

Laudo Arbitral

Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación,

v.

Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda.

Agosto 23 de 2001

Tribunal de arbitramento

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil uno (2001).

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, contra Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda.

I. Antecedentes

1. Trámite prearbitral; integración del tribunal e instalación

1.1. Solicitud de convocatoria: Presentación, admisión, traslado. Contestación

Mediante escrito presentado el día quince (15) de junio de dos mil (2000), ante el Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por conducto de apoderado judicial (fls. 1 al 9 del cdno. ppal.), solicitó la convocatoria de este tribunal la sociedad Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, a quien en este laudo se la designará por su razón social o por su posición procesal de parte actora o convocante.

La mencionada solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento fue inadmitida por el director del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante auto del 16 de junio de 2000, notificado por estado el día 21 del mismo mes y año (fls. 14 y 15 del cdno. ppal.), porque encontró que la misma no reunía los requisitos establecidos en los artículos 75 y 84 del Código de Procedimiento Civil, fijando un término de cinco (5) días para subsanar las deficiencias señaladas en la misma providencia.

El apoderado de la parte convocante, mediante escrito radicado el 29 de junio de 2000 (fl. 16 del cdno. ppal.), subsanó las referidas deficiencias, y la solicitud de convocatoria fue en consecuencia admitida por el director del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante providencia del cuatro (4) de julio de dos mil (2000), obrante a folios 18 y 19 del cuaderno principal. Posteriormente se notificó personalmente de la misma a las personas naturales y a la sociedad convocadas Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda. (fl. 19 vto. cdno. ppal.), a quienes en este laudo se las designará por su nombre o razón social o por su posición procesal, como integrantes de la parte convocada, y se corrió el traslado de ley por el término de diez (10) días.

Oportunamente, la convocada Martha Patricia Giraldo, por conducto de apoderada especial, dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el doce (12) de septiembre de dos mil (2000) —fls. 30 al 35, cdno. ppal.—, en el cual afirma ser ciertos los hechos 1º y 2º, haciendo algunas aclaraciones y precisiones respecto de los mismos, manifiesta que inexplicablemente no se menciona el hecho 3º y que desconoce su finalidad, niega el hecho 4º y, en relación con el hecho 5º niega que sea un hecho y expresa que es una consideración subjetiva, finalizando con la proposición de varias excepciones de mérito.

A su turno, el señor Rafael Bonilla Romero, obrando en nombre propio y en nombre y representación de la sociedad Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda., por conducto de la misma apoderada especial, oportunamente dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito presentado el diecinueve (19) de octubre de dos mil (2000) —fls. 40 al 45, cdno. ppal.—, en el cual afirma ser ciertos los hechos 1º y 2º, haciendo algunas aclaraciones y precisiones respecto de los mismos, manifiesta que

inexplicablemente no se menciona el hecho 3º y que desconoce su finalidad, niega el hecho 4º y, en relación con el hecho 5º niega que sea un hecho y expresa que es una consideración subjetiva, finalizando con la proposición de varias excepciones de mérito.

## 1.2. Audiencia de conciliación extraprocésal

Según acta que obra en el cuaderno principal, folios 52 y 53, el catorce (14) de noviembre de 2000 se llevó a cabo la audiencia de conciliación extraprocésal, presidida por el doctor Oscar Manuel Gaitán Sánchez, abogado del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con la asistencia de los señores Fabio Guillermo León León, en su calidad de liquidador y representante legal de la sociedad Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación; su apoderado el doctor Daniel Contreras Rubiano; Rafael Bonilla Romero, actuando en nombre propio y en su calidad de representante legal de la sociedad Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda. y Martha Patricia Giraldo, ambos con su apoderada la doctora María Eugenia Gallo de Cárdenas, haciéndose constar en dicha acta la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

## 1.3. Integración del tribunal; instalación; pago de gastos y honorarios

Fueron designados como árbitros por la junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, en sorteo público realizado por el centro de arbitraje y conciliación el día 21 de noviembre de 2000, como principales los doctores Daniel Suárez Hernández, David Fernando Varela Sánchez y Juan Carlos Varón Palomino, y como suplentes los doctores Álvaro Isaza Upegui, Pablo Cárdenas Pérez y Jesús Vallejo Mejía. El director del centro de arbitraje informó a los nombrados su designación, recibiendo respuesta de los doctores Daniel Suárez Hernández y Juan Carlos Varón Palomino, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal. Dado que el doctor David Fernando Varela Sánchez no hizo manifestación alguna en torno de su nombramiento, el centro de arbitraje y conciliación dispuso la notificación al primer suplente numérico, doctor Álvaro Isaza Upegui, quien oportunamente aceptó la designación, quedando así integrado el tribunal de arbitramento.

Previos los trámites de rigor, el tribunal se instaló el día ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001), en audiencia realizada en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme consta en el acta 1, obrante en los folios 74 a 76 del cuaderno principal; en dicha audiencia fue nombrado como presidente el doctor Juan Carlos Varón Palomino, quien aceptó el cargo, y como secretaria a la doctora Anne Marie Mürrle, quien posteriormente fue notificada, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo (acta 2, que obra en los fls. 85 y 86 del cdno. ppal.). El tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la calle 72 7-82, piso 8º, de la ciudad de Bogotá, D.C.

Mediante auto 1 de fecha ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001) (fls. 74 a 76, cdno. ppal.), se fijaron los honorarios de los árbitros, los de la secretaria y los gastos de administración del tribunal.

Oportunamente las partes convocante y convocada entregaron al presidente del tribunal las sumas de dinero a su cargo que se señalaron durante la audiencia de instalación por concepto de honorarios de los integrantes del tribunal y gastos de funcionamiento del mismo así como del IVA que se causa sobre los gastos de administración y funcionamiento a favor del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y sobre los honorarios fijados a favor de los árbitros.

La actuación surtida en desarrollo del proceso arbitral se recoge en dos cuadernos, uno principal y otro de pruebas.

## 2. Pacto arbitral

El pacto arbitral que da origen a este proceso se encuentra en el artículo trigésimo del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración y comodato precario, celebrado entre la convocante Sociedad Fiduciaria del Tolima S.A., Fidutolima, y los convocados, Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo López y Martha Patricia Giraldo y Compañía Limitada, MPG y Cía. Ltda., recogido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) del Círculo de Bogotá, fotocopia auténtica de la cual obra en los folios 1 y siguientes del cuaderno de pruebas, estipulación del siguiente tenor:

“Artículo trigésimo. Tribunal de arbitramento. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C., integrado por tres (3) árbitros que decidirán en derecho y que funcionará en Santafé de Bogotá, D.C. en el centro de arbitraje y conciliación mercantil de la Cámara de Comercio”.

### **3. Trámite arbitral**

#### **3.1. Primera audiencia de trámite**

La primera audiencia de trámite se celebró el treinta (30) de abril de dos mil uno (2001), oportunidad esta en la que el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración y resolvió respecto de las pruebas solicitadas por las partes, como quedó consignado en los autos respectivos que fueron proferidos en desarrollo de la mencionada audiencia.

#### **3.2. Pruebas documentales e interrogatorio de parte del liquidador de Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación**

Dentro del proceso se tuvieron como pruebas, con el valor que les asigna la ley, centro de arbitraje y conciliación los documentos anexos a la solicitud de convocatoria, relacionados en los folios 6 y 7 del cuaderno principal, y el documento mencionado en la contestación de la solicitud de convocatoria, relacionado en el folio 35 del cuaderno principal.

El tribunal de arbitramento decretó el interrogatorio de parte del liquidador de la sociedad Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, solicitado por la parte convocada, el cual se llevó a cabo el día 23 de mayo de 2001 (acta 5), en la sede del tribunal. En desarrollo de la diligencia, el interrogado solicitó se suspendieran algunas preguntas, que constan en la mencionada acta, formuladas por la apoderada de la parte convocada y por el tribunal, a efectos de consultar documentos necesarios para dar su respuesta; el tribunal accedió a la solicitud del declarante y autorizó que la respuesta a las preguntas suspendidas se diera por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la mencionada audiencia, adjuntando los correspondientes documentos de soporte. Dicha respuesta fue presentada ante la secretaría del tribunal junto con diversos documentos anexos de soporte, dentro del término concedido para el efecto, y de la misma se dio traslado el día 4 de junio de 2001 sin que dentro de esa oportunidad la parte convocada se pronunciara en forma alguna sobre tal respuesta o sus documentos anexos; así mismo, la declaración antes mencionada fue grabada y su transcripción escrita puesta a disposición de las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, sin que ninguna de las partes hiciera ante el tribunal pronunciamiento alguno.

Así mismo, mediante auto dictado el tres (3) de julio de 2001 (acta 6) el tribunal de arbitramento ordenó anexar al expediente los memoriales y los documentos anexos a los mismos que fueron presentados en desarrollo de la audiencia de alegatos de conclusión y advirtió que los documentos así acompañados se apreciarían en la oportunidad correspondiente de conformidad con el valor que la ley les asigna, como se indica en el numeral siguiente.

Ninguno de los documentos que fueron oportunamente aportados por las partes al expediente como prueba documental fue objetado o tachado de falso.

#### **3.3. Documentos aportados en la audiencia de alegatos de conclusión**

Como se indicó anteriormente, dentro de la audiencia de alegatos de conclusión, que se llevó a cabo el día 3 de julio de 2001, se entregaron al tribunal los resúmenes escritos de las alegaciones finales de las partes, junto con los cuales se acompañaron varios documentos como anexos. Con todo, los documentos así incorporados al expediente no pueden ser tenidos por el tribunal como prueba documental en este proceso arbitral, toda vez que fueron aportados con posterioridad al cierre del período probatorio, que culminó con el interrogatorio de parte del liquidador de Fiduciaria del Tolima S.A. realizado el día 23 de mayo de 2001 y la subsiguiente presentación de la respuesta escrita dada por este a las preguntas que en esa diligencia quedaron suspendidas, y por lo mismo sobre los documentos arriba mencionados no operó el principio de contradicción de la prueba.

#### **3.4. Audiencia de conciliación procesal y alegatos de conclusión**

Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante auto dictado el día veintitrés (23) de mayo de dos mil uno (2001) (acta 5, que obra en los fls. 104 y 105 del cdno. ppal.), se citó a las partes para una audiencia de conciliación, a continuación de la cual, en caso de no llegarse aun acuerdo, se presentarían los alegatos de conclusión. Dicha audiencia se llevó a cabo el día tres (3) de julio de dos mil uno (2001), con asistencia de los señores Fabio Guillermo León León, liquidador de la sociedad Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, su apoderado doctor Daniel Contreras Rubiano, y Rafael Bonilla Romero. Durante la audiencia las partes fueron instadas por este tribunal a conciliar sus diferencias y explorar fórmulas de arreglo, resultando fallido este intento de autocomposición del conflicto, como se dejó evidenciado en el acta 6, ante lo cual el tribunal dio por terminada la audiencia de conciliación, procedió a recepcionar los alegatos de conclusión y sus anexos, y fijó fecha y hora para la audiencia de fallo.

#### **4. Término de duración del proceso**

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite se realizó el día treinta (30) de abril de dos mil uno (2001), el término legal de seis (6) meses para proferir el laudo en este caso vence el treinta (30) de octubre de dos mil uno (2001).

Por tanto, se encuentra el tribunal dentro del termino legal para proferir el laudo.

#### **5. Apoderados**

La parte convocante acudió al proceso representada por apoderado judicial, abogado, cuya personería fue reconocida oportunamente. La parte convocada acudió al proceso representada por apoderada judicial, abogada, cuya personería fue también reconocida oportunamente.

#### **6. Presupuestos procesales**

Como quiera que están demostrados en el proceso la competencia del tribunal respecto de los asuntos materia del litigio, la capacidad para ser partes, respecto de las sociedades intervinientes su existencia y la debida representación legal, la capacidad para comparecer en juicio, así como el hecho de haber las partes comparecido por medio de apoderado judicial, y como la solicitud de convocatoria reúne los requisitos legales, corresponde examinar y decidir de fondo las cuestiones sometidas al tribunal, por no observarse causal alguna que invalide lo actuado.

### **II. Controversia sometida al tribunal**

#### **1. Síntesis de la solicitud de convocatoria**

##### **1.1. Las pretensiones de la solicitud de convocatoria**

Se transcriben textualmente y dicen así:

“Primero. Solicito que se decrete el incumplimiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, comodato precario suscrito mediante la escritura pública cuatrocientos cincuenta y ocho (458) del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., modificada y aclarada mediante la escritura pública número dos mil ciento dieciocho (2118) del diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., celebrado entre Fiduciaria del Tolima S.A. hoy en liquidación, como fiduciaria, y Rafael Bonilla, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Compañía Limitada MPG y Cía. Ltda. en calidad de fideicomitentes.

Segundo. Que como consecuencia de lo anterior y con base en la decisión emitida se decrete la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, comodato precario suscrito mediante la escritura pública cuatrocientos cincuenta y ocho (458) del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) otorgada en la Notaria Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., modificada y aclarada mediante la escritura pública dos mil ciento dieciocho (2118) del diecisiete (17) de julio de mil novecientos

noventa y seis (1996), otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., celebrado entre Fiduciaria del Tolima S.A. hoy en liquidación, como fiduciaria, y Rafael Bonilla, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Compañía Limitada, MPG y Cía. Ltda. en calidad de fideicomitentes.

Tercera. Que como consecuencia de todo lo anterior, se indemnicen los perjuicios causados los cuales estimamos en:

“Por el daño emergente y el lucro cesante la suma de ochocientos dieciocho mil cuatrocientos doce pesos (\$ 818.412) moneda corriente.

Los cuales se generaron por el incumplimiento de las obligaciones por parte de los fideicomitentes”.

En adición a lo anterior, se observa que en la parte final del acápite titulado “causal de terminación del contrato” (fl. 5, cdno. ppal.), la convocante hace expresa referencia a la mora en el pago de la remuneración por parte del fideicomitente de las comisiones entre los meses comprendidos entre el 30 de junio de 1998 a 16 de mayo de 2000, que se dice suman a la fecha siete millones cuarenta y un mil ochocientos noventa y un pesos (\$ 7.041.891) moneda legal colombiana, suma esta que el tribunal entiende forma parte integrante del petitum indemnizatorio incluido en la solicitud de convocatoria.

El alcance de la pretensión indemnizatoria que se menciona en el párrafo precedente es corroborado por la parte convocada, cuando en la contestación a la solicitud de convocatoria se refiere expresamente al cobro que la parte convocante hace de las facturas 1362 de fecha 30 de junio de 1998, 1376 de fecha 8 de septiembre de 1998, 1396 de fecha 28 de enero de 1999, 1448 de fecha 10 de junio 1999, así como de las cuentas de cobro sin número de fechas 14 de marzo de 2000 y 15 de mayo de 2000, entre otras, en relación con las cuales expresa diversas objeciones.

## 1.2. Los hechos de la solicitud de convocatoria

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los hechos planteados por la parte actora, que se transcriben textualmente y dicen así:

“Primero. La aquí demandante, Fiduciaria del Tolima S.A. en liquidación, en su calidad de fiduciaria, celebró con Rafael Bonilla, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Compañía Ltda., MPG y Cía. Ltda., en su condición de fideicomitentes, el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, comodato precario suscrito mediante la escritura pública cuatrocientos cincuenta y ocho (458) del veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996) otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., modificada y aclarada mediante la escritura pública dos mil ciento dieciocho (2118) del diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996, otorgada en la Notaria Treinta y Cinco (35) de Santafé de Bogotá, D.C., las cuales se anexan a la presente solicitud de convocatoria.

“Segundo. El objeto del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, comodato precario es el siguiente:

“... Los bienes fideicomitados, los que adquiriera el fideicomiso y el patrimonio autónomo que con ellos se forman se encuentran afectos a las siguientes finalidades:

1. A garantizar las obligaciones presentes y futuras que consten en cualquier clase de títulos, contraídas por el fideicomitente frente a los beneficiarios acreedores que el fideicomitente indique, mediante comunicación escrita dirigida al representante legal de Fidutolima y que hayan sido admitidos por Fidutolima en los términos del contrato.
2. A garantizar las obligaciones que contraiga el mismo fideicomiso en cumplimiento de la finalidad perseguida en el presente contrato.
3. A servir de fuente de pago de las obligaciones garantizadas por el fideicomiso, en el evento de que el fideicomitente no pague, a cuyo efecto se faculta a Fidutolima para que disponga las sumas de dinero entregadas

con tal finalidad o realice el bien fideicomitido y con el producto de este proceda a cancelar la obligación garantizada.

4. A realizar los actos de administración y disposición que sean conducentes sobre todo o parte del bien fideicomitido.

PAR.—Financiación. Fidutolima no asume, con ocasión de este contrato, ninguna obligación de financiar con recursos propios al fideicomitente o al fideicomiso.

“Cuarto. Ante el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de fiducia mercantil irrevocable por parte de los fideicomitentes y pese a los continuos requerimientos hechos por mi representada, según copias de las comunicaciones y del acta del comité fiduciario de fecha 30 de marzo del 2000, que se anexan a la presente solicitud de convocatoria, la sociedad Fiduciaria del Tolima S.A. en liquidación decidió iniciar los trámites judiciales pertinentes para solicitar el incumplimiento, terminación e indemnización de los perjuicios causados, teniendo en cuenta las obligaciones pactadas en el contrato de fiducia mercantil mencionado.

Quinto. El incumplimiento del contrato en mención ha causado perjuicios a la sociedad fiduciaria, quien me otorgó poder para iniciar los trámites judiciales”.

2. Síntesis de las contestaciones a la solicitud de convocatoria

2.1. Contestación de Martha Patricia Giraldo

2.1.1. A las pretensiones

Martha Patricia Giraldo se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la solicitud de convocatoria.

2.1.2. A los hechos

Martha Patricia Giraldo aceptó como ciertos los hechos 1º aclarando que nos encontramos frente a un contrato de adhesión en donde las condiciones se imponen por una de las partes, en este caso la actora, negocio jurídico que califica como leonino dadas las circunstancias como ha operado y 2º de la solicitud de convocatoria señalando respecto de este que ha sido la misma sociedad convocante la que ha incurrido en el incumplimiento de lo pactado con sus actuaciones irregulares contrarias a las finalidades propias de la fiducia negó el hecho 4º, manifestó que inexplicablemente no se menciona el hecho 3º y que desconoce su finalidad y expresó que el denominado hecho 5º no es un hecho y que se trata de una consideración subjetiva.

2.1.3. Las excepciones

Martha Patricia Giraldo propuso las siguientes cuatro excepciones de mérito: 1. Inexistencia de las causales invocadas para la terminación del contrato; 2. Incumplimiento del contrato por parte de la convocante; 3. Dolo y; 4. La genérica de que trata el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

2.2. Contestación de Rafael Bonilla Romero y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda.

2.2.1. A las pretensiones

Rafael Bonilla Romero y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda. se oponen a todas y cada una de las pretensiones de la solicitud de convocatoria.

2.2.2. A los hechos

Rafael Bonilla Romero y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda. aceptan como ciertos los hechos 1º y 2º de la solicitud de convocatoria, haciendo las mismas precisiones y aclaraciones planteadas en la contestación de Martha Patricia Giraldo, reseñadas en el numeral 2.1.2. precedente, niegan el hecho 4º, manifiestan inexplicablemente no se menciona el hecho 3º y que desconocen su finalidad y expresó que el denominado hecho 5º no es un hecho y que se trata de una consideración subjetiva.

### 2.2.3. Las excepciones

Rafael Bonilla Romero y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda. proponen las siguientes cuatro excepciones de mérito: 1. Inexistencia de las causales invocadas para la terminación del contrato; 2. Incumplimiento del contrato por parte de la convocante; 3. Dolo y, 4. La genérica de que trata el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Planteada en esos términos la *litis*, tramitado el presente proceso arbitral, sin que se aprecien motivos que ocasionen su nulidad, habiendo tenido ocurrencia las incidencias registradas en las seis (6) actas levantadas a lo largo del mismo, y cerradas las etapas probatoria y para alegar de conclusión, a continuación se exponen las motivaciones del presente laudo arbitral:

### III. Consideraciones del tribunal

#### 1. Naturaleza y características del contrato base de la acción

Teniendo en cuenta el carácter contractual de la controversia planteada, es preciso establecer en primer término lo relacionado con la naturaleza y régimen del contrato celebrado entre las partes de este proceso, así como identificar los aspectos relevantes del mismo, elementos estos que junto con los hechos acreditados dentro del proceso servirán de marco para el posterior examen de las pretensiones formuladas en la solicitud de convocatoria y de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada.

En tal sentido encuentra el tribunal que Fiduciaria del Tolima S.A. (hoy en liquidación), como fiduciaria, celebró con Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo López y Martha Patricia Giraldo y Compañía Limitada, MPG y Cía. Ltda., como fideicomitentes, un contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá (fl. 1 y ss. del cdno. pbas.). En ese público instrumento consta también la celebración, entre las mismas partes, de un segundo contrato, de comodato precario.

En virtud del referido contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, la parte fideicomitente transfirió a la fiduciaria, a título de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, un bien inmueble, descrito y alinderado en el artículo segundo, con el cual se formaría un patrimonio autónomo afecto a la finalidad del contrato. En el párrafo cuarto del mismo artículo segundo se hizo constar la entrega material del bien inmueble fideicomitado y su recepción por parte de Fidutolima, observándose además que la transferencia fiduciaria se perfeccionó mediante la inscripción del contrato en el folio de matrícula inmobiliaria 50C-324994 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, D.C., anotación 9 (fls. 44 y 45 del cdno. pbas.). Así mismo, en el párrafo quinto del artículo segundo consta que Fidutolima entregó a la parte fideicomitente la tenencia del bien inmueble fideicomitado, a título de comodato precario.

De acuerdo con el artículo sexto del contrato, los bienes fideicomitados, los que adquiera el fideicomiso y el patrimonio autónomo que con ellos se forma se encuentran afectos a las siguientes finalidades:

1. “A garantizar las obligaciones presentes y futuras que consten en cualquier clase de títulos, contraídas por el fideicomitente, frente a los beneficiarios acreedores que el fideicomitente indique mediante comunicación escrita dirigida al representante legal de Fidutolima y que hayan sido admitidos por Fidutolima en los términos de este contrato”.
2. “A garantizar las obligaciones que contraiga el mismo fideicomiso en cumplimiento de la finalidad perseguida en el presente contrato”.
3. “A servir de fuente de pago de las obligaciones garantizadas por el fideicomiso, en el evento de que el fideicomitente no pague o se presente una cualquiera de las circunstancias que más adelante se indican a cuyo efecto se faculta a Fidutolima para que disponga las sumas de dinero entregadas con tal finalidad o realice el bien fideicomitado y con el producto de este proceda a cancelar la obligación garantizada”.
4. “A realizar los actos de administración, disposición y constitución de gravámenes sobre todo o parte del bien

fideicomitido”.

En el mencionado contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración la parte fideicomitente asumió la obligación de pagar la remuneración por la gestión de la sociedad fiduciaria contratada, en los siguientes términos, consignados en el numeral 17 del artículo decimosegundo:

“17. Pagar a Fidutolima su comisión de acuerdo a lo establecido en el artículo vigesimosegundo de este contrato”.

Así mismo, en el artículo decimocuarto del contrato se pactaron los derechos de la parte fideicomitente, entre los cuales se destaca el previsto en el numeral 3º, a saber, “Que se le garanticen con el fideicomiso las obligaciones que él designe, y hayan sido aceptadas por Fidutolima”.

Dentro de las obligaciones asumidas por Fidutolima con ocasión del contrato se encuentran las de “Disponer la práctica de cuantos avalúos sean necesarios con cargo al fideicomiso o a el fideicomitente a efecto de mantener actualizado el valor de los bienes fideicomitados” y “realizar total o parcialmente los bienes fideicomitados y con el producto de los mismos cancelar todas o algunas de las obligaciones”.

Por lo que hace a la expedición de certificados de garantía fiduciaria, el artículo decimosexto del contrato dispone que Fidutolima expedirá a los acreedores designados como beneficiarios del fideicomiso, siempre que estos hayan aceptado que sus obligaciones sean garantizadas por el mismo y hayan remitido la totalidad de los documentos exigidos, un certificado en los términos del artículo noveno, de acuerdo con el cual los beneficiarios del fideicomiso son las personas designadas como tales por el fideicomitente y aceptadas por Fidutolima.

A este certificado se debía acompañar copia autorizada de la escritura contentiva del contrato.

En punto de la remuneración de la sociedad fiduciaria, el artículo vigésimosegundo del contrato dispone que el fideicomitente se obliga a pagar a Fidutolima a título de remuneración por los servicios prestados las siguientes sumas de dinero:

1. “La suma de ochocientos veintidós mil quinientos ochenta y cinco pesos (\$ 822.585) moneda corriente, por una sola vez a la firma del respectivo contrato y un porcentaje (0.5%) por incremento al patrimonio autónomo resultante de nuevos avalúos o del ingreso de nuevos bienes al mismo”.
2. “El cero punto ocho por ciento (0.8%) anual, sobre el valor de cada certificado de garantía expedido, pagadero en el momento de hacer la solicitud de dicho certificado”.
3. “Si Fidutolima, en desarrollo de este contrato, llegare a realizar la venta de uno o varios bienes allí vinculados cobrará a su favor un tres punto cero por ciento (3.0%) por ciento (sic) del valor de la transacción y el uno punto cero por ciento (1.0%) del valor de la venta por el manejo fiduciario del siniestro”.
4. “En el evento de que Fidutolima tenga que iniciar la acción judicial de restitución del inmueble o cualquier otra acción judicial o administrativa para la defensa del bien fideicomitado, se cobrará una comisión del uno punto cero por ciento (1.0%) sobre el valor del bien a restituir, la cual será cancelada por el fideicomitente”.

Además, de acuerdo con el párrafo de este mismo artículo, la parte fideicomitente se obligó a cancelar por concepto de revisoría fiscal la suma de sesenta mil pesos (\$ 60.000) moneda corriente, pagaderos anualmente, valor que se reajustará en un porcentaje igual a la meta de inflación fijada para el año en que proceda el reajuste.

En el artículo vigesimoquinto, Fidutolima entregó al fideicomitente y este declaró haber recibido a entera satisfacción el bien descrito y alinderado en la cláusula segunda, según inventario anexo, en comodato a título precario, debiendo ser restituido el inmueble por el fideicomitente a Fidutolima dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que esta lo solicite teniéndose por terminado el contrato de comodato a partir de tal fecha.

El fideicomitente tiene respecto del bien entregado en comodato las obligaciones señaladas en los artículos 2203 y siguientes del Código Civil.

A voces del artículo vigesimosexto del contrato, entre las causales de terminación y liquidación del fideicomiso se



encuentra la “decisión judicial debidamente ejecutoriada”, así como la consistente en “la falta de recursos del fideicomiso o de el fideicomitente para proveer a la administración, conservación y avalúo de los bienes, así como para el pago de la remuneración de Fidutolima”.

Mediante escritura pública 2118 del 17 de julio de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá (fl. 33 y ss. del cdno. pbas.), las partes convinieron en una corrección aclaratoria al otrosí que se celebró mediante escritura pública 618 del 7 de marzo de 1996, otorgada en la Notaría 35 de Bogotá, el cual recayó sobre el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía que se suscribió mediante escritura pública 459 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría 35 de Bogotá, con el propósito de modificar el número de la escritura pública mediante la cual se constituyó el contrato fiduciario y que fue objeto del otrosí. Es así como se corrige la escritura pública 618 mencionada, en todos los acápites donde se hizo referencia al número de la escritura pública 459 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría 35 de Bogotá, cuya numeración se suprime y en su lugar se entiende la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría 35 de Bogotá. Así mismo, se corrige el número del folio de matrícula inmobiliaria del inmueble fideicomitado. Finalmente, las partes de común acuerdo, decidieron modificar el artículo tercero del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría 35 de Bogotá.

De lo antes expuesto se concluye que entre las partes se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración base de la acción, cuyo régimen legal es el previsto en los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio y demás disposiciones pertinentes y concordantes, con la finalidad de garantizar las obligaciones mencionadas en el artículo sexto y servir de fuente de pago de las obligaciones así garantizadas en el evento de su incumplimiento.

Más concretamente, estamos en presencia de un fideicomiso de garantía, modalidad de fideicomiso mercantil que ha sido definida por la (\*) Superintendencia Bancaria, entidad gubernamental legalmente encargada del control, la inspección y vigilancia de las sociedades fiduciarias, como “aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”(1).

Así mismo se encuentra demostrada la celebración del contrato de comodato precario sobre el bien inmueble fideicomitado, en los términos arriba reseñados.

## 2. Otros hechos relevantes del asunto *sub judice* que tienen prueba en el expediente

En adición a la celebración y el perfeccionamiento del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración base de la acción, y del contrato de comodato precario sobre el inmueble fideicomitado, el acervo probatorio arrimado al proceso evidencia los siguientes hechos relevantes:

2.1. Con fecha 2 de septiembre de 1996, Fiduciaria del Tolima S.A. expidió, con cargo al fideicomiso de garantía que nos ocupa, un primer certificado de garantía, por valor de cien millones de pesos (\$ 100.000.000) a favor de la corporación financiera Corfiestado, como lo revela la declaración de parte rendida por el liquidador de dicha sociedad fiduciaria y la documentación por él aportada con ocasión de la misma, (fl. 64 y ss. del cdno. pbas.), y lo reconoce la parte convocada en su alegato de conclusión (fl. 116, cdno. ppal.).

2.2. Mediante comunicación de fecha 8 de septiembre de 1998, con sello de recepción de la misma fecha (fl. 94 del cdno. pbas.), Rafael Bonilla Romero se dirigió a Fiduciaria del Tolima S.A., en los siguientes términos:

“Apreciados señores:

En virtud del patrimonio autónomo constituido entre Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo López y la sociedad Martha Patricia Giraldo y Compañía Limitada MPG y Cía. Ltda. y la fiduciaria del Tolima S.A. mediante escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Santafé de Bogotá,

atentamente les solicito se sirvan expedir un certificado de garantía a favor del Banco del Estado S.A., identificado con el NIT 891.500.015-9, por valor de \$ 140.000.000 y con un plazo de cinco años.

Así mismo, les solicito anular el certificado de garantía 001B expedido a favor de Corfiestado S.A. corporación financiera, por valor de \$ 100.000.000, de fecha septiembre 2 de 1996.

Cordialmente,

Rafael Bonilla Romero

C.C. 19.198.805 de Bogotá”.

2.3. Igualmente obra en el plenario (fls. 100 y 101 del cdno. pbas.) fotocopia del documento denominado “Certificado de garantía 002”, expedido por Fiduciaria del Tolima S.A., bajo la firma de su representante legal suplente, Elizabeth Sanmiguel Valderrama, con fecha 8 de septiembre de 1998, a favor del Banco de Estado S.A., por valor de ciento cuarenta millones de pesos (\$ 140.000.000). En el numeral 5° de este documento se hace referencia a la solicitud dada por el fideicomitente el día 8 de septiembre de 1998, para garantizar el crédito contraído por la sociedad Martha Patricia Giraldo y Compañía Ltda., MPG y Cía. Ltda., para con el Banco del Estado S.A., hasta por la suma de \$ 140.000.000, con un plazo de cinco (5) años. De otro lado, en la parte final de dicho certificado de garantía, se expresa que con su expedición se anula el certificado de garantía 001B a favor de Corfiestado S.A. por valor de \$ 100.000.000 expedido el 2 de septiembre de 1996. Este segundo certificado de garantía fue remitido al Banco del Estado, oficina avenida Los Comuneros, mediante comunicación fechada el 28 de septiembre de 1998, que aparece suscrita por Clara Inés Nigrinis Ballesteros, directora operativa (fl. 99, cdno. pbas.).

2.4. Mediante comunicaciones fechadas los días 1° y 12 de febrero de 1999, el Banco del Estado le comunicó a Fiduciaria del Tolima S.A. el incumplimiento del señor Rafael Bonilla Romero en los compromisos de pago de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso, informó que la deuda insoluble ascendía a \$ 102.025.000 de capital más intereses hasta esa fecha y solicitó hacer efectivo el certificado de garantía 002 por valor de \$ 140.000.000 (fls. 110 y 111 del cdno. pbas.).

2.5. Mediante comunicación de fecha 2 de febrero de 1999 (fl. 112 del cdno. de pbas.), la Fiduciaria del Tolima S.A. se dirigió al señor Rafael Bonilla Romero en los siguientes términos:

“Apreciado doctor:

La presente tiene por objeto informarle que mediante comunicación recibida el día 1° de febrero del año en curso, el Banco del Estado nos comunicó sobre el incumplimiento del crédito que esta (sic) respaldando con el certificado de garantía 002 de fecha septiembre 8 de 1998, cuya liquidación arroja un saldo de \$ 102.025.000 por concepto de capital e intereses liquidados del 30 de noviembre de 1998 a la fecha, con ocasión de la cual se solicita a esta entidad proceder a hacer exigible la garantía que soporta dicho compromiso pecuniario.

Por consiguiente, esta entidad dará cumplimiento estrictamente a los términos del contrato de fiducia contenidos en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C. que fuera suscrito por Rafael Bonilla Romero y Martha Patricia Giraldo López y la sociedad Martha Patricia Giraldo y compañía MPG y Cía. Ltda. y debidamente registrada, particularmente se acatará rigurosamente lo dispuesto en el artículo decimotercero del contrato fiduciario, alusivo a la realización de los bienes fideicomitados.

Es así como ustedes deberán dentro de los quince (15) días siguientes a esta comunicación cancelar la obligación impagada al Banco del Estado o allegar recibo de pago que así lo acredite. De no proceder este, se realizará el bien fideicomitado, con el avalúo actualmente vigente o con la contratación de un nuevo avalúo colegiado conforme a lo dispuesto en el contrato fiduciario.

De tal manera que vencidos los quince (15) días siguientes a esta comunicación, sin que se obtenga el pago de las obligaciones, se iniciará el trámite de la realización del bien para cubrir los saldos insolubles de acuerdo al porcentaje que en ese momento le corresponda al beneficiario del fideicomiso en relación con el valor del bien.

Sin otro particular, agradecemos adoptar dentro de su más pronta conveniencia, las medidas del caso.

Cordialmente,

Carlos Arturo Salas Oliveros

Presidente”.

2.6. Con comunicación fechada el 24 de febrero de 1999, el Banco del Estado remitió a Fiduciaria del Tolima S.A. el denuncia por extravío del certificado 2 por \$ 140.000.000 y solicitó a la fiduciaria adelantar su reposición y dejar sin vigencia el certificado extraviado (fl. 105 del cdno. pbas.). Dicha solicitud aparece luego reiterada en comunicación del gerente de la sucursal carrera décima del Banco del Estado, Darío Buitrago Salomón, de fecha ilegible, al parecer 16 de marzo, obrante a folio 109 del cuaderno de pruebas.

2.7. A folios 46 a 48 del cuaderno de pruebas se encuentra copia del certificado de garantía 003, expedido por Fiduciaria del Tolima S.A., bajo la firma de su presidente, Carlos Arturo Salas Oliveros, con fecha 26 de febrero de 1999, a favor del Banco de Estado S.A. por valor de ciento cuarenta millones de pesos (\$ 140.000.000). En última hoja de este documento se lee lo siguiente:

“Con la expedición del presente certificado se anula y reemplaza el certificado de garantía 002 a favor del Banco del Estado por valor de \$ 140.000.000 expedido el 8 de septiembre de 1998, por pérdida del mismo en la oficina Avenida Comuneros del Banco del Estado, según denuncia formulada el día 24 de febrero de 1999 en la estación 16 del Departamento de Policía Bacatá”.

2.8. Mediante comunicación 00466, fechada el 1° de junio de 1999 (fl. 114 del cdno. pbas.), la Fiduciaria del Tolima S.A. requirió a Rafael Bonilla, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Compañía Ltda. MPG Ltda. para que dentro de los cinco días siguientes restituyeran el bien inmueble fideicomitado, en los siguientes términos:

“Apreciados señores:

Atendiendo lo estipulado en el artículo vigesimoquinto del contrato de fiducia suscrito con ustedes, me permito requerirlos para que dentro de los cinco días siguientes a la fecha la presente comunicación, restituyan el bien inmueble que conforma el patrimonio autónomo que se encuentra ubicado en la calle setenta y cinco (75) número sesenta y dos quince (62 -15) de la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C. y se identifica con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-324994. Lo anterior, teniendo en cuenta que se dio inicio a la etapa de dación en pago a favor del acreedor garantizado en desarrollo del procedimiento de realización o ejecución de la garantía, toda vez que venció el término de ofertar en venta el bien, según los términos del contrato de fiducia mercantil.

Igualmente es necesario que remitan a la mayor brevedad el recibo de pago del impuesto predial de 1999, teniendo en cuenta lo estipulado en el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y comodato.

Fabio Guillermo León León, liquidador”.

2.9. Mediante comunicación fechada el 2 de junio de 1999, el Banco del Estado, por intermedio del gerente de la oficina comuneros, Orlando Rincón Guerrero se dirigió a la Fiduciaria del Tolima S.A. en los siguientes términos (fl. 96, cdno. pbas.):

“Adjunto remitimos el original del certificado 2 por valor de \$ 140.000.000 expedido el 8 de septiembre de 1998 el cual se había extraviado pero a la fecha fue ubicado dentro de la oficina.

Lo anterior de acuerdo a las recomendaciones realizadas en el certificado 3 que fue expedido en reposición del anterior el día 26 de febrero de 1999.

Hasta una nueva oportunidad.

Orlando Rincón Guerrero

Gerente oficina Avenida Comuneros”.

2.10. Mediante comunicación fechada el 10 de junio de 1999 (fl. 115 del cdno. pbas.), el señor Rafael Bonilla, en su calidad de gerente general de la Sociedad Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., se dirigió al Banco del Estado, manifestando lo siguiente:

“Apreciados señores:

Por medio de la presente y ante la solicitud hecha por ustedes y por la Fiduciaria del Tolima de fecha marzo 18 de 1999 en relación a la entrega del inmueble fideicometido en garantía, me permito informarles que estamos de acuerdo en cancelar la obligación 054 199800014 9 con la dación en pago de la bodega ubicada en la calle 75 N° 62-15 de Santafé de Bogotá, en la proporción o porcentaje que sea necesario, teniendo en cuenta el monto total de la obligación y el avalúo del mencionado inmueble el cual es conocido por las partes. Esta entrega la haremos en forma pacífica y voluntaria.

Por estar tan deprimido económicamente el sector automotriz en el que se desarrolla nuestro negocio, nos ha sido imposible atender el compromiso financiero a que nos comprometimos con el banco.

Así mismo la quiebra de algunos concesionarios distribuidores de vehículos, la dificultad para recuperar nuestra cartera y la competencia que desmedidamente ha colocado los precios en niveles de pérdida nos ha castigado teniendo que reducir nuestra operación al mínimo para el funcionamiento. Esperamos hasta el último momento con la esperanza de conseguir cliente interesado en la compra de la bodega o de alguna de nuestras otras propiedades pero no hubo oferta alguna por lo cual nos vemos obligados a entregar la bodega en dación en pago. Solicitamos que el corte de acreencias adeudadas sea con fecha marzo 1° de 1999.

Después de luchar durante 14 años formando nuestra empresa, para nosotros es muy difícil aceptar vernos obligados a entregar nuestra bodega, pero como debemos seguir trabajando con la ilusión de que las cosas van a mejorar y volveremos a recuperarnos, solicitamos de ustedes un plazo prudencial para construir una pared para separar el lote vecino que es de nuestra propiedad para trasladar nuestra operación y adecuar nuestra infraestructura, solicitando de la Empresa de Energía de Bogotá la instalación de la luz trifásica indispensable para el funcionamiento de la maquinaria. Creemos que unos sesenta (60) días sean suficientes.

Así mismo si el banco lo considera conveniente solicitamos nos sea otorgado un pacto de recompra de la misma bodega por un término a convenir entre las partes.

Lamentamos mucho todos los inconvenientes que les hemos causado, y esperamos que con su ayuda en el futuro podamos recuperarnos económicamente para el bien de la economía de nuestro país y con el ánimo de hacer patria y seguir ofreciendo fuentes de trabajo.

Agradecemos de antemano su colaboración y la pronta respuesta a la presente.

Cordialmente,

Rafael Bonilla Romero

Gerente general”.

2.11. A folios 63 y 64 del cuaderno de pruebas obra fotocopia del acta 6 del comité fiduciario del fideicomiso de garantía *sub lite*, en la cual se lee lo siguiente:

“En las oficinas de la Fiduciaria del Tolima S.A. en liquidación en la carrera 12 N° 84-12 oficina 601, siendo las once de la mañana (11:00 a.m.) del día 30 de marzo de 2000, se reunieron previa convocatoria por escrito por parte del liquidador de la Fiduciaria del Tolima S.A. en liquidación, el señor Rafael Bonilla como fideicomitente, el doctor Juan Pablo Suárez coordinador de cartera, representante del Banco del Estado como acreedor del fideicomiso, el doctor Fabio Guillermo León León liquidador de la fiduciaria y la doctora Andrea Baquero Rueda directora jurídica de la fiduciaria, quienes manifestaron:

(...).

La fiduciaria manifiesta y pone de presente que en los archivos reposa una comunicación de fecha septiembre 8 de 1998, suscrita por el fideicomitente en la que solicita a la fiduciaria la expedición de un certificado de garantía por valor de ciento cuarenta millones de pesos (\$ 140.000.000) moneda corriente a favor del Banco del Estado, el cual reemplazaría el certificado de garantía 001B por valor de cien millones de pesos (\$ 100.000.000) moneda corriente a favor de Corfiestado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la fiduciaria pregunta al fideicomitente si continua (sic) en disposición de restituir voluntariamente la bodega para efectos de la transferencia de la dación en pago a favor del Banco del Estado. Sobre lo cual, el señor Bonilla manifiesta que como lo informo (sic) en la reunión realizada en diciembre de 1999 se encuentra en disposición de entregar la bodega, en treinta (30) días a partir de la fecha, sobre lo cual informa a la fiduciaria que realizará la entrega voluntaria el 30 de abril del 2000”.

2.12. En la audiencia de interrogatorio de parte, el liquidador de la parte convocante, Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, refiriéndose a las gestiones realizadas por esa fiduciaria para la ejecución de la garantía fiduciaria derivada del contrato base de la acción, manifestó bajo la gravedad del juramento lo siguiente:

“... De conformidad con lo pactado en el contrato, inicialmente se hizo la verificación por parte de la fiduciaria que existiera la mora para comenzar la ejecución de la garantía de conformidad con los procedimientos señalados. Una vez recibieron la constancia del bando (sic) del Estado que existía mora en el pago, se iniciaron (sic) el requerimiento originalmente al fideicomitente para que se allanara a cumplir la obligación y poder así eximir de la ejecución de la misma garantía. Como el fideicomitente no dio cumplimiento con la cancelación de las obligaciones, el Bando (sic) del Estado solicitó que se iniciaran los procedimientos de oferta pública subasta (sic) del bien, en este momento se hicieron las publicaciones efectivamente en diario oficial, en un periódico de mucha circulación ofreciendo el inmueble sobre el cual recaía la garantía para recibir postores, se hizo la publicación ordena (sic) sin recibir ninguna oferta por el inmueble y el posterior paso que viene como no fue exitosa la labor de venta determina (sic) el mismo contrato que viene la etapa de la dación en pago. En este momento la dación en pago está detenida por cuanto el Banco del Estado exige que se le debe devolver o entregar el inmueble en dación en pago pero siempre y cuando la tenencia del inmueble se encuentre en manos de la fiduciaria, en este momento no está la tenencia en manos de la fiduciaria por cuanto el señor fideicomitente ... un acuerdo celebrado en un comité fiduciario efectuado en las oficinas de la fiduciaria no cumplió con la entrega del inmueble por lo tanto la fiduciaria tuvo que iniciar un proceso ... y estamos pendientes para lograr única y exclusivamente la restitución del bien y entregar o formalizar ... en el Banco del Estado”.

2.13. Junto con la solicitud de convocatoria se aportó fotocopia de varias facturas y cuentas de cobro expedidas por Fiduciaria del Tolima S.A., que obran en los folios 51 al 60 del cuaderno de pruebas.

### 3. La cuestión de fondo - El incumplimiento del contrato base de la acción

El estudio de la solicitud de convocatoria y de las contestaciones que a la misma presentaron las personas que integran la parte convocada, revela que el objeto de la *litis* a resolver por el tribunal se centra alrededor del incumplimiento del contrato base de la acción, que la parte convocante le endilga a la parte convocada, y que esta a su turno le reprocha a la primera.

Es así que en la solicitud de convocatoria (fl. 5, cdno. ppal.) se invoca la mora en el pago de la remuneración por parte del fideicomitente a favor de la Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, correspondientes a las comisiones y otros conceptos causados entre los meses comprendidos entre el: 30 de junio de 1998 a 16 de mayo de 2000, que se dice allí mismo ascienden a \$ 7.041.891 moneda corriente.

Invoca también la convocante el incumplimiento por parte de los fideicomitentes en la restitución del bien inmueble fideicomitado a favor de la Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, sobre la base de haberse solicitado su restitución y fijado fecha para el día 30 de abril de 2000, y no obtenerse la restitución en tal oportunidad, incumpliendo de esta manera el contrato de fiducia mercantil (fl. 5, cdno. ppal.).

A su turno, la parte convocada sostiene que si incumplimiento alguno se presentó fue única y exclusivamente por

parte de Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación. Al punto asevera en primer término que la suma de \$ 7.041.891, cobrada por la convocante, como deuda a su favor y a cargo de la parte convocada a título de comisiones no es cierta y por tanto inexistente, por las razones que allí mismo se indican (fl. 41 y ss. cdno. ppal.) y que el tribunal sintetiza así:

- a) Factura 1362: no tiene razón de ser, toda vez que el certificado solicitado nunca se expidió por parte de Fiduciaria del Tolima S.A.;
- b) Factura 1376: corresponde a un certificado de garantía por \$ 115.000.000 que jamás fue solicitado por los fideicomitentes;
- c) Factura 1396: No se canceló su importe en razón a que verbalmente y por mutuo acuerdo con Fidutolima el contrato 459 quedaba cancelado y sin efecto alguno por cuanto pesaba sobre el inmueble en referencia una hipoteca de primer grado a favor de Davivienda hecho que impedía la expedición de certificado alguno. Este hecho de conocimiento por parte de la sociedad actora nunca fue corregido y factura nueva al respecto jamás se recibió;
- d) Tres facturas sin número de las cuales solo se tuvo conocimiento al recibir la solicitud de convocatoria, en relación con avisos al tiempo por venta del inmueble sobre las cuales nada se dice en la contestación a dicha solicitud.
- e) Factura 1448: “Sobre este valor hay que precisar lo ya expuesto en cuanto a su no expedición y corrección de revisoría fiscal”.
- f) Cuenta de cobro de fecha 14 de marzo de 2000 (\$ 123.894): No se conoce aún, y en las copias recibidas de traslado no figura;
- g) Cuenta de cobro de fecha 14 de marzo de 2000 (\$ 399.894): Está mal elaborada por diferencia en números y letra de la cantidad de dinero; el concepto hace relación con el mismo del numeral c) sobre la expedición del certificado de garantía a favor del Banco del Estado por valor de \$ 30.000.000, el cual, se repite, es inexistente;
- h) Cuenta de cobro de fecha 15 de mayo de 2000 (\$ 4.000.000): Jamás se había conocido, tampoco obra en el expediente, si existiera de antemano la desconoce la parte convocada por inexistencia de causa legal, e
- i) Cuenta de cobro de fecha 15 de mayo de 2000 (\$ 300.000): “... conlleva la misma razón de la anterior en nuestro numeral h). Tampoco se recibió con los anexos del traslado, desconocemos por tanto su existencia”.

De otra parte, la convocada afirma que Fidutolima expidió varios certificados de fiducia sin la solicitud expresa y por escrito de los fideicomitentes, amparando obligaciones inexistentes con el Banco del Estado, y considera que la fiduciaria obró en contra de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo vigesimosegundo del contrato base de la acción, toda vez que expidió un certificado por la suma de \$ 140.000.000 a favor del mismo banco cuando no se canceló la comisión al momento de solicitarlo, tal como se había pactado. Así mismo estima que como consecuencia de la imprudente expedición de dicho certificado la fiduciaria exigió la entrega voluntaria del inmueble para entregarlo en dación en pago al beneficiario Banco del Estado, y anota que tampoco se ha logrado que la sociedad administradora aclare por parte del supuesto beneficiario Banco del Estado cuál es la liquidación del crédito que dio origen a toda la operación, con un certificado de garantía a favor de Corfiestado por la suma de \$ 100.000.000, el cual se acepta como verdadero, puntualizando luego que los reclamos que por parte del fideicomitente Rafael Bonilla se hicieron en diversas reuniones a las cuales se le citó, a la fecha siguen ignorados y sin respuesta alguna por parte de Fidutolima y Banco del Estado, obteniéndose como única respuesta de la fiduciaria su afán de cumplir con los compromisos adquiridos con la entidad bancaria beneficiaria requiriendo a los fideicomitentes para la entrega del inmueble dado en respaldo del contrato de fiducia.

Concluye la parte convocada su contestación a la solicitud de convocatoria diciendo que siempre ha estado atenta a solucionar y aclarar las diferencias presentadas con la sociedad fiduciaria y el Banco del Estado, y que Fiduciaria del Tolima S.A. ha sido la única responsable del fracaso del contrato de fiducia mercantil al no cumplir con las obligaciones y finalidades allí determinadas, manifestando que la conducta de dicha entidad se podría calificar como dolosa, “por virtud de las maniobras un tanto engañosas que ha utilizado o llevado a cabo, tendientes a

obtener la transferencia de un bien inmueble con detrimento notorio e injusto del patrimonio de mi poderdante y fideicomitente y, por ende con enriquecimiento sin causa justa para el adquirente de dicho bien mediante la ejecución de un contrato celebrado y ejecutado con amplia desventaja para mi cliente y con actuaciones nada claras y sí habilidosamente llevadas a cabo por la entidad fiduciaria” (fl. 45, cdno. ppal.).

Bajo el anterior contexto entra ahora el tribunal a abordar el análisis de los incumplimientos contractuales en esos términos alegados, con fundamento en el régimen jurídico aplicable al caso y el acervo probatorio acopiado durante el proceso.

### 3.1. Conducta contractual de las partes en relación con la expedición y el pago de las facturas y cuentas de cobro emitidas por fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación

Teniendo en cuenta las estipulaciones del artículo vigesimosegundo del contrato, se procede a establecer si las facturas y cuentas de cobro que la parte convocante reclama como no pagadas por la parte convocada, expedidas a partir del 30 de junio de 1998, según lo pedido en la solicitud de convocatoria (fl. 5, cdno. ppal.), aportadas al proceso, fueron expedidas de acuerdo con el contrato base de la acción.

3.1.1. La factura de venta 1362 del 30 de junio de 1998 se expidió por concepto de aumento del patrimonio autónomo sobre el inmueble fideicomitado, comisión del 0.5% sobre \$ 35.883.000. Esta base de liquidación corresponde a la diferencia entre el valor del avalúo inicial del inmueble fideicomitado de fecha 8 de febrero de 1996, por la suma de \$ 164.517.000 (fls. 77 al 80, cdno. pbas.), y el valor señalado en el avalúo comercial del mismo bien inmueble fechado el 7 de abril de 1998, por la suma de \$ 200.400.000 (fls. 84 al 93, cdno. de pbas.).

Sobre el particular se advierte que el artículo vigesimosegundo, numeral 1º, del contrato base de la acción, establece que el fideicomitente se obliga a pagar a Fidutolima a título de remuneración por los servicios prestados, un porcentaje del 0.5% “por incremento al patrimonio autónomo resultante de nuevos avalúos o del ingreso de nuevos bienes al mismo”. Así las cosas, el tribunal encuentra que la factura 1362 antes mencionada corresponde con el contenido y alcance de la precitada estipulación contractual, pues se basa en el incremento del patrimonio autónomo resultante del nuevo avalúo del bien inmueble fideicomitado practicado por la organización inmobiliaria Roberto Collins & Co. Ltda., de fecha 7 de abril de 1998.

En el mismo sentido importa precisar que, de acuerdo con la estipulación contractual mencionada en el párrafo anterior, el incremento del patrimonio autónomo se originó por el hecho de reflejar el segundo avalúo un valor comercial del inmueble fideicomitado superior al reflejado en el primer avalúo empleado para la constitución del fideicomiso de garantía de que se viene hablando, con independencia de que las partes —fideicomitente y fiduciaria— tuvieran o no la intención de incrementar el valor del patrimonio autónomo. Dicho en otras palabras, este incremento del patrimonio autónomo tiene su causa en el comportamiento del precio de mercado del bien raíz dado en fiducia, estimado por un perito evaluador de conformidad con lo establecido sobre la materia en el contrato base de la acción. Por tal motivo, no es acertado el planteamiento que la parte convocada hace en el punto quinto de su alegado(sic) de conclusión cuando señala: “El avalúo (anexo 14) de la firma Roberto Collins y Co. Ltda. que la fiduciaria presenta como prueba, se hizo para cumplir con el numeral 2º del artículo decimoquinto del contrato de fiducia lo cual es claro ya que la misma fiduciaria lo solicita cada año como fue contratado. Ver carta de fecha abril 30 de 1998 (anexo 15) y nunca con el objeto de ampliar el patrimonio autónomo como se quiere hacer ver” (fl. 118, cdno. ppal.).

3.1.2. La factura de venta 1376 del 8 de septiembre de 1998 se emitió por concepto de la expedición del certificado de garantía 002, a favor del Banco del Estado, por valor de \$ 115.000.000 correspondiente al saldo de la obligación, comisión del 0.8% anual. Al respecto recuerda el tribunal en primer término que mediante comunicación del 8 de septiembre de 1998 (fl. 94, cdno. pbas.), el señor Rafael Bonilla Romero solicitó a Fiduciaria del Tolima S.A. la expedición de un certificado de garantía a favor del Banco del Estado por valor de \$ 140.000.000 y con un plazo de cinco años. Así mismo solicitó anular el certificado de garantía 001B expedido a favor de Corfiestado S.A. Corporación Financiera, por valor de \$ 100.000.000, de fecha septiembre 2 de 1996.

Así las cosas, aparece acreditada en el expediente la solicitud del fideicomitente para la expedición del certificado de garantía 002, teniendo en cuenta que en el párrafo primero del artículo primero del contrato se establece que

siempre que en el mismo se aluda a órdenes impartidas por el fideicomitente a Fidutolima, se hace referencia a órdenes suscritas únicamente por Rafael Bonilla Romero y/o Martha Patricia Giraldo López y puesto que la comunicación antes mencionada del 8 de septiembre de 1998 aparece suscrita por el señor Rafael Bonilla Romero, la solicitud en ella contenida fue impartida por la parte fideicomitente a la fiduciaria y en virtud de ella se expidió un nuevo certificado de garantía, identificado con el 002, dando lugar al cobro por parte de Fiduciaria del Tolima S.A. de la comisión pactada a su favor en el numeral 2° del artículo vigesimosegundo del contrato base de la acción, es decir, que la factura 1376 se encuentra acorde con la estipulación contractual antes mencionada.

En cuanto a la diferencia registrada entre el valor por el cual el fideicomitente ordenó expedir este certificado de garantía, que es el mismo valor consignado el certificado de garantía 002, y el valor base de liquidación empleado en la factura 1376, sostiene el liquidador de Fidutolima en su declaración que se trató de un error cometido al momento de elaborar el libelo convocatorio, frente a lo cual el tribunal considerará únicamente lo acreditado en el proceso, esto es, el valor facial de la precitada factura (\$ 920.000), que es el mismo incluido dentro de las liquidaciones aportadas por la parte actora, visibles a folios 49 y 50 del cuaderno de pruebas, y que corresponde a un menor valor respecto del monto del certificado de garantía 002 antes mencionado.

Finalmente, el tribunal considera importante precisar que el hecho del no pago de la comisión fiduciaria no obsta a la existencia o validez del certificado de garantía expedido sin que medie dicho pago, a diferencia de lo considerado al respecto por la parte convocada al señalar que “... un certificado de garantía solo es válido una vez se ha cancelado por parte de los fideicomitentes la correspondiente comisión por expedirlo ...” (fl. 115, cdno. ppal.), pues jurídicamente es preciso distinguir dos situaciones distintas e independientes entre sí, como son, de un lado, la expedición del certificado de garantía solicitado por el fideicomitente —en ejercicio de un derecho contractual pactado en su favor—, acto que refleja el cumplimiento de la prestación debida por la sociedad fiduciaria administradora del fideicomiso de garantía y, de otro lado, el pago de la remuneración estipulada en favor de la fiduciaria por esa labor, al que ni la ley ni el contrato le asignan el carácter de condición para la existencia o validez del certificado de garantía.

3.1.3. La factura de venta 1396 de fecha 28 de enero de 1999 se emitió por concepto de revisoría fiscal por un año (año 1998 a 1999) y reajuste de acuerdo al índice de precios del consumidor del 16.7% según lo estipulado en el contrato de fiducia 458 del 26 de febrero de 1996.

En efecto, el parágrafo del artículo vigesimosegundo del contrato dispone que el fideicomitente se obliga a cancelar por concepto de revisoría fiscal “sesenta mil pesos (\$ 60.000) moneda corriente, pagaderos anualmente, dicho valor se reajustará en un porcentaje igual a la meta de inflación fijada para el año en que proceda el reajuste”.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo antes referido, el tribunal considera acorde con dicha estipulación la expedición de la factura 1396 por concepto de revisoría fiscal por un año (año 1998 a 1999) por el contrato de fiducia 458 del 26 de febrero de 1996.

3.1.4. La factura de venta 01448 del 10 de junio de 1999 se emitió por los siguientes conceptos relativos al contrato 458 del 26 de febrero de 1996: a) Expedición del certificado de garantía 003, a favor del Banco del Estado, por valor de \$ 30.000.000, comisión del 0.8% anual; b) Revisoría fiscal por un año, (1999 a 2000) reajuste anual a la meta de inflación para 1999 (15%); c) Saldo no cobrado en la factura 1396 del 28 de enero de 1999 por revisoría fiscal del año 1998 a 1999 que debió hacerse sobre \$ 72.978, que venía acumulado.

Por lo que hace al concepto referido en el literal a) anterior, considera el tribunal que dicho cobro no encuentra respaldo en el contrato, toda vez que la expedición del certificado de garantía 003 se efectuó por solicitud del beneficiario, Banco del Estado, y no por solicitud de la parte fideicomitente, para reemplazar el certificado de garantía 002 en virtud de su extravío en poder del precitado beneficiario. Es decir, no se trató en realidad de la expedición de un nuevo certificado de garantía, para amparar con cargo al fideicomiso nuevas obligaciones, sino del reemplazo de uno que había sido anteriormente emitido, sustituyendo, en los mismos términos, el preexistente, que el beneficiario Banco del Estado reportó a la sociedad fiduciaria como extraviado. Adicionalmente, se observa que el porcentaje del 0.8% anual que se relaciona en dicha factura no coincide con el concepto que el liquidador de la parte convocante refiere en su respuesta escrita a las preguntas pendientes del interrogatorio de parte. En



consecuencia, a juicio del tribunal, no se cumple el presupuesto establecido en el numeral 2° del artículo vigesimosegundo del contrato base de la acción.

Se anota adicionalmente que la conducta de la sociedad fiduciaria convocante consistente en expedir el certificado de garantía 003, a solicitud del banco beneficiario, no ofrece reparo jurídico alguno en la medida en que con ello no se afectaron o disminuyeron los derechos o intereses de la parte fideicomitente. En efecto, el certificado de garantía 003 aparece expedido en los mismos términos de aquel que reemplazaba —certificado de garantía 002—, a favor del mismo acreedor financiero que tenía previamente la calidad de beneficiario del fideicomiso de garantía, y para respaldar las mismas obligaciones que venían siendo garantizadas con el patrimonio autónomo constituido en virtud de la celebración del contrato de fiducia mercantil base de la acción. En el mismo sentido debe tenerse presente que los certificados de garantía que emiten las sociedades fiduciarias en desarrollo de los contratos de fiducia de garantía son meros documentos probatorios, cuyo extravío o pérdida no afecta ni modifica ni extingue la calidad de beneficiario o acreedor garantizado de su tenedor.

Por lo demás, en el certificado de garantía 003 se hizo constar expresamente la anulación del certificado de garantía 002, reportado como extraviado, documento este que aparece posteriormente entregado por el propio Banco del Estado a la Fiduciaria del Tolima S.A., mediante comunicación fechada el 2 de junio de 1999 (fl. 96, cdno. pbas.).

Por lo que hace al concepto referido en el literal b) se tiene que según el párrafo del artículo vigesimosegundo del contrato el fideicomitente se obliga a cancelar por concepto de revisoría fiscal “sesenta mil pesos (\$ 60.000) moneda corriente, pagaderos anualmente, dicho valor se reajustará en un porcentaje igual a la meta de inflación fijada para el año en que proceda el reajuste”, dado lo cual, el tribunal considera acorde con dicha estipulación la expedición de la factura 01448 por este concepto de revisoría fiscal por un año (1999 a 2000).

Por lo que hace al concepto referido en el literal c), considera el tribunal que su pertinencia no se encuentra acreditada en el proceso, toda vez que en la factura 1396 del 28 de enero de 1999, esto es, seis meses antes de la expedición de la factura 1448 del 10 de junio de 1999, Fiduciaria del Tolima S.A. había ya cobrado a los fideicomitentes el valor pactado por un año de revisoría fiscal (1998 a 1999) más el reajuste de acuerdo al índice de precios del consumidor del 16.7%.

3.1.5. La factura de venta sin número del 14 de marzo de 2000 se emitió por los siguientes conceptos: a) Expedición del certificado de garantía 003, a favor del Banco del Estado, por valor de \$ 30.000.000, comisión del 0.8% anual; b) Revisoría fiscal por un año (2000 al 2001) reajuste anual a la meta de inflación para 2000 (10%). Escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996.

En relación con el concepto referido en el literal a), se reitera lo ya expuesto en relación con la factura 1448 del 10 de junio de 1999. Por lo que hace al rubro del literal b), el mismo se encuentra ajustado al contrato en los términos del párrafo del artículo vigesimosegundo del contrato base de la acción.

Finalmente el tribunal advierte que en las facturas 1396 y 01448 se incluyen algunos rubros relacionados con el contrato 458 del 26 de febrero de 1996 y otros rubros referentes al contrato 459 del 26 de febrero de 1996. Se estaría entonces facturando por parte de Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación, comisiones u otros cargos respecto de dos contratos distintos celebrados en una misma fecha y por las mismas partes. Dado que el objeto de la *litis* que nos ocupa se ha planteado en torno del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá, el tribunal se limitará, en consecuencia, a considerar aquellos rubros que aparecen debidamente facturados en relación con el contrato base de la acción, según se ha indicado anteriormente.

Por lo que hace al pago de las facturas debidamente expedidas por la parte convocante, se tiene que según la declaración de parte del liquidador de Fiduciaria del Tolima S.A. en respuesta escrita visible a folio 74 del cuaderno de pruebas “El último pago efectuado por los fideicomitentes aparece registrado en la contabilidad de la fiduciaria por un valor de un millón treinta y nueve mil trescientos ocho pesos MC (\$ 1.039.308 MC) con fecha 28 de noviembre de 1997 correspondiente al pago de comisiones y expedición de garantías. Posteriormente, en el mes de octubre de 1998 aparecen haciendo un abono al pago de sus obligaciones en una cuantía de novecientos setenta

y cinco mil doscientos pesos MC con un cheque el que, posteriormente, fue devuelto y no pagado por el banco girado. A la fecha no aparece ningún otro pago que hayan hecho los fideicomitentes a sus obligaciones ...”. A su turno, la apoderada de la parte convocada, en su memorial de alegaciones de conclusión (fls. 115 y ss. del cdno. ppal.), hace referencia expresa a la circunstancia de encontrarse sus representados en mora de atender sus obligaciones para con la parte convocante, manifestación que no constituye confesión en los términos del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, pero que el tribunal valora como indicio del referido incumplimiento, circunstancia que se apreciará en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el expediente (CPC, art. 187).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, encuentra el tribunal que se ha acreditado el incumplimiento de la parte fideicomitente y convocada en el pago de las facturas mencionadas en los numerales 3.1.1. a 3.1.5. precedentes, en aquellos rubros que en esta providencia se señalan como debidamente cobrados por Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación.

Así las cosas, se desvirtúan las excepciones de inexistencia de las causales invocadas para la terminación del contrato e incumplimiento del contrato por parte del convocante, propuestas por la parte convocada en relación con las facturas mencionadas en el párrafo precedente, que fueron válidamente expedidas, atendiendo las estipulaciones del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá.

Así mismo, el hecho del no pago de comisiones debidas por la parte fideicomitente, relacionadas en las facturas arriba mencionadas, configura la causal de terminación del contrato pactada en el numeral 6° de su artículo vigesimosexto, consistente en la falta de recursos del fideicomiso o de el fideicomitente para proveer al pago de la remuneración de Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, aparece que en la factura 01448 del 10 de junio de 1999 y en la factura de venta sin número del 14 de marzo de 2000, se evidencian errores en su expedición y algunos de sus conceptos no guardan correspondencia con aquellos que el fideicomitente se obligó a pagar de acuerdo con el contrato base de la acción, los cuales no serán por tanto considerados por el tribunal.

### 3.2. Conducta contractual de las partes en relación con la restitución del bien inmueble fideicomitado por ejecución del fideicomiso de garantía

Tal como quedó visto en el numeral 1° del acápite III de este laudo, en el contrato celebrado entre las partes convocante y convocada quedó acreditada la recepción por parte de la fiduciaria del inmueble que el fideicomitente le transfirió a aquella, a título de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, descrito en el artículo segundo del contrato base de la acción, para la conformación del patrimonio autónomo afecto a la finalidad del contrato. Es así que en el párrafo cuarto del mismo artículo segundo, se hizo constar la entrega material del bien inmueble fideicomitado y su recepción por parte de Fidutolima.

Se encuentra también acreditada de acuerdo con el mismo contrato (par. quinto del art. segundo) la entrega que Fidutolima efectuó al fideicomitente de la tenencia del bien inmueble fideicomitado, a título de comodato precario.

Teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo vigesimoquinto del mencionado contrato, así como que Fidutolima entregó al fideicomitente y este declaró haber recibido a entera satisfacción el bien descrito y alínderado en la cláusula segunda, según inventario anexo, en comodato a título precario, el fideicomitente se obligó a restituir el inmueble a Fidutolima dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que esta lo solicitara, teniéndose por terminado el contrato de comodato a partir de tal fecha.

Ahora bien, los elementos probatorios referidos en el presente laudo arbitral revelan que la parte fideicomitente entró en mora con el acreedor beneficiario Banco del Estado en el pago de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso de garantía que nos ocupa, como se desprende de las comunicaciones remitidas por el Banco del Estado a Fidutolima el 1° de febrero de 1999 (fl. 110, cdno. pbas.) y el 12 de febrero de 1999 (fl. 111, cdno. pbas.).

Dado lo anterior, Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación, debía cumplir su deber contractual de ejecución de la garantía fiduciaria, realizando el bien fideicomitado y con el producto del mismo cancelar las obligaciones

garantizadas, en cumplimiento de la obligación contraída en los artículos decimoctavo y decimonoveno del contrato base de la acción, en armonía con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 1234 del Código de Comercio.

En consecuencia, la conducta de la sociedad fiduciaria convocante consistente en requerir a la parte fideicomitente para la restitución del bien inmueble y entregado a esta a título de comodato precario, probada mediante comunicación de fecha 2 de febrero de 1999 (fl. 112, cdno. pbas.), fue adecuada a la ejecución del fideicomiso, dado que, en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, debía proceder a ello como supuesto necesario para el efectivo desarrollo del procedimiento de ejecución de la garantía previsto en el contrato.

De otra parte, se tiene que, de acuerdo con lo consignado en el acta 6 del comité fiduciario del fideicomiso de garantía *sub lite*, la parte fideicomitente, en reunión del dicho comité realizada el día 30 de marzo de 2000, ofreció a la fiduciaria efectuar la entrega del bien inmueble fideicomitado el día 30 de abril de 2000, entrega que no se llevó a cabo.

Así las cosas, una vez establecido el incumplimiento de la parte fideicomitente en el pago de las obligaciones garantizadas con el fideicomiso de garantía, la ejecución del fideicomiso se adelantó por parte de fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación, mediante el ofrecimiento en venta del bien inmueble fideicomitado y el correspondiente requerimiento a la parte fideicomitente para la restitución del bien inmueble fideicomitado, que no se produjo no obstante mediar ofrecimiento expreso en tal sentido por parte del deudor. Agotada la fase de venta sin resultado positivo, la sociedad fiduciaria dio inicio a la fase de dación en pago la cual no ha podido ser perfeccionada en razón de la no restitución del bien materia del fideicomiso por la parte fideicomitente, habiendo la fiduciaria iniciado en su contra proceso judicial de restitución, todo lo cual se desprende de la declaración de parte rendida por el liquidador de Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación.

Ahondando en lo anterior, cabe referirse aquí a lo planteado por la parte convocada en el punto sexto de su alegato de conclusión (fl. 118, cdno. ppal.), donde señala que la sociedad fiduciaria convocante “... No deja ninguna posibilidad a mis representados de pagar su deuda, siendo el ánimo del Banco del Estado únicamente continuar el proceso para recibir el inmueble objeto del contrato, igualmente deja ver que es remota, casi nula la posibilidad de readquirir el mismo en una retroventa”. A este respecto encuentra el tribunal que la disposición que se haga del bien inmueble fideicomitado en virtud de la ejecución del fideicomiso de garantía por el incumplimiento de la parte fideicomitente en el pago de las obligaciones garantizadas con el patrimonio autónomo es un evento previsible desde la fecha misma de celebración del contrato base de la acción y, por lo mismo, no desconocido para la parte fideicomitente, por lo cual dicha circunstancia no desvirtúa ni justifica los incumplimientos contractuales de dicha parte que se dejan reseñados en este laudo, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que le corresponde a la sociedad fiduciaria administradora del fideicomiso en la ejecución de la garantía fiduciaria, con arreglo a los artículos decimoctavo y decimonoveno del contrato y a las correspondientes disposiciones legales.

Advierte también el tribunal que dentro del comportamiento desplegado por la parte convocante, según el mismo aparece acreditado en autos, no se evidencia conducta alguna que pueda ser calificada como dolosa, vale decir, no se encuentran probadas las maniobras engañosas que la parte convocada le endilga a la convocante, por lo cual no puede prosperar la excepción perentoria de dolo propuesta por aquella.

Además, se observa que la parte convocada se abstuvo, tanto en las contestaciones a la solicitud de convocatoria como en sus alegaciones de conclusión, de referirse al planteamiento hecho por la parte convocante respecto de la no restitución del bien inmueble fideicomitado y entregado a aquella a título de comodato precario.

En consecuencia, se encuentra probado el incumplimiento de la parte convocada (el fideicomitente) de su obligación de restitución a la parte convocante del inmueble entregado y recibido a título de comodato precario, en los términos del artículo vigesimoquinto del contrato base de la acción.

Así las cosas, acreditado como está el incumplimiento contractual de la parte convocada bajo el contrato base de la acción, en los términos antes indicados, que no fue desvirtuado ni justificado por dicha parte, procede declarar tal incumplimiento y, como consecuencia del mismo, la terminación del contrato en los términos del artículo 870 del Código de Comercio, concordante con el artículo vigesimosexto, numerales 4° y 5°, del mismo negocio jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, y por lo que hace a lo manifestado por la parte convocada en relación con no haber logrado que la sociedad fiduciaria aclare por parte del beneficiario Banco del Estado cuál es la liquidación del crédito que dio origen a toda la operación (fls. 33 y 34, cdno. ppal.; fl. 117 ibíd.) cuyo saldo afirma no conoce dicha parte, considera el tribunal que en el marco del procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía que nos ocupa y antes de perfeccionar la dación en pago del bien inmueble fideicomitado prevista en el artículo decimonoveno del contrato base de la acción, debe la Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, precisar con el acreedor beneficiario el saldo por capital e intereses de la deuda a cancelar y los términos de la respectiva liquidación, en cumplimiento del deber de protección del patrimonio autónomo que le asigna el artículo 1234, numeral 4º, del Código de Comercio, en concordancia con el artículo decimocuarto, numeral 2º, del mismo contrato.

#### 4. Los perjuicios alegados por la parte convocante

Como se ha dicho atrás, al interpretar el contenido y alcance de la solicitud de convocatoria, el tribunal entiende que las pretensiones indemnizatorias de la parte convocante comprenden tanto los valores facturados por Fiduciaria del Tolima S.A., hoy en liquidación, y no pagados por la parte convocada, según facturas y cuentas de cobro aportadas al proceso, como el lucro cesante de tales valores estimado en función del régimen de intereses moratorios.

En ese orden de ideas, el perjuicio probado (C.C., art. 1613), en su componente de daño emergente, se concreta en los valores correspondientes al capital de los rubros que el tribunal encontró válidamente cobrados por la parte convocante a la parte convocada y no pagados por esta, de acuerdo con las facturas y cuentas de cobro que obran en el expediente y en los términos recogidos bajo el numeral 3.1. del presente acápite, los cuales ascienden a la suma de un millón trescientos setenta y cinco mil ciento nueve pesos (\$ 1.375.109) moneda legal colombiana.

De acuerdo con lo anterior, el tribunal condenará a la parte convocada a pagar a la parte convocante, el valor pecuniario del daño emergente determinado en el párrafo anterior, adicionado en la suma que resulte de aplicarle el correspondiente porcentaje del impuesto al valor agregado, IVA.

Por lo que hace al lucro cesante, y puesto que las facturas y cuentas de cobro aportadas por la parte convocante no tienen la naturaleza jurídica de títulos valores ni respecto de tales documentos aparecen acreditadas dentro del proceso fechas ciertas de vencimiento, como tampoco otra forma de constitución en mora de los deudores, se concluye que solo a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la solicitud de convocatoria la parte convocada se constituyó en mora, en los términos de los artículos 1608 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil y, por consiguiente, desde esa fecha deberán liquidarse intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley, que de acuerdo con el artículo 884 del Código de Comercio —tal como fue modificado por la L. 510 de 1999, art. 111— equivale a uno punto cinco (1.5) veces el interés bancario corriente, sin exceder el máximo legal permitido por las normas legales que rigen la usura.

Así las cosas, el tribunal condenará a la parte convocada a pagar intereses de mora sobre la suma de un millón trescientos setenta y cinco mil ciento nueve pesos (\$ 1.375.109), a partir de la fecha de notificación del auto admisorio de la solicitud de convocatoria y hasta cuando el pago se realice, a una tasa igual al ciento cincuenta por ciento (150%) del interés bancario corriente, liquidados por períodos mensuales o fracción con base en las tasas certificadas por la (\*) Superintendencia Bancaria para cada mes y sin exceder el límite de usura.

#### 5. Costas procesales

Teniendo en cuenta que por las razones expuestas en los apartados precedentes se ha concluido que, de un lado, fueron desestimadas todas las excepciones de fondo presentadas por la parte convocada, y de otro lado, las pretensiones de la parte convocante prosperaron parcialmente, en obediencia a lo dispuesto en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre la materia (arts. 392 y ss. del CPC), se impone la condena en costas a la parte convocada sobre las bases que a continuación se señalan:

Como agencias en derecho, teniendo en cuenta la cuantía que se tomó en consideración para establecer los honorarios y gastos del presente proceso, se fijará en una suma igual a los honorarios de uno de los árbitros, es

decir, en cincuenta mil pesos mcte. (\$ 50.000), la cual deberá ser cancelada por la parte convocada a la parte convocante.

De otro lado, aparecen demostradas en el expediente las siguientes costas:

Por honorarios y gastos: \$ 300.000

Por IVA sobre honorarios de los árbitros: \$ 24.000

Por IVA sobre gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y conciliación: \$ 8.000

Total: \$ 332.000

Del valor total antes indicado la parte convocante pagó la porción que a esta le correspondía, esto es, la suma de \$ 166.000. En consecuencia, la suma antes mencionada se pagará de manera solidaria por la parte convocada a la parte convocante.

El pago de estas sumas de dinero deberá efectuarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

#### IV. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, este tribunal de arbitramento, constituido para dirimir en derecho sobre la solicitud de convocatoria presentada por Fiduciaria del Tolima S.A. en liquidación contra Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y debidamente habilitado por las partes:

#### RESUELVE:

1. Declarar no probadas las excepciones perentorias propuestas por los integrantes de la parte convocada, Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda MPG y Cía. Ltda., en las contestaciones de la solicitud de convocatoria.
2. Declarar que la parte convocada, conformada por Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda., incumplió el contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá, D.C., en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.
3. Como consecuencia de la declaración precedente, declarar la terminación del contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía y administración, contenido en la escritura pública 458 del 26 de febrero de 1996, otorgada en la Notaría Treinta y Cinco (35) de Bogotá, D.C.
4. Condenar a la parte convocada, conformada por Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda. MPG y Cía. Ltda., a pagar en forma solidaria a favor de Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, la suma de un millón trescientos setenta y cinco mil ciento nueve pesos (\$ 1.375.109), por concepto de daño emergente, incrementado en la suma que resulte de aplicarle el correspondiente porcentaje del impuesto al valor agregado, IVA.
5. Condenar a la parte convocada, conformada por Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda., a pagar en forma solidaria a favor de Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, intereses moratorios sobre la suma de un millón trescientos setenta y cinco mil ciento nueve pesos (\$ 1.375.109) a partir de la fecha de notificación de la solicitud de convocatoria y hasta cuando el pago se realice, a una tasa igual al ciento cincuenta por ciento (150%) del interés bancario corriente, liquidados por mes o fracción con base en las tasas que para los respectivos períodos mensuales certifique la (\*) Superintendencia Bancaria y sin exceder el límite de usura.

6. Condenar a la parte convocada, conformada por Rafael Bonilla Romero, Martha Patricia Giraldo y Martha Patricia Giraldo y Cía. Ltda., MPG y Cía. Ltda., a pagar en forma solidaria a favor de Fiduciaria del Tolima S.A., en liquidación, a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de este laudo, la suma de doscientos dieciséis mil pesos (\$ 216.000), por concepto de costas y agencias en derecho del presente proceso.

7. Negar las demás pretensiones de la solicitud de convocatoria.

8. Entregar a cada una de las partes copia auténtica de este laudo.

9. Protocolizar el expediente correspondiente a este proceso arbitral, una vez en firme el presente laudo, en una notaría del círculo notarial de Bogotá, D.C.

El laudo anterior queda notificado en estrados.

---