición previa e indispensable no habría garantía, de suerte que el fiduciario ha de verificar con celo que el fideicomitente tenga el derecho de transferir el dominio sobre el bien fideicomitado y que pueda hacerlo libre de gravámenes y limitaciones, igualmente ha de constatar con acuciosidad que en la escritura pública que perfeccione el negocio fiduciario estén presentes todos los elementos de la esencia —tanto los generales de todo contrato, como los particulares de la propiedad fiduciaria— para que dicho acto jurídico logre la existencia y debe persuadirse de que los mencionados elementos no estén afectados de vicio alguno que pueda colocar en entredicho la validez del negocio. Así mismo, es tarea del fiduciario obtener la inscripción de la

escritura en el registro correspondiente, lo que puede llevar a cabo sin el concurso del fideicomitente, o, en caso de que en el contrato se le asigne a este dicha tarea, aquel debe estar particularmente atento a fin de que se le compruebe que tal inscripción se haga en forma correcta y oportuna. Solo con estas precauciones y medidas providentes puede entenderse que el fiduciario cumple cabalmente sus deberes legales y contractuales, pues a través de ellas muestra su diligencia para tratar de que los fines perseguidos por la fiducia en realidad se concreten.

Y lo propio puede decirse del avalúo del bien fideicomitado, que en la fiducia de garantía es otro aspecto de particularísima importancia, pues de él depende, en gran medida, la efectividad de los créditos garantizados, toda vez que el otorgamiento de los mismos estará en buena parte basado en la suficiencia del respaldo que ofrezca el patrimonio autónomo creado para responder en caso de que el obligado principal no lo haga.

De ahí que la verificación de la razonabilidad del avalúo sea otra tarea indelegable del fiduciario, tal como lo ha resaltado la doctrina especializada, al señalar que corresponde a este “no solo designar un evaluador. profesional, escogiéndolo con la prudencia y diligencia que su cargo le imponen y, además, vigilando razonablemente la calidad y el contenido del trabajo ...”. Incluso se explica que, de llegarse a considerar válido el pacto mediante el cual el fiduciario delega la elaboración del avalúo en un tercero experto, quien asume la completa responsabilidad de su trabajo, no podría ni siquiera en este caso, descargarse el fiduciario “de su obligación de diligente designación y adecuada vigilancia”(4).

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

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

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

De lo expuesto el tribunal concluye que las dos tareas a que antes se ha hecho referencia — verificación diligente de que el registro de la escritura pública de constitución del patrimonio autónomo fuera hecho en forma correcta y oportuna; y comprobación acuciosa de la razonabilidad del avalúo del bien objeto del fideicomiso— son obligaciones indelegables que corresponden legal y convencionalmente al fiduciario con el propósito de asegurar la efectividad de la fiducia en garantía.

## 2.2. El incumplimiento imputable a la fiduciaria

En cuanto al cumplimiento de dichas obligaciones, han de hacerse, previamente, ciertas consideraciones relativas al carácter profesional de las fiduciarias y a la naturaleza de las prestaciones a su cargo, las cuales se califican como obligaciones de medio.

No cabe duda de que el fiduciario es un profesional, dedicado a la prestación de servicios financieros, controlado por un organismo gubernamental de reconocida idoneidad, seriedad y exigencia, como es la (\*)Superintendencia Bancaria. Suele ser característica de las

actividades que desarrollan las compañías fiduciarias el ofrecer confianza y credibilidad al mercado, tanto por su bien ganada reputación de rectitud y probidad, como por su experiencia y conocimientos profesionales, así como por sus actuaciones prudentes y cuidadosas, todo lo cual les permite prever riesgos y anticipar o precaver problemas y vicisitudes en forma más acertada y rápida de lo que cualquier persona no especializada podría hacer.

La jurisprudencia de la Corte ha precisado que en materia de responsabilidad civil de los profesionales, el ejercicio de tales profesiones no implica “solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está condicionado a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional”, de donde se concluye que “la responsabilidad civil y por tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro” y agrega esta providencia que “la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia grave hasta el acto doloso”(5).

Coincide así nuestra jurisprudencia con la doctrina más aceptada, según la cual para deducir responsabilidad en un caso como el presente se debe partir de la premisa de que el ejercicio de las profesiones exige, de una parte, tener los conocimientos técnicos y prácticos de la profesión y, de otra, actuar con la previsión y diligencia necesarias(6).

De otra parte, ya había hecho carrera en la doctrina nacional la teoría de que todas las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, cuando este régimen vino a ser consagrado expresamente en el derecho positivo, en forma genérica y absoluta, al quedar plasmado en el artículo 29 3º del estatuto orgánico del sistema financiero, en el cual se lee: “Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por estas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley ...”. Recientemente se han oído voces que disienten de esta calificación legal, arguyendo que en los negocios fiduciarios se suelen encontrar obligaciones instrumentales y accesorias que son sin duda de resultado, por lo que clasificar, de una parte, las obligaciones principales o de gestión que son de medio y, de otra, los deberes instrumentales y complementarios, que son de resultado(7). También se ha dicho que es posible que el fiduciario asuma claros compromisos de resultado en numerosas hipótesis en relación con obligaciones independientes y principales derivadas de los negocios fiduciarios(8).

En todo caso, el sistema normativo vigente somete al fiduciario a un régimen de responsabilidad que se apoya en las reglas propias de las obligaciones de medio, aspecto que se complementa con la disposición contenida en el artículo 1.243 del Código de Comercio, a cuyo tenor “el fiduciario responderá hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión”, norma superflua, toda vez que es la mera reiteración del principio general de distribución de las culpas, según el grado de beneficio que se obtenga del contrato, principio consagrado en el artículo 1.604 del Código Civil y que para el caso de los contratos bilaterales —en que ambas partes reportan utilidad, que es rasgo característico de los negocios mercantiles— señala que los contratantes son responsables de la culpa leve.

Se ha reconocido por la doctrina que el régimen particular a que están sometidas las obligaciones de medio tiene su cabal expresión en el caso de cumplimiento defectuoso de obligaciones derivadas de contratos de prestación de servicios, esto es, cuando tales servicios no son adecuados ni idóneos.

En este supuesto el demandante —en concordancia con las reglas generales sobre responsabilidad contractual— deberá probar el incumplimiento del demandado, pero con la particularidad de que en este caso, la prueba del incumplimiento es al mismo tiempo la prueba de la culpa. Lo usual es que incumplimiento de la obligación y culpa del deudor sean fenómenos distintos y bien diferenciales. Pero en la hipótesis de cumplimiento defectuoso en la prestación de servicios profesionales, se identifican necesariamente esos dos elementos, de manera que demostrando el uno queda establecido el otro; incumplimiento y culpa es un mismo elemento o, en otras palabras, aquel y esta se confunden en el comportamiento del deudor, pues la ejecución defectuosa lleva en sí misma la culpa.

Esto es así dado el contenido mismo de las obligaciones de medio, cuya inobservancia lleva de suyo un error de conducta del deudor, es decir, la valoración negativa de su actitud o la formulación de un reproche a su comportamiento.

En efecto, estas obligaciones de medio se definen como aquellas en que el deber del deudor es observar una conducta tal que mediante ella emplee todos los medios razonables a su alcance —esto es, los conocimientos, la experiencia, los recursos materiales, la diligencia— para obtener el resultado esperado por el acreedor, pero sin garantizar su logro. En este sentido incumplir es no emplear dichos medios, es decir, prestar los servicios sin tener los conocimientos o la experiencia suficientes; o no utilizar los recursos científicos y técnicos disponibles; o no obrar con la diligencia ordinaria, todo lo cual refleja de entrada la existencia de culpa; vale decir, de un error de conducta que conduce a la valoración negativa del comportamiento del profesional.

En síntesis, el incumplimiento de estas obligaciones es no emplear los medios requeridos y disponibles; o no prestar servicios diligentes y cuidadosos y todo ello equivale a actuar con culpé, de donde se infiere que el incumplimiento lleva implícita la culpa, de manera que la prueba de aquel es al mismo tiempo prueba de esta.

Este razonamiento se encuentra respaldado en las explicaciones de los hermanos Mazeaud, como puede apreciarse en la siguiente transcripción: “Cuando la obligación es de prudencia y diligencia (de medios), para demostrar el incumplimiento, hace falta que la víctima establezca una imprudencia o negligencia”(9).

Otro aspecto del régimen de las obligaciones de medio que reviste indudable importancia y especial complejidad entre nosotros, es el relativo al de la carga de la prueba de la culpa, o en otras palabras, el de a quién corresponde la demostración del incumplimiento. Con todo, el tribunal estima que en este proceso no hace falta adentrarse en este tema, toda vez que a su juicio en autos ha quedado probado fehacientemente el incumplimiento de la demandada y con ello los errores de conducta en que incurrió.

En cuanto a la falta de registro de la escritura pública 4.426 del 9 de diciembre de 1994, de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá —lo que impidió la ejecución esencial del acto de fiducia y por tanto la conformación del patrimonio autónomo que habría de servir de garantía a las obligaciones asumidas por el fideicomitente— la Fiduciaria FES admitió abiertamente, por intermedio de su apoderado, en el alegato de conclusión, el incumplimiento de las obligaciones a su cargo y la falta de diligencia y cuidado, es decir, la culpa que le es imputable. A este respecto manifestó: “... es necesario señalar y resaltar que aunque la fiduciaria haya incurrido en culpa o negligencia o descuido al no procurar oportunamente el registro de la escritura, por medio de la cual se constituyó la Fiducia de garantía, esta infracción no origina perjuicios porque no existe una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño sufrido” (fl. 423).

Y más adelante agrega: “Es cierto que Fidufes S.A., dejó vencer los términos para registrar la escritura de fiducia, es decir, incumplió con sus obligaciones, pero esto no causa daño a ninguno de los acreedores garantizados con la fiducia ...” (fl. 424)

En igual sentido expresa: “En ningún momento ha negado la Fiduciaria FES que incumplió por no vigilar adecuadamente el registro civil (sic) de la escritura de constitución de la fiducia. Incumplimiento, que como se examinará más adelante, se debió en parte a la conducta asumida por el fideicomitente. El incumplimiento del contrato fiduciario, se concreta en la expedición de certificados de garantía fiduciaria sin haberse registrado la escritura pública de fiducia. No es del caso desconocer o ignorar el grado de culpabilidad que le cabe a mi representada en este lamentable incidente” (fls. 426 y 427).

Probado como está el incumplimiento de la demandada y con él su error de conducta, el tribunal entiende que debe pronunciarse sobre el grado o magnitud de la culpa que se refleja en el comportamiento de la fiduciaria, para lo cual ha de tener en cuenta las siguientes secuencias de hechos:

- Desde el 1º de julio de 1994, Auto Seúl Cobautos había garantizado, en favor de Fidufes, mediante póliza de cumplimiento, con vigencia de 4 meses, expedida por Seguros Caribe, el cumplimiento de la obligación de entregar en fiducia en garantía dos inmuebles, entre ellos el ubicado en el municipio de Villapinzón. Dicha póliza fue luego prorrogada, extendiendo su vigencia hasta el 1º de febrero de 1995.
- La escritura pública de constitución de la fiducia, esto es, la distinguida con el 4.426, fue otorgada ante el notario 22 del Círculo de Santafé de Bogotá el 9 de diciembre de 1994.
- El 4 de febrero de 1995, es decir, cuando habían transcurrido cerca de dos meses desde el otorgamiento de la escritura mencionada, y 3 días después de vencida la póliza de garantía, el registrador de instrumentos públicos de Chocontá al que corresponde llevar el registro de los predios situados en Villapinzón, expidió un acto administrativo, mediante el cual se niega la inscripción de la escritura por la razón de que Auto Seúl Cobautos Ltda., no figura como propietaria del inmueble. Advierte este acto que contra el mismo cabe el recurso de reposición, que aparentemente no fue interpuesto.
- El 11 de abril de 1995, esto es, cuatro meses después de suscrita la escritura y más de dos meses después de rechazado su registro, Fidufes expidió el certificado de garantía 000294 en favor de Leasing Mundial.
- El 8 de septiembre de 1995 Leasing Mundial dio aviso a Fidufes del incumplimiento en que había incurrido Auto Seúl Cobautos Ltda., aviso que tenía el propósito de que la fiduciaria iniciara el procedimiento contractual previsto para hacer efectiva la garantía.
- El 11 de septiembre de 1995, es decir, nueve meses después de la suscripción de la escritura 4.426, la fiduciaria comenzó el mencionado procedimiento, mediante comunicación al fideicomitente en el que le informa que procederá a solicitar un avalúo del bien fideicomitado, iniciando así el trámite de venta.
- El 15 de febrero de 1996, lo que significa 14 meses después de perfeccionada la escritura pública de constitución del patrimonio autónomo, la fiduciaria envió a Leasing Mundial una comunicación en la que le anuncia el interés de la CAR en adquirir el inmueble por un monto de \$ 174.600.000, valor resultante de un avalúo realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, oferta esta que Fidufes transmite al beneficiario para que este se pronuncie en un breve término.
- El 22 de febrero de 1996, el fideicomitente —Auto Seúl Cobautos— fue admitido por la Superintendencia de Sociedades para dar trámite al procedimiento concordatario, dentro del cual se decretó y practicó el embargo del inmueble objeto del fideicomiso.

- El 7 de mayo de 1996, vale decir, 17 meses después de suscrita la escritura pública a que nos venimos refiriendo, Fidufes, al dar respuesta a la demanda que dio inicio a este proceso arbitral, manifestó por primera vez que el “contrato no se perfeccionó porque el fideicomitente no cumplió con la obligación para que aquel surgiera a la vida jurídica de hacer la tradición respectiva para hacer la inscripción en el registro civil (sic)” (repuesta al hecho 1° de la demanda).
- El 25 de noviembre de 1996 —23 meses después de suscrita la aludida escritura— Fidufes dirigió a Leasing Mundial una comunicación con la que le acompaña un estado de cuenta del fideicomiso que nos ocupa, señalando que este tenía aún un cupo disponible de garantía de \$ 2.740.000.

Lo anterior pone en evidencia un comportamiento improvidente, de desidia y descuido, muy alejado de la actitud que debe mostrar un profesional, que es además una entidad financiera la que difunde ante todo una imagen de seriedad, experiencia, diligencia, eficiencia y dinamismo, ofreciendo como su ventaja comparativa, la idea de confianza y credibilidad que inspira su intervención en los negocios en que participa.

Nada de eso se encuentra, desafortunadamente, al analizar la relación de hechos y fechas que viene de hacerse, donde queda la clara impresión de que después de firmada la escritura que perfeccionó el negocio fiduciario, nadie quedó encargado en Fidufes de verificar si el registro correspondiente se hacía; nadie volvió a mirar la carpeta de este negocio; jamás se envió una carta al fideicomitente para indagar la suerte de dicho registro, ni se envió a persona alguna a la oficina de registro de Chocontá para que constatará directamente la situación. Y así pasó casi año y medio sin que la fiduciaria se cerciorara de que el registro no se había llevado a cabo e, incluso varios meses después, su correspondencia permite deducir que, al menos algunas de sus dependencias o funcionarios, continuaban sin saber que el fideicomiso se había frustrado por completo.

Para cuando se expidió el certificado de garantía fiduciaria 000294, esto es, el 11 de abril de 1995, habían transcurrido cuatro meses desde la firma de la escritura, lapso más que suficiente para llevar a cabo dicho registro y, no habiendo recibido la fiduciaria constancia escrita de su realización en ese período, ha debido intuir que algo mal estaba ocurriendo, toda vez que el término en cuestión es excesivo en circunstancias normales. Con su experiencia profesional la fiduciaria debía advertir lo inusual de la situación y abstenerse de expedir certificados de garantía hasta que se le aclarara lo ocurrido. Pero nada intuyó, ni advirtió, ni constató, ni hizo la fiduciaria a este respecto, con lo cual su comportamiento amerita un reproche mayor y una valoración de su conducta francamente negativa.

En la declaración de la doctora Sandra Ferro, gerente encargada de Fidufes en Bogotá, se subrayan los riesgos que corría la fiduciaria con la práctica de expedir certificados de garantía fiduciaria con la sola boleta de registro, lo que la declarante califica como “una práctica absolutamente insegura” (pág. 3 de la declaración). Tales riesgos no solo se multiplican, sino que se convierten en una conducta temeraria, si se expiden certificados de garantía después de 4 meses de constituida la fiducia, sin tener prueba de que su inscripción en el registro se llevó a cabo. Y con esa conducta a todas luces reprobable, la fiduciaria incumplió uno de sus deberes indelegables de mayor trascendencia como es el de actuar con diligencia para lograr o para verificar que se logre la constitución válida y efectiva de un patrimonio autónomo que sirva en verdad de garantía de cumplimiento de ciertas obligaciones pecuniarias, que es su propósito esencial. Con su incuria y desidia la fiduciaria no solo puso en grave riesgo y peligro los intereses de los beneficiarios de la fiducia, que creyeron contar con un respaldo que no existía, sino que puso en grave riesgo y peligro sus



propios intereses, en virtud de los compromisos en firme que la propia fiduciaria asumió a través de las manifestaciones unilaterales de voluntad que plasmó en los certificados de garantía fiduciaria que expidió.

Para el tribunal el comportamiento observado por la fiduciaria refleja una falta de cuidado y diligencia que excede la noción de culpa leve, pues no se trata solamente de “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, sino de un descuido protuberante en el que ni siquiera incurrirían personas usualmente negligentes e improvidentes, lo que configura una culpa grave en los términos del artículo 63 del Código Civil, según el cual este error de conducta “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”.

Pero si se hace la comparación de la conducta de la fiduciaria con un patrón abstracto de comportamiento más cercano a sus propias circunstancias, es decir, con el que habría observado una entidad financiera y por tanto profesional en circunstancias similares, el resultado de tal comparación es sin duda aun más negativo y comprometedor para Fidufes, pues una entidad de las características anotadas, cuyas ventajas comparativas en el mercado son la eficiencia y el profesionalismo, no incurriría en las omisiones graves en que incurrió Fidufes.

De otra parte, en lo relativo a la actuación de la fiduciaria en el avalúo del predio objeto del Fideicomiso, deben tenerse en cuenta los siguientes hechos:

- En el párrafo II de la cláusula primera de la escritura 4.426, mediante la cual se buscaba constituir el patrimonio autónomo, se indicó: “para efectos del valor del bien o los bienes del fideicomiso que garantizan las obligaciones de que trata la cláusula segunda, las partes intervinientes en el presente contrato, lo fijan de acuerdo al avalúo realizado por la firma Luque Ospina & Cía. Ltda., inscrita en el registro nacional de avaluadores, avalúo cuyo texto forma parte del presente contrato y se protocoliza con la presente escritura pública.
- El mencionado avalúo fue elaborado el 29 de julio de 1994, habiendo arrojado un monto de \$ 307.800.000. Se encuentran en su texto comentarios del siguiente tenor:

Comentarios sobre la zona

El sector en que se encuentra el predio “fue reglamentado y clasificado como área de reserva forestal protectora”. “Además, que todos los terrenos por encima de los 2.900 m. s.n.m. están considerados como zona de reserva forestal, según normas impuestas por la CAR”. “Esto indica que no permiten ningún tipo de actividad rentable y deben conservar el ecosistema natural de esta zona” (fl. 4 del avalúo).

“Afectaciones. Esta zona a partir de los 2.900 m. s.n.m, fue declarada como zona de reserva forestal protección por CAR, según acuerdo 10 de 1982, aprobado por la Resolución 142 de 1982. Esta norma solo permite plantaciones forestales protectoras productoras o protectoras” (fl. 7 del avalúo).

Este régimen conllevó “a un estancamiento de los cultivos de papa y cría de ganado y que en la práctica trajo como consecuencia un congelamiento real de los precios comerciales, afectando negativamente el patrimonio de los propietarios de los inmuebles afectados por la norma” (fl. 9 del avalúo).

“Valorización. Su valorización es negativa, porque su tasa de crecimiento está por debajo de la tasa inflacionaria” (fl. 11 del avalúo).

Comentarios sobre el predio específicamente

“... el acuerdo 10 de 1982 ratificado por Resolución 142 de 1982 al declarar la zona “reserva forestal protectora” prohíbe la explotación comercial de la finca”.

“El acuerdo 10 de 1982 lo que hizo fue congelar realmente el predio, ya que al no permitir la agricultura ni la ganadería con fines de explotación económica, su valor comercial se afectó si se compara con su vecindario tanto oriental, occidental y norte” (fl. 19 del avalúo). “La CAR dictó un acuerdo en que declaró el 100% de la finca como área de conservación forestal y esto afectó totalmente la actividad productiva y rentable de la finca. Actualmente se encuentra prácticamente abandonada y su explotación económica es nula” (fl. 22 del avalúo).

“... consideramos que el único comprador viable es la CAR, ya que este inmueble es de utilidad pública” (fl. 24 del avalúo).

“Su comercialidad es muy limitada y ligada a las normas de uso”. (fl. ... del avalúo).

- Con fecha 26 de febrero de 1995, es decir, 7 meses después de practicado el avalúo que acaba de comentarse, la firma Avasin Ltda., hizo otro, a solicitud del fideicomitente, esto es, del gerente de Auto Seúl Cobautos, el cual arrojó un valor comercial del predio de \$ 718.200.000, lo que equivale a un incremento del 130% en relación con el avalúo anterior, lo que representa bastante más del duplo del valor inicial.

En este segundo avalúo se encuentran comentarios del siguiente orden:

“La CAR mediante el acuerdo 10 de 1982 ha declarado como área de reserva forestal protectora a los terrenos ubicados en jurisdicción del municipio de Villapinzón, veredas de Chasques, Bosavita y La Merced” (fl. 2 del avalúo).

“Este acuerdo define como área forestal protectora, la zona que debe ser conservada permanentemente con bosques naturales o artificiales para proteger esos mismos recursos u otros naturales renovables y prescribe que en esas áreas debe prevalecer el efecto protector y solo se permitirá la obtención de frutos secundarios del bosque. Por lo anterior los propietarios de predios situados dentro del área de reserva forestal de que trata el presente acuerdo deberán conservarlos permanentemente con bosques naturales o artificiales o plantarlos sino existieran; no realizar ningún tipo de cultivo ni obtener de ella algún usufructo económico. En caso que se produzcan acciones que atenten o alteren el ambiente, se impondrán sanciones según la gravedad de la infracción” (fl. 3 del avalúo).

“En la actualidad, y por estar el predio ubicado en una zona de reserva forestal protectora, según el acuerdo 10 de 1982, emitido por la CAR no se realiza ningún tipo de cultivo ni otro tipo de aprovechamiento económico” (fl. 5º del avalúo).

“Posibilidad de venta del inmueble. Se considera limitada por estar fuera del mercado de la libre oferta y demanda, siendo el más inmediato comprador la CAR”.

“Proyección económica del bien. En la actualidad la finca se encuentra congelada por estar en zona de conservación forestal, esto incide en la limitación de obtener de la finca una renta y por ende disminuye el nivel de valorización o proyección económica” (fl. 9 del avalúo).

“Observaciones. Se destaca que el valor del avalúo dado hace referencia al valor comercial más justo, producto de una investigación de precios en la zona y teniendo en cuenta las características intrínsecas y extrínsecas de la finca y de su zona de influencia”.

“Por el hecho de estar el predio sujeto a la reglamentación de la CAR, el valor comercial dado puede tender a disminuir debido a la incidencia que ejerce en la posibilidad de renta y disminución en el nivel de la demanda. Sin embargo puede ser mayor ya que está sujeto a conversaciones entre el propietario y la CAR, al manejo de condiciones políticas en el momento de la negociación el cual no se sabe con precisión”.

“Por lo anterior es de suma importancia que la Fiduciaria FES conozca que en este momento es incierto el posible valor en que se pueda negociar este predio entre los actuales propietarios y la CAR”.

- El 11 de abril de 1995, y con base en este segundo avalúo, la fiduciaria expidió el certificado de garantía fiduciaria 000294 con un valor certificado de \$ 390.000.000 que amparaba el 130% de los créditos de Leasing Mundial y a cargo de Auto Seúl Cobautos.
- Según se advierte en el estado de cuenta del fideicomiso, remitido por Fidufes a Leasing Mundial el 25 de noviembre de 1996 (fl. ...) se advierte que la fiduciaria expidió otro certificado de garantía en favor de Leasing Capital, por la suma de \$ 200.000.000, de lo que se deduce que para este incremento de la garantía se debió apoyar la fiduciaria en el segundo avalúo analizado.

De nuevo debe señalarse que es insólito el comportamiento de la fiduciaria, dándole absoluta credibilidad a un avalúo que incrementaba en 130% el valor del predio, en relación con otro practicado 7 meses antes. Este aumento de precios habría llamado la atención de cualquier persona sin experiencia en el mundo de los negocios y para una fiduciaria experta y profesional ha debido disparar una alarma resonante, pues en ningún sector de nuestra economía, por próspero que sea, se ha presentado una oscilación tan dramática de los precios. Y qué decir entonces de un predio en que los avaluadores señalan que, por normas administrativas, no puede dedicarse a ninguna actividad de explotación económica, lo que ha hecho que su precio se haya congelado y que en todo caso ascienda lentamente y en proporciones inferiores al índice de Inflación, que no tiene demanda, pues en la práctica está fuera del mercado, que solo genera a sus propietarios gastos de protección de las especies vegetales y del ecosistema en general, pero no les produce ningún ingreso y que su único comprador potencial es una entidad pública como la CAR? Dadas estas circunstancias particularísimas, cómo la fiduciaria no tuvo ninguna duda, ni escepticismo, ni siquiera curiosidad ante un segundo avalúo que mostraba un crecimiento vertiginoso de un inmueble sin demanda y sin posibilidades de ser destinado a ninguna actividad rentable? El cabal cumplimiento de su deber indelegable de verificar la razonabilidad de los avalúos, ha debido llevar a la fiduciaria a solicitar un tercer avalúo o a pedir explicaciones adicionales a los avaluadores anteriores, pues a nadie podía caberle duda de que uno de esos avalúos estaba gravemente equivocado. El proceder a expedir de inmediato, y con apoyo en el segundo avalúo, certificados de garantía fiduciaria, muestra de nuevo una actitud de ligereza, desidia, falta de profesionalismo y temeridad.

Es más: el solo hecho de haber aceptado la fiduciaria, como constitutivo de un patrimonio autónomo de garantía, un predio sin perspectivas de explotación económica, sin ninguna demanda y con un solo comprador potencial, que es además un entidad pública, pone ya de manifiesto un error de conducta y falta de sindéresis, pues no es razonable poner a disposición del mercado un esquema de garantía que no ofrece ninguna seguridad por las afectaciones del bien en que se funda.

Fiduciaria FES, en su escrito de contestación de la demanda, da a entender que no tenía ninguna obligación de verificación de los avalúos, señalando al respecto: “Es cierto que Auto Seúl Cobautos Ltda., presentó un nuevo avalúo del bien que debió ser objeto de la fiducia. Este avalúo fue obtenido exclusivamente por el fideicomitente. La fiduciaria tiene que aceptar las informaciones de peritos avaluadores, pues no es propio de su objeto social tener este tipo de experticios” (respuesta al hecho 5º de la demanda original).

“Fidufes recibió los avalúos que le entregó el fideicomitente que procedían de firmas especializadas que se presumen serias. Si la sociedad Leasing Mundial S.A., quiso otorgar

crédito con una garantía, debió ella sí, precaver cualquier eventualidad con el examen cuidadoso de la capacidad y solvencia de los deudores y de la correspondencia que debía tener la garantía con la existencia, realidad y comercialización del presunto bien vinculado al fideicomiso”.

No puede el tribunal coincidir con los planteamientos del señor apoderado de Fidufes, ni admitir, en consecuencia, que las fiduciarias puedan adoptar un papel absolutamente pasivo, de invitadas de piedra en lo tocante con los avalúos de los bienes que hayan de conformar los patrimonios autónomos de garantía, limitándose a aceptar incondicional y calladamente los dictámenes que quieran entregarles los fideicomitentes, quienes tienen un evidente interés en aumentar el valor asignado a sus bienes para ampliar su capacidad de endeudamiento. Para el tribunal la fiduciaria tiene un deber de verificación de la razonabilidad de los avalúos, deber que es indelegable, como ya quedó dicho, y de señalada importancia, pues de la correcta valoración de los bienes fideicomitados depende en buena medida la efectividad de la garantía ofrecida al mercado a través de la expedición de los certificados correspondientes. De ahí la acuciosidad y diligencia que en este tema debe mostrar el fiduciario porque con sus manifestaciones, hechas en los mencionados certificados, respecto del valor de la garantía, crea un clima de confianza y credibilidad en el que puede razonablemente apoyarse la comunidad comercial, en virtud, principalmente, del carácter profesional de las fiduciarias, de ser entidades del sector financiero, a las que el estado les permite intervenir en gestiones de confianza y por encontrarse vigiladas por la (\*)Superintendencia Bancaria, como lo pregonan en su publicidad institucional.

Los planteamientos formulados por Fidufes sobre esta materia, se encuentran, por lo demás, desvirtuados por las tesis de los comentaristas y doctrinantes nacionales sobre estos temas. Cabe recordar las explicaciones y recomendaciones de la Asociación de Fiduciarias, traídas antes a colación en este laudo, de acuerdo con las cuales “es fundamental que la fiduciaria se cerciore, hasta donde le sea posible, actuando en forma diligente, prudente y profesional, de la razonabilidad de los avalúos”.

“... es importante que sea la misma fiduciaria la que ordene practicar estos avalúos, y no se atenga a aquellos que le presenten los fideicomitentes”.

Reconoce así mismo como “obligación principal” de las fiduciarias el “velar porque los avalúos que se practiquen sean hechos no solo por una firma especializada, sino también porque estos sean razonables, con base en aquellos aspectos que la firma especializada hubiere tenido en cuenta”.

Habíamos también citado al doctor Rodríguez Azuero, quien en su reciente obra sobre responsabilidad del fiduciario, explica que a este corresponde “no solo designar a un evaluador profesional, escogiéndolo con la prudencia y diligencia que su cargo le imponen y, además, vigilando razonablemente la calidad y el contenido del trabajo”. Y agrega, respecto a la designación del evaluador, que: “... el acuerdo con el cliente debe estar enderezado a establecer o ratificar un procedimiento que garantice la mejor elección, pues ha de saberse que en el caso de las fiducias de garantía no resulta conveniente ni prudente estarse a los avalúos presentados por el constituyente ...”.

“... dadas las finalidades de los negocios de fiducia de garantía, es razonable suponer que el cliente constituyente aspire a que el bien se evalúe al más alto precio ya que del mismo dependerá el crédito eventual que pueda obtener del sistema financiero o de terceros. Y, justamente, una actitud de un profesional prudente y avisado como es el fiduciario no puede dejar pasar desapercibido este aspecto, que lo obliga de entrada y frente a su propio cliente,

a tomar recaudos y precauciones enderezados a evitar que este le presente un avalúo cuyo precio sea acomodaticiamente elevado”(10).

Pero, como quedó explicado, ninguna de estas recomendaciones ni pautas de comportamiento profesional fueron observadas por la fiduciaria en el caso bajo estudio, lo que pone de manifiesto el error de conducta en que incurrió, que para el tribunal constituye de nuevo una culpa grave y no meramente leve, porque ni siquiera las personas usualmente descuidadas y negligentes le hubieren dado inmediata y total credibilidad a un avalúo con un incremento desmesurado del precio, en comparación con otro realizado algunos meses antes, sin tomar en consideración las especiales circunstancias del bien, que lo sustraen, prácticamente, del mercado inmobiliario e impiden desarrollar en él cualquier actividad lucrativa.

No sobra recordar que, según las reglas de nuestro régimen de responsabilidad contractual, la culpa grave en que haya incurrido el deudor incumplido, tiene la connotación económica especial contemplada por el artículo 1.616 del Código Civil, toda vez que en esta hipótesis la indemnización deberá comprender no solo los perjuicios directos previsibles, sino también los directos imprevisibles.

### 2.3. El vínculo de causalidad

Respecto de este otro elemento estructural de la responsabilidad civil, debe señalarse que dicho vínculo consiste en la relación de causa a efecto que debe existir entre el incumplimiento de la obligación pactada y el daño experimentado por el acreedor. Este elemento no se presume y corresponde probarlo al demandante, esto es, al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe un vínculo directo entre el no cumplimiento de lo estipulado y el demérito sufrido.

A este respecto la jurisprudencia de la corte ha puntualizado que el vínculo de causalidad “se reduce, en materia contractual, a que el perjuicio tenga la condición de ser directo, es decir, haber sido consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento (C.C., art. 1616, inc. 1º)”(11).

En el presente proceso está demostrado, y admitido por la expresa manifestación de la demandada, que esta incumplió con su obligación indelegable de actuar con diligencia para lograr o para verificar que se lograra el registro de la escritura pública de constitución de la fiducia. Igualmente está probado y admitido explícitamente por la demandada que sus omisiones envuelven un error de conducta, esto es, que su comportamiento fue culposo.

Sin embargo, Fidufes alega que, a pesar de su negligencia y descuido, su conducta no generó perjuicio alguno a la demandante, la cual lo derivó de otras circunstancias ajenas a aquella, lo que equivale a decir que no existe vínculo de causalidad entre el incumplimiento y la culpa de la fiduciaria, por una parte, y el perjuicio sufrido por la demandante, de otra.

Según el planteamiento de Fidufes la inexistencia del vínculo causal puede apreciarse desde tres perspectivas a saber:

2.3.1. El perjuicio no se originó en la falta de registro de la escritura constitutiva de la fiducia, sino en el adelantamiento del proceso concordatario del fideicomitente Auto Seúl Cobautos. Sobre este particular la demandada expresa que en desarrollo de las estipulaciones contractuales, el 28 de julio de 1995, Leasing Capital (el otro beneficiario) dio aviso a Fidufes que el fideicomitente Auto Seúl Cobautos se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones y exigía que se hiciera efectiva la garantía.

Según este recuento contenido en el alegato de conclusión, la demandada inició el 31 de julio el procedimiento previsto en el contrato para este evento, notificando al fideicomitente la petición del mencionado beneficiario y dándole los días para acreditar el pago de sus obligaciones.

El 9 de septiembre Leasing Mundial informó también el incumplimiento del fideicomitente y solicitó se hiciera efectiva la garantía.

Dos días después, el 11 de septiembre, la fiduciaria comunicó a Auto Seúl Cobautos la petición formulada por Leasing Mundial y le concedió los días para demostrar el pago de las prestaciones pendientes.

Ante el silencio del fideicomitente, la fiduciaria hizo practicar un nuevo avalúo y ordenó tres publicaciones en el diario El Tiempo, entre el 16 de diciembre de 1995 y el 18 de febrero de 1996.

Entre tanto, Auto Seúl Cobautos solicitó en diciembre de 1995, a la Superintendencia de Sociedades que diera curso a un concordato preventivo, a lo cual accedió dicha superintendencia, habiendo decretado el embargo del bien objeto de la fiducia el 7 de marzo de 1996, el cual se inscribió en la oficina de registro de instrumentos públicos de Chocontá, con lo cual el inmueble quedó fuera de comercio y —según las palabras del señor apoderado de la fiduciaria— “sin posibilidad jurídica de dar cumplimiento a lo establecido en el contrato de fiducia”, señalando que en cualquier caso y aunque se hubiera registrado la fiducia, por razón del concordato iniciado el bien fideicomitado “quedaba fuera de la persecución de los acreedores garantizados con la señalada fiducia”.

Lo anterior se justifica señalando que la Superintendencia de Sociedades en reiterada doctrina ha impedido, en caso de concordato del fideicomitente, que los beneficiarios de una fiducia hagan efectivos sus derechos, “sin la previa autorización de la superintendencia, quien autorizaría la venta del inmueble y entregaría el bien a la masa concordataria”, con lo cual se persigue evitar pagos preferentes que violen el principio de la “par conditio creditorum” y se desconozcan los privilegios otorgados a los créditos de la primera categoría, en particular laborales y tributarios.

De lo anterior deduce la demandada que “le hubiese sido imposible ... ejecutar cabalmente el contrato de fiducia ...”.

De otra parte señala, que “... la admisión del concordato ... impidió la venta del bien fideicomitado o la entrega en dación en pago, y más aún, los bienes de propiedad de la deudora concursada, la cual fue declarada en liquidación obligatoria por la Superintendencia de Sociedades, son absolutamente insuficientes para atender cualquier pasivo con garantía real, prenda o quirografaria. Como los bienes son insuficientes, los acreedores fiduciarios no obtienen ni obtendrán pago alguno ...”.

De todo lo anterior concluye la demandada que “aunque la fiduciaria haya incurrido en culpa o negligencia o descuido al no procurar oportunamente el registro de la escritura, por medio de la cual se constituyó la fiducia de garantía, esta infracción no origina perjuicios porque no existe una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño sufrido”.

Como puede apreciarse, la tesis desarrollada por Fiduciaria FES S.A., consiste en plantear que de haberse constituido plena y eficazmente el patrimonio autónomo, este no hubiera podido hacerse efectivo para satisfacer los créditos de los beneficiarios, pues habiéndose iniciado el proceso concordatario, el inmueble fideicomitado habría sido necesariamente incorporado dentro de la masa de bienes del deudor y como los demás activos patrimoniales de este no alcanzarían a cubrir los créditos privilegiados, dicho inmueble habría de ser

destinado a pagar estos créditos, de manera que los beneficiarios de la Fiducia de garantía quedarían completamente desprotegidos.

De esta manera se nos coloca ante un panorama especulativo y de absoluta ficción jurídica, pues ha de hacerse una composición de lugar, totalmente imaginaria, en la que se analice qué habría ocurrido con lo que ha debido ser pero nunca fue. Se nos propone así lucubrar sobre cuál pudiera haber sido el discurrir de un bien en caso de haber sido transferido en propiedad fiduciaria y en la hipótesis de que su propietario original —o fideicomitente— hubiese sido sometido a un proceso concordatario.

De entrada señala el tribunal que no podría asegurar cuál habría de ser en un caso específico la posición de la Superintendencia de Sociedades respecto de un punto de derecho, pues los conceptos que este tipo de entidades formulan en sus actos administrativos tienen una aplicación limitada y restrictiva, ya que caben en los procesos en que se producían, de manera que no pueden extenderse a otros, ni invocarse por vía general, ni tienen tampoco la naturaleza de doctrina probable.

Siempre puede esperarse, y no es una hipótesis remota, el cambio de posición jurídica. Además, en el proceso no existen pruebas que acrediten qué bienes conforman el patrimonio de Auto Seúl Cobautos, ni cuál es su nivel de endeudamiento, ni el monto de los créditos privilegiados reconocidos en el concordato, ni si los activos distintos al inmueble objeto de la fiducia son o no suficientes para cubrir tales créditos privilegiados, todo lo cual impide llevar hasta su culminación el ejercicio de ficción legal que propone el apoderado de Fidufes.

Con todo, el tribunal desea hacer algunas precisiones sobre los aspectos planteados por la demandante.

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

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

De otra parte, las providencias comentadas también fundamentan su posición de no permitir la venta de los bienes constitutivos de la fiducia de garantía, para pagar a los beneficiarios de los certificados fiduciarios, por considerar que con ello se violarían las normas imperativas que establecen la prelación de pagos, con la cual el legislador otorga un tratamiento especial a ciertos créditos, como los laborales y fiscales.

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

En el presente caso, según lo expresa el señor apoderado de la demandada, y según consta en autos, el proceso concordatario de Auto Seúl Cobautos concluyó sin resultados positivos, habiéndose por tanto declarado en liquidación obligatoria por la Superintendencia de Sociedades, con lo cual, en adelante, las normas aplicables y los propósitos perseguidos son distintos.

En efecto, en virtud de la constitución de una fiducia, los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del constituyente y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la conformación del patrimonio autónomo, según lo dispone el artículo 1.238 del Código de Comercio. Esto significa que los activos fideicomitidos dejan de hacer parte de la prenda general de los acreedores del fideicomitente, luego en caso de un proceso de quiebra, hoy llamado de liquidación obligatoria, dichos activos, en principio, no entrarán a conformar la masa de bienes del deudor o del “patrimonio a liquidar” como lo denomina la Ley 222 de 1995.

Se dice que los bienes objeto de fiducia no entran, en principio, a constituir el patrimonio a liquidar, porque en ciertos eventos previstos por la ley sí podrían llegar a conformar tal patrimonio. Esto ocurriría si el acto constitutivo de la fiducia llegara a ser revocado judicialmente o privado de sus efectos al declararse que fue simulado.

Se requiere, por tanto, un proceso judicial que culmine con el aniquilamiento del negocio jurídico mediante el cual se conforma el patrimonio autónomo.

Lo anterior significa que, incluso, si los bienes del deudor son insuficientes para cubrir los créditos privilegiados, los activos fideicomitidos no entrarán a formar parte del “patrimonio a liquidar” si no existen las condiciones o elementos exigidos por la ley para que prospere la acción revocatoria o la acción de simulación del acto constitutivo de la fiducia.

En esto hay diferencia con el régimen de la prenda y la hipoteca. Aquella otorga al crédito al cual accede privilegio de la segunda clase y esta le otorga preferencia que lo ubica dentro de la tercera clase de créditos. Sin embargo, el artículo 2.496 del Código Civil establece que los créditos de la primera clase “afectan todos los bienes del deudor; y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata ...”.

De acuerdo con la norma transcrita, en el evento de que los demás activos del deudor sean insuficientes para satisfacer los créditos de la primera categoría, de inmediato el superintendente puede ordenar que los bienes sobre los cuales se haya constituido prenda o hipoteca, sean destinados, en todo o en parte, según se requiera, a cubrir los mencionados pasivos del deudor concursado.

Frente a los bienes fideicomitidos, el Superintendente no puede de entrada dar una orden similar, pues se requiere para ello que previamente la justicia ordinaria haya privado de sus efectos al acto constitutivo de la fiducia, a través de su revocatoria o de la declaratoria de simulación.

Ahora bien, respecto del régimen de la mencionada acción revocatoria, el artículo 1.238 del Código de Comercio dispone: “los bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante, a menos que sus acreencias sean anteriores a la constitución del mismo...”.

“El negocio fiduciario celebrado en fraude de terceros podrá ser impugnado por los interesados”.



Por su parte, el numeral 8° del artículo 1.240 del Código de Comercio señala como causal de extinción de la fiducia el éxito de la “acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario”.

Respecto de las normas del procedimiento concursal, el artículo 146 de la Ley 222 de 1995 dispone que “el contralor, cualquier acreedor o la Superintendencia de Sociedades, podrá incoar la acción revocatoria concursal de los actos realizados injustificadamente por el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal, cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de la prelación de los pagos”. Dentro de tales actos revocables, el 3° de este artículo cita la constitución de patrimonios autónomos.

Ni esta disposición ni las normas indicadas del Código de Comercio precisan el contenido y el alcance de esta acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, de suerte que existen muchas dudas y vacíos sobre la misma, no resueltos aún, entre ellos la determinación de los requisitos y elementos esenciales de esta acción y la situación de los terceros de buena fe que contratan con la fiducia basados en su apariencia de legitimidad.

La (\*)Superintendencia Bancaria al analizar la naturaleza, elementos y efectos de la acción(12) ha señalado que es reconstitutiva del patrimonio del deudor, cuyos requisitos son:

a) Que los acreedores, titulares de la misma, lo sean con anterioridad a la constitución de la propiedad fiduciaria, lo que significa que su derecho de crédito debe anteceder a dicha constitución, aunque aún no sea exigible, y

b) Que con el contrato de fiducia se cause un daño a tales acreedores, consistente en la generación o agravación del estado de insolvencia del fideicomitente.

Este requisito no es mencionado por las normas del Código de Comercio, pero si por el artículo 146 de la Ley 222 de 1995 (“cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores”), pero, en todo caso, como lo expresa la superintendencia, es imprescindible su presencia, pues es el perjuicio sufrido por los acreedores lo que legitima el ejercicio de la acción y porque si el deudor tiene suficientes bienes, distintos de los que son objeto de fiducia, para responder de sus obligaciones, no sería lógico ni legal que sus acreedores intentaran hacer revocar los negocios celebrados por él, pues ello sería una injerencia excesiva y abusiva en la libre administración que de sus bienes tiene el deudor. Agrega la Superintendencia que si este tiene un patrimonio suficiente para hacer frente a sus pasivos puede oponerse —como también debe hacerlo el fiduciario— a la acción de revocación demostrando tal hecho, mediante la excepción de “discusión de bienes”, defensa que por su propósito y denominación acerca esta acción revocatoria a la acción pauliana.

Lo anterior deja en claro que no hay actos revocables “per se”, pues es indispensable que ellos generen un demérito económico a los acreedores del disponente, consistente en la generación o en el incremento de su insolvencia.

El tribunal considera, basado en las pruebas que obran en el expediente, que este elemento del perjuicio no está ni podría estar presente en el caso que nos ocupa. Nótese que el fideicomitente con el respaldo del inmueble fideicomitado, cuyo avalúo al momento de constituirse el patrimonio autónomo ascendía a \$ 307.800.000, obtuvo créditos por una suma de alrededor de \$ 500.000.000 y si el precio comercial del predio fuese superior a este valor, de todas maneras el fideicomitente, como beneficiario residual de la fiducia, conservaba el derecho de recibir el excedente. Luego, ni la constitución, ni la ejecución y desarrollo del negocio fiduciario, empobrecieron al fideicomitente, ni lesionaron los derechos de sus acreedores, por cuanto no crearon, ni agravaron la insolvencia de aquel.

Volviendo a la circular comentada de la (\*)Superintendencia Bancaria, se advierte que en ella se rechaza la identificación o asimilación de la acción revocatoria de la fiducia y la acción pauliana, expresando que para el éxito de la primera no es “menester entrar a considerar circunstancias tales como el deseo de causar daño, o la intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores o, en fin, la mala fe que son requisitos indispensables para que se dé el fraude pauliano”.

No menciona para nada la superintendencia la situación de los terceros de buena fe que han contratado con el patrimonio autónomo basados en su apariencia de legitimidad, a la cual contribuye la participación de una sociedad fiduciaria, entidad profesional e idónea, vigilada por la misma superintendencia, la cual adelanta, o debe adelantar, para la constitución de la fiducia, un detenido análisis de todos los documentos y antecedentes pertinentes.

Así, pues, dentro de los elementos de la acción de impugnación del acto constitutivo de propiedad fiduciaria no se menciona ninguno relacionado con la buena o mala fe de los terceros quienes, guiados por la apariencia de legitimidad de la fiducia, contrataron con el patrimonio autónomo o aceptaron que sus créditos fueran garantizados con los bienes fideicomitidos. En consecuencia, para que prospere la acción de revocación, no se tendría en cuenta el comportamiento de quienes, por ejemplo, concedieron créditos al patrimonio autónomo o dieron préstamos al fideicomitente o a terceros con el respaldo de una fiducia de garantía.

Con este planteamiento se nos sugiere, sin base legal suficiente, la aparición de una nueva acción reconstitutiva del patrimonio del deudor, diferente a las tradicionalmente reconocidas, en particular la de simulación y la pauliana, para cuyo éxito es imprescindible que no se afecten los derechos de terceros de buena fe. Además, el régimen general de estas acciones reconstitutivas muestra que en caso de conflicto entre terceros de buena fe, la ley opta por favorecer a los que actuaron guiados por las situaciones aparentes de veracidad y legitimidad.

Aquí no sobra reiterar la clara tendencia de nuestro derecho, enderezada invariablemente a respetar los derechos de terceros de buena fe que han obrado movidos por la certeza de que se encontraban ante una situación legítima y real. Incluso, en la confrontación de intereses entre terceros, o grupos de terceros de buena fe, confrontación consistente en la búsqueda de resultados jurídicos opuestos, se prefiere, normalmente, a aquellos terceros que hayan obrado guiados por la apariencia de legitimidad y verdad, siempre que los derechos recibidos por tales terceros lo hayan sido a título oneroso.

Ejemplo de la tendencia explicada se encuentra en la escritura pública de inmuebles en la que el vendedor manifiesta que se ha pagado la totalidad del precio, en cuyo caso, si luego resulta que esta manifestación no es cierta, los efectos de la eventual declaratoria de resolución del contrato, por incumplimiento de pago del precio, no afectarán a los derechos de terceros de buena fe subadquirentes del bien, quienes se guiaron por el texto de la escritura pública en el sentido de que el precio había sido totalmente cubierto. Según la jurisprudencia nacional, este tratamiento, previsto en el artículo 1.548 del Código Civil, es aplicación de la regla Error Communis Facit Jus, la cual limita, “en favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias”(13).

De igual modo, en materia de simulación, la declaración ostensible y mentirosa que hacen los simulantes para engañar al público crea una situación aparente de la cual pueden prevalerse los terceros que de buena fe han creído en la realidad de dicha situación. La voluntad oculta y verdadera de los simulantes es ineficaz contra terceros, por cuanto estos

pueden apoyarse en la declaración ficticia, sin que les sean oponibles los acuerdos secretos de los contratantes enderezados a privar de eficacia, o a modificar el contenido de la declaración pública y ostensible. Así las cosas, el artículo 1.766 del Código Civil, para garantizar la seguridad del comercio jurídico, impide que los efectos de la acción de simulación afecten a terceros de buena fe.

En cuanto hace a la acción pauliana, uno de sus requisitos esenciales —cuando el acto cuyo revocación se demanda es oneroso— es el consilio fraudulento, entendido como la connivencia o confabulación entre el deudor (que enajena o grava sus bienes en detrimento de sus acreedores) y los terceros que contratan con él a sabiendas de que los actos en cuestión generan o incrementan el estado de insolvencia del deudor.

Nuestra ley, particularmente el artículo 2.491 del Código Civil, da un tratamiento distinto en esta materia a los actos gratuitos y a los onerosos. En los primeros no se exige el consilio fraudulento, de manera que no es del caso apreciar la buena o la mala fe de quien se beneficia con ese acto. Basta con que se les cause daño a los acreedores, consistente en una merma tal de la prenda general del obligado, que este quede en estado de insolvencia o que dicho estado se agrave.

Si se trata de actos onerosos, es requisito esencial, para que prospere la revocatoria del acto, que quien contrata con el deudor sea cómplice de su designio fraudulento, lo que significa que haya actuado bajo el conocimiento del mal estado de negocios del deudor. Este trato especial obedece a que quien contrató con el deudor le pagó una contraprestación para obtener a cambio un beneficio que se le pretende arrebatarse con la revocación del negocio jurídico, lo que hace necesario establecer si quien contrató con el deudor lo hizo de buena o de mala fe. Entran así en conflicto la pretensión legítima de los acreedores para reintegrar o reconstituir el patrimonio de su deudor mediante la revocación del negocio, y la pretensión también legítima de quien contrató de buena fe y quiere que se mantenga la eficacia del negocio celebrado.

Ante esta situación, la ley, para dar seguridad al comercio jurídico, prefiere al contratante de buena fe, de manera que no deja prosperar la acción pauliana, por cuanto dicho contratante se guió por una situación aparente de normalidad en cuanto al estado de los negocios del deudor.

Puede acontecer que quien adquiere un bien del deudor luego lo enajene a otro u otros terceros (subadquirentes) o constituya gravámenes sobre él en beneficio también de terceros.

En estos supuestos, para que prospere la acción pauliana, es menester —si los subadquirentes y demás terceros adquirieron sus derechos a título oneroso— que se pruebe la mala fe de todos aquellos que van a ser privados de tales derechos. Esa mala fe consiste en haber tenido conocimiento del vicio que afectaba el acto de su antecesor (el consilio fraudulento anterior), en cuyo caso las subadquisiciones y los otros actos de constitución de derechos estarán también viciados por el fraude pauliano, por ser los terceros cómplices de su realización. Por el contrario, si los adquirentes y los demás terceros titulares de derechos los han adquirido de manera onerosa, y son de buena fe, el acto no será impugnado.

Todos estos casos —resolución, simulación, acción pauliana— muestran clara e invariablemente la protección que la ley y la jurisprudencia otorgan a los terceros de buena fe, quienes actúan guiados por apariencias en que razonablemente pueden creer. La justicia y la lógica exigen que para la revocación del acto constitutivo de la fiducia se proteja de igual manera a los terceros de buena fe.

Según lo anterior, debiéndose verificar para la procedencia de la acción revocatoria del acto constitutivo de la fiducia, la buena o mala fe de los terceros que contratan con el vocero del patrimonio autónomo, el tribunal estima, con apreciación de los medios de prueba allegados al proceso, que no existe ni siquiera un indicio que pueda calificarse como indicativo de mala fe de Leasing Mundial, ni esto ha sido argüido por la demandada, a quien por lo demás, habría correspondido la carga de la prueba, toda vez que la buena fe se presume.

En síntesis, el tribunal considera que debe admitirse que la acción contemplada en el citado artículo 1.238 del Código de Comercio, es una acción pauliana y que en aquella deben concurrir los tres elementos que el artículo 2.491 del Código Civil exige para esta, a saber, perjuicio a los acreedores; fraude pauliano y consilio fraudulento.

A lo largo de lo explicado ha quedado claro que el primero y el último de estos elementos deben observarse para que prospere la acción de impugnación del acto constitutivo de la fiducia. Recuérdese, al efecto, que la exigencia del consilio fraudulento es el mecanismo para proteger a quienes de buena fe han celebrado contratos onerosos con el deudor.

En el caso de la fiducia esa buena fe debe predicarse de los terceros que contratan con el patrimonio autónomo o que celebran negocios con la garantía o el respaldo de los bienes fideicomitidos, pues unos y otros se guían por la apariencia de legitimidad del negocio fiduciario.

En aplicación de los principios generales expuestos, todos los que tengan el carácter de subadquirentes y quienes hayan obtenido derechos por actos subsecuentes deberán ser protegidos, siempre que sus derechos hayan sido adquiridos a título oneroso y que sean de buena fe por no haber tenido conocimiento previo de ningún vicio que pudiera haber afectado el acto constitutivo de la fiducia.

En cuanto al segundo requisito: el de fraude pauliano, ha de decirse que este no es, como lo piensa la (\*)Superintendencia Bancaria, un dolo específico (deseo de causar daño; intención de maniobrar para perjudicar a los acreedores), pues la mala fe que exige la acción pauliana es un concepto sui géneris, que simplemente consiste en el conocimiento que tenga el deudor —y que todo hombre razonable y diligente debe tener— del mal estado de sus propios negocios, a pesar de lo cual celebra un acto que crea o agrava su estado de insolvencia. Se puede decir que ese conocimiento del mal estado de los negocios propios se aproxima a una presunción, pues es muy difícil, si no imposible, que el deudor demuestre que no conocía su situación patrimonial y por eso celebró el acto impugnado, pues el solo hecho de llevar contabilidad o presentar declaración de renta, verbigracia, han de servir para deducir que el deudor conoce la situación económica y financiera de sus actividades negociales. Así, pues, bien puede decirse que si el fideicomitente transfiere en propiedad fiduciaria parte de sus bienes, sin que deje los suficientes para atender sus pasivos, su conducta refleja un designio fraudulento o un fraude pauliano, en los términos del artículo 2.491 del Código Civil.

Expuesta como ha quedado la opinión del tribunal respecto del régimen dentro del cual debe enmarcarse la acción revocatoria del acto constitutivo de la fiducia, se concluye de lo dicho que, a juicio de los árbitros, no se encuentran presentes los elementos requeridos para que la justicia ordinaria hubiera privado de efectos a la fiducia constituida mediante la escritura pública 4.426 del 9 de diciembre de 1994 de la Notaría 22 del Círculo de Santafé de Bogotá, de donde se colige que la defensa planteada por Fidufes de ausencia de vínculo causal entre su incumplimiento y el daño sufrido por la demandante no tiene acogida, pues dicho daño no habría podido ser causado por la iniciación del trámite concordatario, ni por el de la liquidación obligatoria del patrimonio de Auto Seúl Cobautos.

2.3.2. Fuerza mayor. Estrechamente relacionada con la excepción anterior, se encuentra esta otra defensa de la demandada, formulada en el sentido de que aún en la hipótesis de que la fiducia hubiese sido legal y efectivamente constituida, a la fiduciaria “le hubiese sido imposible jurídicamente cumplir contractualmente por actos de autoridad, ejercidos por un funcionario público, lo cual constituye una fuerza mayor que rompe el nexo causal y exonera de responsabilidad al deudor”. Dichos actos de autoridad, a juicio de Fidufes, provendrían del superintendente de sociedades, quien habría impedido el desarrollo del procedimiento contractual previsto para hacer efectiva la garantía, habiendo seguramente ordenado la suspensión de la venta del inmueble o su entrega en dación en pago a los beneficiarios de los certificados de garantía fiduciaria.

Como quedó explicado, para el tribunal no se encuentran presentes los elementos esenciales de la acción revocatoria del acto constitutivo de la fiducia, luego estima que Leasing Mundial no habría podido ser privada de la garantía plasmada en el certificado que le fue expedido por Fidufes, toda vez que la mencionada acción revocatoria probablemente no habría tenido éxito.

Adicionalmente, la fuerza mayor que plantea la demandada es totalmente imaginaria e hipotética, pues es lo que vislumbra en su mente el señor Apoderado de Fidufes de lo que habría podido ocurrir de haberse constituido, de manera válida y eficaz, un patrimonio autónomo que en la realidad no se constituyó.

A este respecto debe precisarse que la fuerza mayor debe probarse en su materialidad específica, demostrando el deudor el hecho preciso y puntual que le impidió cumplir su obligación y generó con ello un daño al acreedor. Ese hecho específico y puntual debe haber sido para el demandado imprevisible e irresistible. La doctrina nacional expresa que nuestra jurisprudencia no ha definido aún si puede prosperar la defensa de la fuerza mayor cuando la causa del daño permanece oculta. Señala, sin embargo, que la orientación mayoritaria es la de exigir la identificación de la causa para que se admita la exoneración por la intervención de un elemento extraño(14).

La doctrina extranjera sigue esta misma orientación, reafirmando nítidamente que la fuerza mayor debe acreditarse concretamente, demostrando el transportador, por ejemplo, que una carga se perdió porque la nave encontró una tempestad inusual e irresistible, para lo cual deberá probarse, con ayuda de los servicios de meteorología, la fuerza y la velocidad de los vientos. No sería admisible que se alegara como defensa una hipotética fuerza mayor, diciendo, verbigracia, con apoyo en el dicho de peritos, que la única causa que razonablemente explicaría el daño o la pérdida sería una hipotética tempestad inusitada. Esta excepción no puede ser acogida, pues el caso fortuito debe acreditarse en el proceso en su materialidad específica, toda vez que los motivos hipotéticos no son suficientes para liberar al deudor(15).

Así lo ha entendido también la doctrina y la jurisprudencia españolas, según las cuales “no puede llegarse a la afirmación de la existencia del caso fortuito por exclusión o mera presunción, pues tiene declarado el tribunal supremo que siendo negativo el resultado de la prueba practicada, al no aparecer demostrada la causa productora de un siniestro, no puede el tribunal considerar el accidente como caso fortuito”(16).

De acuerdo con lo explicado, no puede el tribunal acoger la defensa de la fuerza mayor planteada por la demandada.

2.3.3. Culpa de la víctima. La argumentación desarrollada por Fidufes a este respecto, es una tercera variante del ataque a la existencia del vínculo de causalidad que debería existir

entre el incumplimiento culposo de los deberes de esta y los perjuicios económicos sufridos por Leasing Mundial.

Esto es así por cuanto se encuentra bien establecido que la responsabilidad civil debe ser total o parcialmente excluida cuando el perjuicio no puede ser atribuido exclusivamente a la acción del demandado, porque han intervenido y coadyuvado a la generación del daño elementos extraños, como son la fuerza mayor, el hecho de un tercero o la acción de la propia víctima. Estos eventos destruyen el vínculo causal que lleva a la exoneración del presunto autor del daño o, cuando menos, a su exoneración parcial. Esto sucede cuando quiera que entre la conducta del demandado y el resultado que la misma habría de producir se interpone un acontecer ajeno a la voluntad de aquel que desvía o afecta el desarrollo causal desatado por la omisión o la acción originaria. En consecuencia, la culpa de la víctima es eximente de responsabilidad porque rompe el vínculo causal(17).

Ahora bien, la culpa que la demandada le atribuye a Leasing Mundial consiste “en errores inexcusables en el otorgamiento del crédito a la sociedad Auto Seúl Cobautos”, los cuales se ven resaltados por el hecho de ser Leasing Mundial una entidad especializada en el manejo de operaciones crediticias.

Para precisar el comportamiento negligente de la actora, Fidufes señala que en la solicitud de crédito presentada por auto Seul no se indica la cuantía del préstamo solicitado, ni se ofrece respaldarlo con certificados de garantía Fiduciaria y que incluso dicha solicitud no fue firmada por la solicitante.

Agrega que la analista financiera de Leasing Mundial, después de estudiar la mencionada solicitud, llamó la atención sobre la insuficiencia del capital de trabajo de Auto Seúl, sobre el hecho de que la prueba ácida resultó deficiente y sobre el alto nivel de endeudamiento que llegaba a un 85%.

Igualmente, sostiene el señor apoderado de la parte demandada que la actora al estudiar la petición de crédito no tuvo en mente recibir como respaldo certificados de garantía fiduciaria, sino un inmueble ubicado en Villapinzón, con avalúo de 718 millones. Del mismo modo manifiesta que, según acta de la junta de socios de Auto Seúl Cobautos, en la que autorizó a su gerente a tomar créditos con Leasing Mundial, no se le facultó para otorgar garantía fiduciaria a la acreedora. Fidufes subraya así mismo la celeridad, a su juicio inusual, con que actuó la demandante para estudiar, aprobar y desembolsar el crédito. Dicha solicitud se presentó el 6 de abril de 1995 y el 10 de dicho mes fue desembolsado el préstamo con cheque que auto Seul cobró el mismo día. Sin embargo, el pagaré solo se suscribió al día siguiente, 11 de abril, fecha en la que también se expidió el certificado de garantía fiduciaria 000294, es decir, después del desembolso, con lo cual, en opinión de la fiduciaria, Leasing Mundial se expuso imprudentemente.

Con base en lo anterior la demandada concluye que “... Leasing Mundial no examinó la posible garantía, no estudió la tradición del inmueble, no examinó y objetó los avalúos del bien fideicomitado, no hizo seguimiento alguno de su aparente garantía, hasta el extremo de presentar la demanda desconociendo la existencia del bien fideicomitado ...”. Y concluye diciendo: “No cabe la menor duda que la firma Leasing Mundial S.A., cometió una serie de errores e imprudencias en el manejo del crédito, y si este es irre recuperable, solo le es imputable la culpa a él mismo ...”.

Sobre los anteriores planteamientos el tribunal precisa, ante todo, que obran en el proceso los documentos recaudados en la diligencia de inspección judicial llevada a cabo el 15 de abril de 1997, en las oficinas de Leasing Mundial (acta 9) en la que se aprecia que la solicitud de crédito formulada por Auto Seúl Cobautos fue sometida a los trámites usuales y

a los estudios normalmente previstos para el otorgamiento de préstamos, lo cual coincide con lo manifestado por el representante legal de la demandante, doctor Hernando Botero, en la declaración de parte que rindió. Por lo demás, aparte del reproche formulado por Fidufes a la celeridad con que actuó Leasing Mundial, no existe prueba que demuestre que se pretermitieron trámites o que no se efectuaron los análisis y evaluaciones establecidos para la concesión de créditos.

En cuanto a las advertencias hechas por la analista de crédito de Leasing Mundial, sobre la falta de solidez financiera de Auto Seúl Cobautos, ha de decirse que esta situación se presenta a menudo en las evaluaciones que adelantan las entidades financieras para el otorgamiento de créditos a sus clientes. Es verdad que lo ideal sería conceder financiamiento únicamente a quien tenga una amplia capacidad de pago, un bajo nivel de endeudamiento y un patrimonio que responda sobradamente por sus pasivos. Pero este laudable deseo suele chocar con la cruda realidad de muchas empresas de sectores en crisis, con dificultades de ventas, aguda competencia, incremento de costos, altos índices de endeudamiento, etc., cuya sobrevivencia solo puede asegurarse en épocas de dificultades con recursos de créditos, en el entendido de que esas falencias pueden compensarlas con garantías que a los ojos de los establecimientos crediticios sean adecuadas. Por eso no es remota la hipótesis en que las dudas que puedan tener entidades financieras para conceder financiamiento a ciertas empresas, se vean despejadas con un buen codeudor, o una fianza creíble o con los gravámenes reales suficientes o con un certificado de garantía fiduciaria. De no ser así las pequeñas y medianas empresas estarían al margen de los flujos de crédito y no existirían en el mundo entidades dedicadas a prestar garantías para asegurar créditos concedidos a empresas que carecen de solidez matrimonial.

El tribunal ha llegado al convencimiento de que Leasing Mundial sí concedió el crédito e hizo el desembolso correspondiente en razón de contar con un respaldo adecuado, representado por el certificado de garantía fiduciaria que sería emitido por Fidufes en desarrollo del Fideicomiso FG-081. Por eso solicitó una manifestación formal de la fiduciaria, la que obtuvo en la forma de certificación suscrita el 7 de abril de 1995 por la gerente Encargada de Fidufes en Bogotá. En dicho instrumento se lee que el patrimonio autónomo se hallaba ya constituido, que su valor ascendía a \$ 718.200.000 y que la fiduciaria garantizaba hasta el 70% de dicho monto. Que el certificado correspondiente se encontraba en proceso de elaboración en la oficina principal en Cali y que sería enviado “a la mayor brevedad posible”, a su beneficiario: Leasing Mundial.

De no haber sido por esta certificación muy seguramente el desembolso del crédito no se hubiera efectuado, pues el tribunal entiende, como quedó dicho, que la garantía fiduciaria fue motivación esencial para la concesión del préstamo y para su entrega a Auto Seúl Cobautos.

Es cierto, sin embargo, que Leasing Mundial corrió un riesgo al hacer el desembolso sin contar aún con la garantía, lo que la podía exponer a complicaciones en caso de que el certificado de garantía fiduciaria no hubiere sido emitido en el tiempo esperado por inconvenientes de última hora. Con todo, bien podría pensarse que se trataba de un riesgo calculado, por cuanto Leasing Mundial contaba con una certificación suscrita por una entidad del sector financiero que le inspiraba plena confianza respecto de su seriedad y profesionalismo, la cual, tres días antes de la entrega de los recursos, le había asegurado la inminencia de la expedición del certificado y no la había prevenido acerca de la existencia de ningún problema que pudiese entorpecer dicha expedición.

Pero aun en el caso de que el comportamiento de Leasing Mundial fuese configurativo de culpa, en virtud de su decisión de entregar los dineros sin contar aún con un respaldo concreto, habrá de decirse que dicha culpa no tuvo ninguna injerencia, ni participación, en la generación del daño cuya reparación se demanda en este proceso, pues, en otras palabras, dicho comportamiento errado no contribuyó a la causación del mencionado perjuicio.

En efecto, el riesgo que calculada o temerariamente corrió Leasing Mundial consistía en que el certificado de garantía fiduciaria no fuere expedido y que se quedara sin esta garantía fundamental. Pero ese certificado fue expedido el 11 de abril de 1995, es decir, al día siguiente del desembolso, con lo cual quedó claro que el mencionado riesgo no cristalizó y que a partir de la fecha indicada se tenía la certeza de que no se realizaría o no llegaría a tener concreción, pues desde el 11 de abril Leasing Mundial contó con la garantía fiduciaria que esperaba.

Así las cosas, el riesgo aludido dejó de tener vigencia desde el momento en que Leasing Mundial recibió el certificado de garantía, luego es evidente que no puede admitirse que la improvidencia o la temeridad de hacer el desembolso del crédito sin respaldo hayan proyectado sus consecuencias hacia el futuro y sean causa del daño que a la postre experimentó Leasing Mundial, no por la falta de certificado de garantía, sino por no haberse constituido el patrimonio autónomo.

Sobre este tema es muy ilustrativo el análisis de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia, respecto del vínculo de causalidad, como pasa a reseñarse.

— En cuatro decisiones de la Corte(18), en las cuales se emplea un lenguaje muy similar, se acoge la teoría de la equivalencia de condiciones y al mismo tiempo se utilizan términos y conceptos propios de la doctrina de la causa eficiente.

En efecto, las cuatro providencias contienen afirmaciones del siguiente tenor: “Ciertamente, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dícese entonces que todos estos acontecimientos son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido”.

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

Los párrafos transcritos claramente apoyan la tesis de la equivalencia de condiciones, pero en ellos también se dice lo siguiente: al hablar de la concurrencia de culpas entre la del demandado y la víctima, señalan que se trata de “dos culpas distintas que concurren ambas a la realización del hecho dañoso, y en donde la culpa de la víctima, justamente por no ser preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí compensa, en la medida o grado que estime prudente el juez, con la del reo de la acción” (estas afirmaciones se encuentran en las Sents., jul. 27/77, mayo 17/82 y jul. 17/85).

Al hablar igualmente de la participación de dos actividades peligrosas en la producción de un daño, afirmó la Corte: “La una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal (actividad peligrosa) pudiera atribuirse a esta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento” (Sent., abr. 30/76 y jul. 17/85).



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

“De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas ...”. “En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo” (Sent., abr. 30/76 y jul. 27/77).

Y en otra jurisprudencia de 1987(19), al volver a tratar la concurrencia de culpas, precisó la corte que “esa concurrencia de culpas da lugar a la responsabilidad in solidum de las demandadas, porque es incontrovertible que el daño no hubiera brotado sin la confluencia de los dos hechos”, pero afirma que ambos eventos contribuyeron de manera decisiva en la producción del daño, con lo cual igualmente parece afirmar, en la primera parte, la teoría de la equivalencia de condiciones, pero el empleo del adjetivo “decisiva” es una aplicación de los criterios de la doctrina de la culpa eficiente.

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

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

Con apoyo en las explicaciones precedentes y a la luz de la jurisprudencia de la Corte, el tribunal considera que el eventual comportamiento culposo de Leasing Mundial (hacer el desembolso sin contar aún con la garantía) no puede tener el carácter de causa exclusiva ni concurrente del daño irrogado a la demandante, pues dicha culpa no contribuyó a su realización, ni puede ser vista como un elemento decisivo, preponderante o trascendente en su generación.

Por lo demás, el tribunal es de la opinión de que debe obrar con especial tino y cautela en la calificación de la forma como obró la actora al otorgar el crédito, pues es necesario preservar el margen de maniobra y discrecionalidad que tienen los administradores de negocios para decidir realizar ciertas transacciones, o para prescindir de otras, o tomar determinados riesgos económicos. No es por tanto conveniente tratar de deducir responsabilidad —Ex post facto— por el mero hecho de que a la postre una decisión resulte equivocada o un negocio genere pérdidas. Estos resultados negativos solo podrán ser fuente de responsabilidad en la medida en que los administradores en cuestión no tengan la

idoneidad o la experiencia para evaluar las circunstancias imperantes, o actúen sin recaudar la información usual o sin hacer las indagaciones normales o sin efectuar los estudios y análisis que habitualmente se llevan a cabo para la clase de negocios de que se trate.

En otras palabras, los árbitros no pueden sustituir, con su propio criterio —formado a posteriori, en un ambiente calmado y desprevenido— el criterio de los administradores, ni su percepción particular, ni su sentido de la oportunidad, ni su “olfato” negocial, forjados al calor de un mundo económico agitado, en el que cada vez hay que tomar más decisiones contando con informaciones incompletas, con el agobio de una competencia voraz, con la necesidad de reaccionar con celeridad y con la presión de mejorar los propios estados financieros y con ello la rentabilidad de los accionistas. El administrador diligente será, entonces, el que logre encontrar un equilibrio entre la rapidez de sus decisiones y la seguridad de las mismas, pero esta última estructurada sobre las precauciones y análisis usuales normales, no especialmente onerosos, complejos ni dilatados, pues esto, aunque es teóricamente posible, no lo permite la vida actual de los negocios.

Los administradores deben tener la seguridad de que no serán responsables, a pesar de las malas decisiones y los malos negocios, en la medida en que hayan adoptado las precauciones y efectúen los análisis indicados, que se repite no han de ser minuciosos ni exhaustivos. La posición contraria generaría inmovilismo y el rechazo a tomar riesgos, que son connaturales a las actividades mercantiles y necesarios para el incremento de la rentabilidad, que es creación de riqueza.

Las anteriores ideas han sido expuestas por las cortes norteamericanas al ir perfilando el llamado derecho fiduciario, del cual se desprenden los deberes también denominados fiduciarios, o de contenido de confianza, que se imponen a los administradores de sociedades, fuente de la cual el legislador nacional tomó el nuevo esquema de responsabilidad plasmado en la Ley 222 de 1995. El derecho fiduciario norteamericano tiene un gran contenido jurisprudencial, y dentro de esta contribución de los jueces se destaca el particular respecto que se reconoce a la discrecionalidad de los administradores para decidir sobre los negocios que lleven a cabo o que se abstengan de realizar. Ese respeto está plasmado en la denominada “Judgement Business Rule” que constituye el marco de autonomía dentro del cual pueden moverse los administradores, el que impide a los tribunales entrar a hacer el análisis económico o de conveniencia de las decisiones adoptadas por aquellos.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que Leasing Mundial recaudó la información usual y adelantó los análisis y evaluaciones normales y corrientes para el otorgamiento de créditos, el tribunal considera que no le corresponde determinar la conveniencia, o inconveniencia del negocio, ni precisar si en este caso el grado de riesgo asumido fue superior al aconsejable para una entidad financiera.

De otra parte, Fidufes le reprocha a la demandante el no haber examinado la garantía, ni estudiado la tradición del inmueble, ni examinado los avalúos, así como no haber llevado a cabo seguimiento alguno de dicha garantía.

Al examinar el texto del certificado de garantía fiduciaria 000294, se advierte que en él se manifiesta que un patrimonio autónomo fue constituido y se dan los datos de la escritura pública mediante la cual se formalizó. También se indica el “valor certificado” de lo cual se infiere que el bien fideicomitido fue avaluado y que por ello la fiduciaria puede asumir, hasta ese monto, el compromiso unilateral de voluntad que plasmó en los siguientes términos:

“En cumplimiento de dicho contrato (de fiducia de garantía) se garantiza a su beneficiario o a quien este indique, el pago de las obligaciones por el fideicomitente, vencidas y no pagadas en los plazos acordados para ello ...”.

En apartes anteriores de este escrito quedó explicado que la fiduciaria tiene, dentro de sus deberes indelegables, —porque están enderezados a permitir la efectividad de la fiducia, es decir, al cumplimiento de su propósito— el de actuar con diligencia y acuciosidad para lograr o para verificar que se logre la conformación válida del patrimonio autónomo, así como para constatar la razonabilidad de los avalúos.

Si en el certificado aludido la fiduciaria declara que se formalizó un contrato de fiducia de garantía y señala el valor garantizado, es razonable pensar que, entrándose de una entidad financiera, es decir, de una entidad seria, profesional y confiable, cualquiera hubiera dado credibilidad a dichas declaraciones y entendido que si ellas se hacían era porque la fiduciaria había llevado a cabo diligentemente todas las verificaciones que le correspondían. Sin embargo, la fiduciaria le reprocha a la demandante no haber efectuado o vuelto a efectuar las tareas que le correspondían a la primera, lo que equivale a decir que le reprocha el haber creído en las manifestaciones hechas por la propia fiduciaria en el certificado de garantía.

El tribunal llama la atención sobre la postura adoptada por Fidufes en este proceso arbitral, en el sentido de querer quitarle credibilidad a sus declaraciones de voluntad. En efecto, recuérdese que en el contrato de Fiducia, que seguramente es el que usualmente emplea Fidufes y que debió ser por tanto redactado por ella misma, se prevé expresamente que la cláusula de arbitramento se estipula también en favor de los beneficiarios (cláusulas 8ª y 27 del contrato de fiducia), lo que se reafirma en el certificado de garantía, en el cual se establece que “es entendido que cuando el beneficiario recibe este certificado de garantía conoce y acepta los términos del contrato de fiducia de garantía mencionado”. Sin embargo, Fidufes desplegó ingentes esfuerzos dentro de este proceso y fuera de él, a través de acción de tutela, para que la cláusula Compromisoria no cobijara a los beneficiarios, es decir, para quitarle validez a lo que ella misma estipuló. Ahora califica de negligencia Leasing Mundial por haberle dado credibilidad a lo dicho por la fiduciaria en el certificado de garantía. Un flaco servicio se le presta así al negocio fiduciario, pues el mensaje que se envía a la comunidad mercantil es que lo diligente y previsorio es no darle confiabilidad a las actuaciones y declaraciones del fiduciario y que lo aconsejable es volver a hacer las tareas que este está obligado a cumplir. No es esta la compostura de una entidad profesional, ya que no puede admitirse que sea una mera invitada de piedra o espectadora en el negocio fiduciario y que no asume responsabilidad por lo que deje de hacer o haga mal, pretendiendo trasladarle el problema a los beneficiarios, quienes en su entender deben dudar de su trabajo y verificar minuciosamente o incluso rehacer todo lo que aquella ha debido efectuar.

El tribunal considera que no se compadecería con la lógica, la conveniencia, ni la justicia el exigir, como pauta de diligencia, que los beneficiarios de los certificados de garantía deban rehacer estudios de títulos, avalúos y opiniones legales para verificar la existencia, validez y cuantía de los patrimonios autónomos. A nadie se le ocurriría que una ama de casa, un campesino, un obrero que quieran utilizar sus ahorros en el otorgamiento de un préstamo que se les respalde con un certificado de garantía, deban incurrir en gastos de abogados y evaluadores, cuando una entidad financiera les señala que ya hizo todos los estudios, indagaciones y verificaciones de rigor, lo que le permite asegurarles que el patrimonio autónomo de garantía está bien constituido y avaluado.

Es posible que Fidufes coincida con el anterior planteamiento y que esté de acuerdo que en los ejemplos extremos que se acaban de mencionar, es evidente que no cabría exigirles a ciudadanos inexpertos y sin recursos adelantar trámites complejos, onerosos y finalmente inocuos. Decimos que posiblemente esté de acuerdo por cuanto en sus alegaciones hizo hincapié en la incurria de Leasing Mundial pero debido a su carácter de empresa especialista en el otorgamiento de crédito, lo que la obligaba a ser más cuidadosa y diligente respecto de la garantía que se le ofrecía.

De esta posición podría inferirse que la gestión de Fidufes habría de medirse con dos raseros diferentes: uno más estricto cuando el beneficiario sea un ciudadano desprevenido al que no se le puede pedir que rehaga todos los estudios y análisis, de manera que es el fiduciario el que asume la responsabilidad de hacerlos bien y oportunamente; y otro más flexible, para cuando el beneficiario sea una entidad experta en la concesión de créditos, hipótesis en la cual el fiduciario podría estar más tranquilo y relajado, por cuanto es el beneficiario el que en últimas tiene el deber de verificar todos los elementos necesarios a fin de establecer la existencia, la validez y el valor del patrimonio autónomo.

El tribunal no podría aceptar el anterior planteamiento pues el patrón de conducta de una entidad financiera y profesional del negocio fiduciario, ha de ser siempre el mismo: el de un comerciante diligente, acucioso y previsor, de suerte que sus actuaciones han de ser calificadas invariablemente con el mismo rigor.

A más de esto existe otra consideración práctica, pues todas las tareas a que nos referimos (verificación de la adecuada constitución de la fiducia y su valoración) debe realizarlas el fiduciario antes de conocer quiénes serán los beneficiarios de la garantía, de suerte que debe obrar con la acuciosidad, el cuidado y la previsibilidad que le exige su condición de entidad profesional y experta en estas actividades mercantiles, de suerte que no puede graduar el nivel de su diligencia dependiendo de la actividad que desarrollen los beneficiarios, pues no sabe si todos serán multinacionales, empresas financieras y avezados inversionistas o si aparecerá un ancianato o una comunidad de monjas de la caridad.

Tampoco sería lógico, desde el punto de vista económico y social, que los beneficiarios — que sean entidades especializadas en crédito— deban volver a hacer todos los estudios jurídicos y los avalúos ya efectuados por la fiduciaria, pues esto encarecería sobremanera los costos para el deudor y dilataría las transacciones crediticias.

Téngase en cuenta que la regla de comportamiento diligente que se nos propone es la de desconfiar de todo lo que hagan o digan los demás, así sean profesionales. Esto exigiría que si son varias las entidades de crédito que van a otorgar financiamiento al fideicomitente, cada una de ellas debería efectuar todos los análisis, estudios y avalúos para constatar la bondad de la garantía. Y lo propio deberían volver a hacer cada una de las entidades cesionarias de los créditos originalmente concedidos, con los cuales se les traspasarían sus accesorios, entre ellos la garantía fiduciaria. Esto no solo carece de *sindéresis* sino que sería letal para el negocio fiduciario.

La vida moderna de los negocios requiere de la distribución de responsabilidades entre profesionales especialistas, de manera que a lo hecho y declarado por cada uno de ellos se le pueda otorgar credibilidad y confianza para que sirva de peldaño o fundamento a las decisiones que adopten los demás, para lo cual les bastará hacer las indagaciones normales, sin que tengan que llegar a hacer análisis exhaustivos y inuciosos (*sic*) que aunque posibles son costosos, redundantes y demorados. Esto significa que en el negocio fiduciario de garantía se deben imponer claras obligaciones y responsabilidades en el inicio de la cadena negocial, esto es, en cabeza del fiduciario, a fin de inspirar seguridad, confianza y

credibilidad a todos los que en el futuro otorgarán crédito en consideración a la garantía fiduciaria que se les ofrece. Esto realza, como debe ser, las obligaciones profesionales e indelegables del fiduciario para cerciorarse de la cabal y efectiva constitución del patrimonio autónomo y de la razonabilidad de su valoración, pues con la expedición de cada certificado da entender y garantiza —y así lo pueden aceptar los terceros sin más indagaciones— que el negocio fiduciario fue bien constituido; que su valoración fue realizada por un experto independiente y que la razonabilidad de la misma fue verificada por la propia fiduciaria.

Hace setenta años, cuando el mundo de los negocios era infinitamente menos complejo, exigente y agobiante Gorphe —en su valioso estudio sobre la buena fe— ya mencionaba lo siguiente: “La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas hace que sea cada vez menos posible ir hasta el fondo de la cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia ...”(20).

El tribunal considera que Leasing Mundial al recibir el certificado de garantía expedido por una entidad financiera, profesional experta en el negocio fiduciario, podía razonablemente confiar —es decir sin incurrir en culpa— en lo que allí se mencionaba, pues se le presentaba con ello la apariencia de un negocio en orden, bien constituido y adecuadamente valorado. Podía, por tanto, otorgarle credibilidad a esa imagen de legitimidad comercial que le ofrecía un profesional, del cual no tenía ninguna razón para mirar con escepticismo ni para poner en tela de juicio sus manifestaciones.

Así las cosas, la demandante no estaba obligada a rehacer estudios de títulos, ni avalúos, ni llamada a constatar la tradición del inmueble fideicomitido, pues si bien le era posible adelantar estas labores, el tribunal entiende que dadas las circunstancias, la reelaboración de las mencionadas tareas excedía la diligencia normal que razonablemente podría exigírsele, toda vez que otra entidad experta y profesional le aseguró —con el texto del certificado— haberlas ya efectuado. No hay por ende reproche que formularle a la actora. En conclusión, a juicio del tribunal, Leasing Mundial no incurrió en los errores de conducta que le endilga la demandada.

De todo lo anterior se desprende que Fiduciaria FES no ha tenido éxito en ninguna de las tres vías planteadas para desvirtuar la existencia del vínculo de causalidad entre el incumplimiento culposo de sus obligaciones y el daño sufrido por Leasing Mundial.

#### 2.4. La existencia del daño

Según lo explicado en este laudo, Leasing Mundial otorgó un crédito a Auto Seúl Cobautos que fue respaldado con la firma de otros codeudores, pero que fue concedido y desembolsado, sobre todo, por el ofrecimiento de una fiducia de garantía plasmada en un certificado de garantía fiduciaria expedido por Fiduciaria FES.

El fideicomitente (Auto Seúl Cobautos) incumplió las obligaciones de pago, tanto de principal como de intereses, asumidas ante Leasing Mundial, razón por la cual esta solicitó de la mencionada fiduciaria iniciar el procedimiento contractual establecido para hacer efectiva la garantía constituida.

De acuerdo con las consideraciones precedentes del tribunal, ha quedado establecido que Leasing Mundial, beneficiario del certificado de garantía fiduciaria 000294, no pudo hacer efectiva tal garantía, porque el patrimonio autónomo no llegó a quedar constituido —por falta de tradición del inmueble fideicomitido— con lo que la fiduciaria compromete su responsabilidad personal, por incumplimiento culposo de sus deberes indelegables, en particular por su falta de diligencia en obtener o en verificar que se obtuviera la inscripción

de la escritura pública contentiva del negocio fiduciario en el Registro de Instrumentos públicos correspondiente.

Así las cosas, el incumplimiento imputable a la fiduciaria privó a la demandante de su garantía fundamental, impidiéndole hacer efectivo sobre ella el crédito de que es titular, lo que, obviamente, constituye un demérito patrimonial que debe serle resarcido, para lo cual deben hacerse las siguientes precisiones:

Ante todo debe recordarse que la indemnización debe ser completa y para ello debe colocarse al acreedor-demandante en la misma situación en que se hubiera encontrado de no haber incumplido sus obligaciones el deudor.

En nuestro caso, de haber obrado Fidufes con diligencia y acuciosidad, se habría logrado la tradición del inmueble fideicomitado, es decir, la adecuada y válida constitución del patrimonio autónomo de garantía. De ser ello así, Leasing Mundial —ante el no pago de las obligaciones de Auto Seúl Cobautos— hubiere puesto en movimiento el procedimiento contractual establecido para la efectividad de la garantía, el cual hubiere culminado con la venta del inmueble, con cuyo producto hubiere sido satisfecho el crédito de la demandante, o con la entrega a esta, a título de dación en pago, del predio, en el evento de que no se presentaren compradores interesados.

### 3. Otras defensas de la demandada

#### 3.1. Abuso del derecho

Los planteamientos de la demandada sobre este punto no son de fácil comprensión, pues están presentados en forma ambigua. Comienza por endilgarle a Leasing Mundial el hacer uso de la cláusula compromisoria pactada en el contrato de Fiducia, por ser un tercero en esa relación, olvidando Fidufes que en el contrato, redactado por ella misma, se estipuló expresamente la cláusula Arbitral en favor de los beneficiarios de los certificados de garantía.

Luego le reprocha a la actora el haber elegido exclusivamente a Fidufes para instaurar contra ella las acciones que ha ejercitado, absteniéndose de demandar a los codeudores de Auto Seúl Cobautos, que suscribieron el pagaré para respaldar las obligaciones de esta última frente a Leasing Mundial, y renunciando también a perseguir la satisfacción de su crédito dentro del concordato del deudor principal. Esto, a juicio de la fiduciaria constituye abuso de litigar, abandono de los deberes procesales, así como un despropósito y un atentado a los principios de buena fe.

No puede el tribunal estar en mayor desacuerdo con esta posición de la parte demandada, por las razones sucintas que se exponen a continuación:

- Para que exista el abuso del derecho se requiere, según la jurisprudencia y la doctrina analizar la intención del titular del derecho para ver de precisar, sobre este plano subjetivo, si el móvil determinante de aquel, fue el causar daño, en cuyo caso incurrirá en ejercicio abusivo del derecho. O deberá apreciarse si el mencionado titular obró con interés serio y legítimo, esto es, buscando el fin económico y social a que normalmente está dirigido el derecho de que se trate y de no haber obrado con ese interés, se considerará que actuó sin un propósito importante, razonable y genuino, de manera que si con ello causa perjuicios a terceros, habrá incurrido en un hecho ilícito generador de responsabilidad civil.
- Por lo anterior se ha dicho que es abusivo todo acto que, por sus móviles o por su fin, es opuesto a la destinación y/o la función del derecho que se ejerce, lo cual ocurrirá cuando se haga de manera excesiva, inoportuna, innecesaria o con un propósito desviado.
- Es claro que Leasing Mundial tenía la facultad de diseñar su estrategia jurídica para determinar en qué forma haría efectivo su derecho de crédito, pudiendo escoger entre varias

alternativas: perseguir al deudor principal dentro del trámite concordatorio; demandar a sus codeudores o ejercer una acción indemnizatoria contra Fidufes. Cualquiera de esas vías era jurídicamente posible y legítima, de suerte que la escogencia de una de ellas no puede ser vista como el ejercicio abusivo de una atribución jurídica.

- Nótese, por ejemplo, que entratándose de obligaciones solidarias, el artículo 1.571 del Código Civil, contempla expresamente una facultad similar otorgada al acreedor, quien “podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio ...”, lo que pone de manifiesto que el propio legislador considera como legítimo escoger a un solo deudor para perseguir frente a él la satisfacción total del crédito, absteniéndose de demandar a los demás.
- Así las cosas, el acreedor que tiene diversas vías para lograr la efectividad de su derecho habrá de evaluar las perspectivas de éxito o fracaso y calcular los costos que en cada caso deberá incurrir, pudiendo escoger libremente la alternativa que más le convenga, sin que por ello pueda decirse que hace un ejercicio abusivo de su derecho.
- En consecuencia, la iniciación del presente proceso arbitral contra Fidufes es el desarrollo de una estrategia procesal y sustancial seria enderezada a lograr la satisfacción de un interés legítimo de Leasing Mundial.
- (Finalmente, siendo el abuso del derecho una aplicación específica de la responsabilidad civil —que busca la reparación de los perjuicios causados por la carencia de un interés serio y legítimo en el ejercicio de una atribución legal o contractual— su formulación en este caso no cabía como una defensa o excepción de la demandada, sino como una causa de contrademanda).

### 3.2. Petición antes de tiempo

Fidufes sostuvo en su escrito de contestación de la demanda que la demandante no tenía, al momento de iniciarse este proceso, interés para obrar, pues no existía un perjuicio actual y real que le otorgara interés jurídico para demandar. Se complementó este planteamiento con la excepción de petición antes de tiempo, en el sentido de que la parte actora, antes de invocar el incumplimiento de las obligaciones fiduciarias, “debía adelantar los procedimientos establecidos en el mismo contrato”, lo que debe entenderse como el desarrollo previsto para la venta o dación en pago del bien.

De lo explicado en este laudo se deduce claramente que Fidufes, por su comportamiento negligente, causó un daño a Leasing Mundial, daño que se cristalizó desde el momento mismo en que no logró constituirse válidamente el patrimonio autónomo de garantía, pues con ello privó a la actora del respaldo fundamental de su crédito, lo que de suyo constituye un demérito patrimonial que, en el curso de este proceso, quedó cuantificado. Luego Leasing Mundial sí tenía interés jurídico para demandar el resarcimiento.

Por lo demás, la excepción de petición antes de tiempo pierde toda connotación práctica por sustracción de materia, pues al no existir bien fideicomitado, sería inaudito hacer que se siga un procedimiento hipotético para su venta o dación en pago.

### 4. Objeción al dictamen pericial

En forma oportuna la parte demandada formuló objeción al dictamen pericial por considerar que había incurrido en error grave según escrito remitido vía fax y allegado en su original posteriormente (cdno. ppal. 1, fls. 313 a 320 y 326 a 329). Por ser la oportunidad para el efecto el tribunal se pronunciará en este laudo sobre dicha objeción analizando cada uno de los fundamentos del reproche.

1. Aduce el apoderado de Fiduciaria FES S.A., que los peritos aplicaron intereses de mora teniendo como fundamento las fechas de vencimiento del pagaré otorgado por Auto Seúl

Cobautos Ltda., sin que aquella se encontrara vinculada cartularmente al título valor, razón por la cual indica que no podrían extenderse una cláusula aceleratoria incorporada en un instrumento no suscrito por ella y que los perjuicios no podrían tener como supuesto matemático dicho pagaré.

Igualmente, sostiene el objetante que los intereses de mora solo pueden liquidarse a partir de la fecha de requerimiento para el pago o, en caso contrario, a partir de la fecha de la demanda arbitral.

Respecto de estos dos argumentos el tribunal acepta lo expuesto por los peritos con motivo de la respuesta a la solicitud de aclaración, en el sentido de que ellos se limitaron a atender el cuestionario propuesto por la parte actora dentro del cual se pedía efectuar la liquidación de la obligación consignada en el pagaré otorgado por Auto Seúl Cobautos Ltda., en favor de Leasing Mundial S.A.. Además, debe recordarse que para cuantificar el valor que habría recibido la actora, de haber podido hacer efectiva la garantía, es menester liquidar el crédito a cargo del deudor principal —Auto Seúl Cobautos, según lo estipulado en el pagaré— como expresamente lo ordena el certificado de garantía fiduciaria. Por tanto, lo anterior no significa que se considere a la fiduciaria como obligada cartular, como equivocadamente lo afirma su apoderado, pues ha de reconocerse que esta no está obligada a responder por los derechos incorporados en el título valor suscrito por Auto Seúl Cobautos, toda vez que la fiduciaria no tiene el carácter de codeudora, ni avalista ni fiadora de Auto Seúl Cobautos, de manera que no puede considerarse como obligada principal ni subsidiaria frente a Leasing Mundial, pues la responsabilidad de la demandada no se deriva del contrato de préstamo, ni del pagaré mismo, sino del hecho ilícito consistente en la violación de sus deberes legales y contractuales.

Respecto de la generación de los intereses de mora, a partir de la presentación de la demanda, el tribunal establecerá que dado el carácter constitutivo del laudo no hay lugar ni a la constitución en mora ni a la causación de tales intereses durante el trámite del proceso arbitral.

2. Sostiene el apoderado de la parte demandada que existe error grave cuando los peritos liquidan intereses sobre intereses generando anatocismo. En este aspecto el tribunal encuentra que la objeción sería procedente pero inane para los efectos de este proceso, toda vez que no tendrá en cuenta dicho cálculo para fijar las condenas consecuenciales de la declaratoria de responsabilidad por lo expuesto anteriormente.

3. No comprende el tribunal la objeción acerca del desplazamiento de las tasas de interés “de un mes respecto del período liquidado”. No obstante, el tribunal reitera que en la condena solo se tuvo en cuenta la liquidación presentada por los peritos para liquidar el crédito de Auto Seúl Cobautos hasta el momento en que probablemente se hubiere hecho efectiva la garantía.

4. Formula objeción el apoderado de Fiduciaria FES S.A., porque los peritos liquidaron el capital y los intereses moratorios sobre los honorarios causados en favor del apoderado de la parte actora.

Al respecto el tribunal precisa que los peritos, quizás con excesiva rigidez, se limitaron a atender un cuestionario, con el que la demandante pretendía derivar unas consecuencias, el cual exigía tomar como fundamento de la liquidación solicitada el Pagaré otorgado por Auto Seúl Cobautos Ltda., en favor de Leasing Mundial S.A., y cuyo texto consagraba la generación de los conceptos mencionados. La prosperidad o no de esa aspiración es un asunto que queda deferido al administrador de justicia pero en todo caso la demanda no se



extendió a dichos conceptos salvo en lo que tiene que ver con las costas judiciales que incluyen la fijación de agencias en derecho, lo cual es un asunto distinto.

Por las razones expuestas el tribunal declarará probada la objeción por error grave únicamente en lo que tiene que ver con la liquidación de intereses sobre intereses pero advirtiendo que esta declaratoria no tiene efecto alguno en la decisión de fondo ni en las condenas correlativas porque el tribunal fundó su fallo en otros motivos distintos a la liquidación del pagaré, la cual solo se trajo a colación como consecuencia de lo previsto en el certificado de garantía para la determinación del monto del crédito hasta el momento en que, como se indicó, probablemente se hubiera hecho efectiva la garantía.

#### 5. Cuantificación del perjuicio

Se había señalado que el procedimiento contractual previsto para la efectividad de la garantía hubiera culminado con la venta del inmueble, con cuyo producto hubiese sido satisfecho el crédito de la demandante, o con la entrega a esta, a título de dación en pago, del predio, en el evento de que no se presentaren compradores interesados.

Esta última alternativa desapareció al no haberse hecho la tradición del inmueble a la fiduciaria, de modo que la única forma de reparar los daños sufridos por la actora es la indemnización por equivalencia. La indemnización tendrá, entonces, el carácter de compensatoria de la prestación inejecutada. Y habrá de serlo por la totalidad de la misma puesto que no hubo en la realidad negocial ni un principio de eficacia en la garantía, no obstante estar anunciada en el certificado expedido el 11 de abril de 1995.

El perjuicio sufrido es cierto, y directo, y consistió en no disponer Leasing Mundial S.A., como beneficiaria de la fiducia, del respaldo que esperaba para su crédito, consistente en un bien que vendría a ser la fuente de pago con el producto de su venta o con la entrega misma de él a título de dación en pago. El perjuicio no tuvo carácter eventual como lo propuso Fidufes en su defensa porque evidentemente se produjo, como atrás se explicó, al no contar el beneficiario con la garantía, en razón de la culpa de la fiduciaria. Y así como habría podido resultar imposible para Leasing Mundial S.A., beneficiarse de la garantía por una opinión o una doctrina de autoridad, habría podido también resultar plenamente eficaz por la venta del bien, o por su oportuna dación en pago, o también porque un concepto o una doctrina sostuviera la tesis más generalizada de la plena autonomía del patrimonio fiduciario.

Lo verdaderamente relevante es que el beneficiario no tuvo garantía, ni buena ni mala, por la culpa de la fiduciaria.

Es de anotar que resulta indiferente la consideración del valor futuro del bien constitutivo de la garantía, porque no cabe aquí la analogía con la regla que permite aligerar la responsabilidad del deudor por pérdida de la cosa debida estando en mora cuando logra probar que la cosa hubiera igualmente perecido en manos del acreedor. Y no cabe analogía porque son cosas bien distintas la culpa que impidió un resultado (cuyo valor futuro para el acreedor está más allá del contrato) y el caso fortuito que produjo la pérdida de la cosa que era el resultado mismo, pérdida fatal, de carácter absoluto, originada en acontecimientos ajenos por entero a la conducta de las partes del contrato.

De otra parte el perjuicio sufrido fue previsible al tiempo del contrato. Para todo acreedor, pero especialmente para profesionales especializados en crédito y en garantías como las partes de este proceso, es claro que si falla la garantía queda descubierto el crédito y puede perderse. Así, la razón de ser de la garantía que se buscaba con la expedición del certificado fiduciario no fue otra que evitar el perjuicio de perder el dinero prestado y esa sencilla

consideración, sin necesidad de mayor análisis, hace ostensible la previsibilidad del perjuicio sufrido.

El daño emergente es, pues, la falta del bien que debió quedar afectado con la garantía, o su equivalente en dinero en razón de tener la indemnización de que se trata el carácter de compensatoria total, y ello en la proporción correspondiente.

Muy difícil imaginar la suerte en las ofertas de venta del bien que debía constituir el patrimonio autónomo. De hecho hubo ofertas sin éxito mediante avisos de prensa los días 16 de diciembre de 1995, 14, 15 y 16 de enero de 1996 y 17 y 18 de febrero de 1996. Puede argumentarse que la época, o las características del inmueble, contribuían al fracaso de la promoción comercial del mismo; pero también que quizás por otros medios, o con otra diligencia, el resultado hubiera podido ser diferente. Pero ... ¿cuándo? ¿a un precio alto? ¿de contado? Estas incógnitas llevan al tribunal a descartar por imposibilidad de recorrerlo, el camino de fundar la estimación del perjuicio en lo que hubiera sido el resultado de la venta del bien. Le queda el otro, que cuenta con un razonable itinerario o cronograma determinado en el propio contrato fiduciario, en virtud del cual, de no ser posible la venta del bien a los precios rebajados en escala, después de cierto tiempo debía procederse a la dación en pago a los beneficiarios de los certificados de garantía, por el 70% de su valor. Por lo demás esta hipótesis, a juicio del tribunal, no habría sido remota dadas las características especiales del inmueble y el ambiente de receso general que vive la economía del país desde la época del contrato.

De conformidad con la cláusula décima del contrato, de no haberse frustrado la garantía por la culpa de Fidufes la dación en pago a los beneficiarios se habría realizado ciento veinte días después de la publicación del aviso de oferta del bien en venta, esto es, se habría realizado el 16 de abril de 1996. En esta fecha el bien habría pasado a ser propiedad de Leasing Mundial S.A., a título de dación en pago, en la proporción correspondiente.

El certificado de garantía previó que el pago de las obligaciones garantizadas debía hacerse según los “títulos valores que soporten las obligaciones contraídas por el fideicomitente frente al beneficiario de este certificado, bien sea por el pago directo de la obligación o, en su defecto, por la realización o dación en pago de los bienes que conforman el patrimonio autónomo ...”. Por tanto para establecer el monto de la obligación cuya cancelación se habría hecho mediante la dación en pago, debe acudirse al pagaré otorgado el 11 de abril de 1995. En este se lee que “por mora pagaremos intereses a la tasa máxima que permitan las autoridades monetarias” y que “en caso de incumplimiento de una o más cuotas de amortización de capital o de intereses o de que exista acción judicial contra alguno de los que nos obligamos, quedaremos de pleno derecho constituidos en mora por el saldo de la deuda y se entenderá extinguido el plazo fijado para el pago de la totalidad de la acreencia ...”.

Así las cosas, para efectos de la dación en pago el valor de la deuda a cargo de Auto Seúl Cobautos, garantizada por el certificado de fiducia, habría sido la suma de las siguientes partidas:

- \$ 236.182.033 por saldo de capital al 4 de agosto de 1996, fecha de pago de la tercera cuota, última que se cubrió;
- \$ 8.746.451 por intereses de mora sobre el saldo de capital; en 26 días (ago. 4 a ago. 30/95) a la tasa efectiva anual del 65.22%, aplicable según Resolución 2573 de 1995 de la (\*)Superintendencia Bancaria (4.2730% por mes en cálculo de tasas efectivas);
- \$ 19.749.542 por intereses de mora sobre el saldo de capital, en 60 días (sep. 1° a oct. 30/95) a la tasa efectiva anual del 63.48%, aplicable según Resolución 3171 de 1995 de la

Superintendencia Bancaria (4.1810% por mes en cálculo de tasas efectivas);

— \$ 20.124.599 por intereses de mora sobre el saldo de capital, en 60 días (nov. 1° a dic. 30/95) a la tasa efectiva anual del 64.98%, aplicable según Resolución 314 de 1996 de la Superintendencia Bancaria (4.2604% por mes en cálculo de tasas efectivas);

— \$ 20.295.594 por intereses de mora sobre el saldo de capital, en 60 días (ene. 1° a feb. 29/96) a la tasa efectiva anual del 65.67%, aplicable según Resolución 844 de 1996 de la Superintendencia Bancaria (4.2966% por mes en cálculo de tasas efectivas);

— \$ 15.772.173 por intereses de mora sobre el saldo de capital, en 46 días (mar. 1° a abr. 16/96, fecha de la dación ficta) a la tasa efectiva anual del 66.79%, aplicable según Resolución 1128 de 1996 de la Superintendencia Bancaria (4.3552% por mes en cálculo de tasas efectivas).

— El total es de \$ 320.870.392.

Esta suma de \$ 320.870.392, por la cual Fidufes habría hecho dación en pago a Leasing Mundial S.A., como beneficiaria de la fiducia, debe ser, entonces, el monto de la indemnización compensatoria que debe decretarse a cargo de aquella por haber frustrado con su conducta culposa la eficacia de la garantía fiduciaria, constituida precisamente para seguridad del crédito otorgado.

Por lo demás, dentro del sustento probatorio del proceso y las cláusulas del contrato de fiducia, la suma indicada es inferior al 70% del avalúo del bien que sirvió de base para la expedición del certificado (\$ 780.000.000), como inferior también al máximo asumido como responsabilidad de garantía por Fidufes (\$ 390.000.000).

El tribunal estima conveniente repetir aquí la razón por la cual debe tomar el avalúo que sirvió de base para la expedición del certificado. Es innegable que el derecho del beneficiario de un certificado fiduciario de garantía se apoya en el valor del bien fideicomitado pues constituye su fuente de pago —por venta o por dación— y ese valor no es otro para él que el que origina y soporta el certificado. El tribunal no cuenta con ningún medio de prueba para determinar cuál de los tres avalúos que obran en el expediente (jul. 29/94 por \$ 307.800.000, feb. 24/95 por \$ 718.200.000 y oct. 10/95 por \$ 128.250.000) es el correcto, y por qué los otros no lo serían pues todos tienen igual valor probatorio; pero sí sabe que fue el segundo, realizado mes y medio antes de la expedición del certificado, el que tuvieron en cuenta y aceptaron las partes para esta expedición. La fiduciaria a través de una manifestación unilateral de voluntad expresó en el certificado que garantizaba el crédito del beneficiario hasta por \$ 390.000.000 y este aceptó la operación en el entendido de que ese valor correspondía a un avalúo serio, ponderado, realizado por un experto y verificado en su razonabilidad por la fiduciaria. Esa creencia legítima y de buena fe del beneficiario debe ser protegida por el derecho.

Dos consideraciones llevan al tribunal a abstenerse de decretar intereses o corrección monetaria de la suma mencionada, ambas basadas en la misma línea de pensamiento que ha seguido para estimar el daño, cual es la de buscar la reposición de la garantía por equivalencia. En primer lugar el hecho de que el bien con que se hubiera cumplido la dación es de aquellos cuya valorización es muy dudosa, quizá negativa, en razón de sus características especiales, resaltadas en los avalúos realizados con frases como las siguientes, ya transcritas en páginas anteriores: “Este régimen (el del acuerdo 10/82) ... en la práctica trajo como consecuencia un congelamiento real de los precios comerciales, afectando negativamente el patrimonio de los propietarios de los inmuebles afectados por la norma ...”; “Su valorización (la del predio) es negativa ...”; “El acuerdo 10 de 1982 ...

prohíbe la explotación comercial de la finca ...”; “El acuerdo 10 de 1982 lo que hizo fue congelar realmente el predio ...”; “Su comerciabilidad es muy limitada ...”; “... el valor comercial dado puede tender a disminuir ...”. Y en segundo lugar porque nada permite concluir que las oscilaciones de los precios de los avalúos, conocidas suficientemente por las partes, no se hubieran presentado en el futuro, lo que hace imposible determinar o proyectar una tasa de valorización, que sería el efecto que por equivalencia vendría a tener la corrección monetaria o los intereses. En estas circunstancias decretar lucro cesante o corrección monetaria significaría un enriquecimiento sin suficiente causa para la actora, que el tribunal desde luego no puede propiciar.

Tampoco se accede a la petición de reconocer intereses moratorios. desde la presentación de la demanda por la naturaleza constitutiva del presente laudo, como pasa a explicarse.

El tribunal ha encontrado que la pretensión principal de la parte actora, de la cual se deducirán las condenas consecuenciales, tiene el carácter de constitutiva —o declarativa constitutiva— y no de declarativa —o declarativa pura—, siguiendo la conocida clasificación que la doctrina ha hecho bien de las pretensiones o bien de las sentencias.

A este respecto el profesor Eduardo J. Couture(21) identifica las sentencias de mera declaración como aquellas “en las que no hay derechos conculcados ni violados” y como sentencias constitutivas como aquellas “que crean estados jurídicos nuevos, inexistentes antes de su emisión”, identificación en la cual coincide con Ricardo Reimundin para quien la pretensión de este tipo implica dirigirse al juez “para conseguir la constitución de un estado jurídico nuevo”(22) y entre nosotros con Hernando Devis Echandía quien indica que con la acción de declaración constitutiva “se persigue la declaración, por medio de la sentencia, de la constitución, extinción o modificación de un estado jurídico, por haber ocurrido los hechos que, de acuerdo con la ley, deben producir esos precisos efectos jurídicos”(23).

En el caso sub judice, ante la inexistencia del patrimonio autónomo y la falta de eficacia de la garantía fiduciaria 00294 como tal, solamente hasta el presente fallo se ha establecido la responsabilidad civil de Fiduciaria FES S.A., que origina la constitución de una relación jurídica obligacional a cargo de esta y en favor de Leasing Mundial S.A. El tribunal no está definiendo el alcance y contenido de una situación jurídica preexistente respecto de la cual había incertidumbre —que sería propio de una sentencia declarativa— sino que está creando una relación jurídica nueva al establecer que Fiduciaria FES S.A., es civilmente responsable. En este sentido pertinente resultar traer a colación la distinción que al respecto hace Luis Loreto: “La sentencia declarativa tiene por función reconocer la existencia o inexistencia de situaciones de derecho (y en algunos casos de hecho) surgidas antes del proceso. La sentencia constitutiva, por el contrario, tiene por función determinar lo que debe ser. En aquella el juez tiene una misión declarativa de relaciones preexistentes; en esta su misión es esencialmente creadora de situaciones nuevas por medio de la sentencia (*ferendae sententiae*). En la primera el juez constata y fija con certeza jurídica los efectos de hecho ya producidos por el acaecer histórico dentro del orden del derecho objetivo; en la segunda, sus determinaciones concretas son fuentes originarias de situaciones nuevas”(24).

La posición contractual de Fiduciaria FES S.A., ante la inexistencia del patrimonio autónomo y su misma responsabilidad había estado cuestionada hasta este fallo, el cual la ha deducido hasta ahora; al decir del profesor Loreto este laudo ha determinado “lo que debe ser”, esto es, la responsabilidad civil que debe asumir la demandada y sus consecuencias indemnizatorias.

Por esta razón el tribunal no considerará que la demanda tuvo el efecto de constituir en mora a la parte demandada porque la pretensión principal hasta ahora tiene reconocimiento judicial y por ello no se liquidarán intereses sobre las sumas objeto de las pretensiones consecuenciales de condena, a partir de la presentación del libelo, como lo solicita la parte actora.

#### 6. Costas

Al haber prosperado las pretensiones, como se declarará en la parte resolutive, se condenará a la parte demandada al pago de las costas del presente proceso (CPC., art. 392, num. 1°), así:

##### A. Gastos efectuados por la parte beneficiada con la condena:

1	El 50% de las sumas señaladas en el auto proferido en audiencia de instalación del tribunal que tuvo lugar el 7 de octubre de 1996	\$ 9.627.750
2	El 100% de las sumas señaladas en el auto proferido en audiencia que tuvo lugar el 21 de enero de 1997	\$ 2.225.300
3	Las sumas canceladas con motivo del dictamen pericial:	
—	Honorarios de los peritos (fls. 291, 305 y 306)	500.000
—	Gastos pericia (fls. 291, 305 y 306)	105.000
	Subtotal	\$ 12.458.050

No obstante, de este monto deberán descontarse las sumas que el tribunal devolverá directamente a la parte demandante, por concepto de la porción no utilizada de la partida “protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, lo cual se determinará en la liquidación final de gastos que elaborará al presidente.

##### B. Agencias en derecho

El tribunal fija su valor en la suma de cuatro millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil pesos (\$ 4.455.000) moneda corriente.

##### C. Total costas \$ 16.458.050

##### D. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto este Tribunal de Arbitramento administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

##### RESUELVE:

1. Declarar probada la objeción por error grave formulada al dictamen pericial por la parte demandada, únicamente en lo que tiene que ver con la liquidación de intereses sobre intereses a que se refiere el numeral 3° del escrito de objeciones.
2. Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.
3. Declarar que el certificado de garantía fiduciaria 000294 expedido por Fiduciaria FES S.A., y cuyo beneficiario es Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial existe y es eficaz en cuanto obliga personalmente a la demandada.
4. Declarar que Fiduciaria FES S.A., es civilmente responsable frente a Leasing Mundial S.A. Compañía de Financiamiento Comercial por los perjuicios que le irrogó con la expedición del certificado de garantía fiduciaria 000294 sin que existiera patrimonio autónomo que lo sustentara.
5. Denegar la pretensión de tener por constituida en mora a Fiduciaria FES S.A., de pagar las obligaciones a que se refieren las pretensiones 1° y 2° de la demanda, con la presentación de la misma.

6. Condenar a la parte demandada, Fiduciaria FES S.A., a pagar a Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la suma de trescientos veinte millones ochocientos setenta mil trescientos noventa y un pesos (\$ 320.870.391) moneda corriente por concepto de daño emergente, como Indemnización compensatoria por el perjuicio causado.
7. Denegar la solicitud de condena a la parte demandada, Fiduciaria FES S.A., al pago de intereses de mora a que se refieren los numerales 20 y 30 de la pretensión cuarta de la demanda, con excepción de los correspondientes al crédito garantizado con el certificado fiduciario 000294, los cuales fueron liquidados hasta el 16 de abril de 1996 y cuyo valor se encuentra incluido dentro del monto de la condena de que trata el numeral anterior.
8. Condenar a la parte demandada, Fiduciaria FES S.A., a pagar a Leasing Mundial S.A., Compañía de Financiamiento Comercial, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, la suma de dieciséis millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil cincuenta pesos (\$ 16.458.050) moneda corriente por concepto de costas causadas en el presente proceso, según liquidación anteriormente efectuada.
9. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.
10. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros” a las partes, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.  
Notifíquese.