

Tribunal de Arbitramento

Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda.

v.

Fiducolombia S.A.

Junio 25 de 2004

Acta 20

Audiencia de fallo

En Bogotá, D.C., el veinticinco (25) de junio del dos mil cuatro (2004), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.), fecha y hora señaladas en auto 27 de fecha trece (13) de mayo del dos mil cuatro (2004), se reunieron en la sede del tribunal los doctores Enrique Cala Botero, quien preside, Gilberto Arango Londoño y Germán Tabares Cardona, en su calidad de árbitros; los doctores Andrés Gouffray Nieto, quien exhibió la cédula de ciudadanía 79.297.344 expedida en Bogotá y la tarjeta profesional 51.916 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de apoderado de la parte convocante; Ramiro Bejarano Guzmán, quien exhibió la cédula de ciudadanía 14.872.948 expedida en Buga y la tarjeta profesional 13.006 del Ministerio de Justicia, apoderado de la convocada; y el doctor Carlos Gilberto Peláez Arango, en su calidad de secretario de este tribunal de arbitramento, con el fin de llevar a cabo la audiencia de fallo.

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 unanimidad por los árbitros.

Laudo

Tribunal de arbitramento

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil cuatro (2004).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar en derecho el laudo que finaliza el proceso arbitral entre Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., por una parte, y Fiducolombia S.A., por la otra parte.

I. Antecedentes

1. Partes y trámite.

1.1. Comerintegral Ltda., sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en Bogotá, por intermedio de abogado, solicitó convocatoria de este tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y demandó a Fiducolombia S.A., sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en Bogotá, el 18 de marzo de 2003, con fundamento en la cláusula vigésima primera del contrato suscrito por las partes y contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, agregada al cuaderno de pruebas, que consigna la cláusula compromisoria que a la letra dice:

“Vigésima primera. Cláusula compromisoria. Las diferencias que se presenten entre las partes a raíz de la interpretación, cumplimiento y terminación del presente contrato, serán obligatoriamente sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, el cual fallará en derecho, funcionará en la ciudad de Bogotá, y estará integrado por tres (3) ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos civiles y abogados inscritos, designados por la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud del fideicomitente o de la fiduciaria”.

1.2. La junta directiva de la Cámara de Comercio de Bogotá, previo sorteo, designó árbitros para este tribunal, que finalmente quedó integrado por los doctores Gilberto Arango Londoño, Enrique Cala Botero y Germán Tabares Cardona, quienes expresaron su aceptación por escrito dentro del término legal.

1.3. El tribunal de arbitramento se instaló el 28 de mayo de 2003. Fue designado como secretario Carlos Gilberto Peláez Arango, quien notificado aceptó el cargo y tomó posesión del mismo. El tribunal fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, hoy situado en la avenida calle 26 N° 68D-35, piso 3°, y la secretaria en la carrera 10 N° 16-39, oficina N° 1416, ambas de Bogotá. En audiencia del 8 de julio de 2003 fue designado como presidente Enrique Cala Botero.

1.4. Durante la audiencia de instalación los árbitros señalaron los honorarios de los miembros del tribunal, de acuerdo con el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como la partida de gastos de funcionamiento, que en la oportunidad legal fueron consignadas por las partes.

1.5. El tribunal admitió la solicitud de convocatoria por auto del 17 de octubre de 2003 y corrió traslado a la parte convocada, quien contestó la demanda, por intermedio de abogado, el 27 de octubre de 2003 y propuso tres excepciones de mérito y la denominada genérica, como defensa, de las cuales se corrió traslado a la parte convocante, quien solicitó la práctica de pruebas adicionales, el 7 de noviembre de 2003.

1.6. El 13 de noviembre de 2003, previa notificación personal, se llevó a cabo la audiencia de conciliación ante el tribunal, que resultó fallida, por lo cual se dispuso citar para primera audiencia de trámite.

1.7. El 5 de diciembre de 2003 se celebró la primera audiencia de trámite que consta en el acta 10 del proceso, en la cual se leyó la cláusula compromisoria contenida en la cláusula vigésima primera del contrato suscrito por las partes y contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, agregada al cuaderno de pruebas 1. El tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes a su decisión, fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite. Igualmente el tribunal decidió sobre las pruebas oportunamente pedidas por los apoderados de las partes y de las que de oficio decretó, y señaló fechas para la práctica de las mismas.

1.8. Con memorial de fecha 28 de octubre de 2003, el apoderado de la convocante presentó dos documentos de cesión derechos litigiosos, a los cuales se les dio el trámite previsto por el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, cesión que no fue aceptada expresamente por la parte convocada, razón por la cual el tribunal en auto 20 de fecha 19 de febrero de 2002, aceptó a la cesionaria Mireya González Pulido como litisconsorte facultativo.

1.9. El tribunal sesionó durante el trámite en 19 audiencias, practicó las pruebas solicitadas por ambas partes, y las que de oficio ordenó. Agotada la instrucción, fijó fecha para oír a las partes en sus alegaciones finales, lo cual hicieron en audiencia del 18 de marzo de 2004.

1.10. El término del proceso arbitral, empezó a contarse a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite el día 5 de diciembre de 2003. Las partes de común acuerdo suspendieron términos por 55 días. En consecuencia el término procesal vencería el día 27 de julio de 2004.

1.11. El tribunal encuentra cumplidos los presupuestos procesales y no advierte causal alguna de nulidad, por lo cual procede a dictar el fallo en derecho, previo estudio de las pretensiones de las partes.

2. Petitum.

La parte convocante, por intermedio de su procurador judicial, solicitó se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“I. Principales

1. Se declare que la Sociedad Fiducolombia S.A., incumplió las instrucciones impartidas y las obligaciones contenidas en la escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, quien en su calidad de vendedora del inmueble Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá, a la Sociedad Makro de Colombia S.A., estaba obligada a recibir y conservar el saldo correspondiente a la venta por valor de \$ 1'596.918.600 m/cte., invertirlo en el fondo común ordinario, rendir cuentas de su gestión y a entregar la suma de \$ 1'204'076.624 m/cte., a la Sociedad Comercializadora y Constructora Integral Ltda.

Comerintegral Ltda., correspondiente a la cuota parte del saldo que le correspondía, en su calidad de fideicomitente, a la entrega física del inmueble denominado Royal.

2. Se condene a Fiducolombia S.A., a pagar con cargo a su patrimonio, y a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de \$ 1'204'076.624 m/cte., correspondiente al saldo del precio por la venta del inmueble Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá, a la Sociedad Makro de Colombia S.A., compraventa que se protocolizó mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, debidamente registrada a folio de matrícula inmobiliaria 50C-1369062 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá.

b) Los rendimientos que hubiere producido la suma de \$ 1'204'076.624 m/cte., correspondiente al saldo del precio por la venta del inmueble Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá, venta hecha a la Sociedad Makro de Colombia S.A., en el fondo común ordinario de Fiducolombia S.A., desde el 22 de diciembre de 1994 fecha en que se perfeccionó la compraventa del citado inmueble y en la que se debió recibir el saldo del precio y hasta el 18 de octubre de 2001, fecha de entrega del inmueble por parte del liquidador de la Sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A., en liquidación forzosa, a Makro de Colombia S.A.

c) Los intereses moratorios liquidados sobre la suma de \$ 1'204'076.624 m/cte., suma que para efectos de su liquidación deberá tomarse capitalizada con los rendimientos que debió producir en el fondo común de la fiduciaria, desde el 19 de octubre de 2001, fecha en la que se debió entregar dicha suma a la sociedad demandante y hasta cuando se produzca su pago, intereses que se deberán liquidar teniendo en cuenta la fluctuación de la tasa de intereses bancario corriente con base en la certificación expedida por la (*) Superintendencia Bancaria, y hasta los límites establecidos en el artículo 882 del Código de Civil.

3. Se condene a Fiducolombia S.A., a pagar con cargo a su patrimonio, y a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., los demás perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante, se probaren en el curso del proceso.

4. Se condene en costas y en agencias en derecho a la parte convocada.

II. Secundarias.

1. Se declare que la Sociedad Fiducolombia S.A., incumplió las instrucciones impartidas y las obligaciones contenidas en la escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994 otorgada en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, quien en su calidad de vendedora del inmueble Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá, a la Sociedad Makro de Colombia S.A., estaba obligada a recibir y conservar el saldo correspondiente a la venta por valor de \$ 1'596.918.600.00 m/cte., invertirlo en el fondo común ordinario, rendir cuentas de su gestión y a entregar la suma de \$ 1'204'076.624.00 m/cte., a la Sociedad Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., correspondiente a la cuota parte del saldo que le correspondía en su calidad de fideicomitente, a la entrega física del inmueble denominado Royal”.

2. Se condene a Fiducolombia S.A., a pagar con cargo a su patrimonio, y a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., las siguientes sumas de dinero:

a) La suma de \$ 1'204.076.624.00 m/cte., correspondiente al saldo del precio por la venta del inmueble Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá, a la Sociedad Makro de Colombia S.A., compraventa que se protocolizó mediante escritura pública 4.090 del 22 de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, debidamente registrada a folio de matrícula inmobiliaria 50C-1369062 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, suma que deberá corregirse monetariamente desde el 22 de diciembre de 1994 fecha en que se perfeccionó la compraventa del citado inmueble y en la que se debió recibir el saldo del precio y hasta la fecha en que se efectúe su pago.

b) Los intereses moratorios liquidados sobre la suma que resulte de corregir monetariamente \$ 1'204'076.624.00 m/cte., (corrección que se deberá realizar desde el 22 de diciembre de 1994, hasta el 19 de octubre de 2001, fecha

en la que se debió entregar dicha suma a la sociedad convocante) y hasta cuando se produzca su pago, intereses que se deberán liquidar teniendo en cuenta la fluctuación de la tasa de intereses bancario corriente con base en la certificación expedida por la (*) Superintendencia Bancaria, y hasta los límites establecidos en el artículo 882 del Código Civil.

3. Se condene a Fiducolombia S.A., a pagar con cargo a su patrimonio, y a favor de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., los demás perjuicios que por concepto de daño emergente y lucro cesante, se probaren en el curso del proceso.

4. Se condene en costas y en agencias en derecho a la parte convocada”.

3. Hechos.

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la convocante, contenidos en la solicitud de convocatoria del tribunal, en beneficio de la brevedad y sin hacer suyas las manifestaciones, el tribunal los sintetiza así:

Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz, Francisco Javier Herrera Díaz, y las sociedades Constructora Royal y Cía. Ltda., hoy Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. y Academia Royal Raquet Tourist Ltda., hoy Instituto de Salud Royal Center S.A. en liquidación obligatoria, celebraron con Selfiducia S.A., un contrato de fiducia de garantía y transfirieron el inmueble denominado el Pinar, de la calle 83 N° 70 A-20 de Bogotá, contrato que fue cedido por escritura pública a Sufiducia hoy Fiducolombia S.A.

Posteriormente, los anteriormente nombrados en calidad de fideicomitentes, Makro de Colombia S.A., en calidad de beneficiaria, y Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., celebraron contrato de fiducia mercantil irrevocable de garantía, modificando íntegramente el contrato de fiducia celebrado con Selfiducia S.A. Igualmente otorgaron hipoteca abierta de primer grado y sin límite de cuantía sobre el inmueble Royal, con el fin de garantizar cualquier suma que llegaren a deber a Makro de Colombia S.A., por cualquier concepto. También se celebró un contrato de comodato, y se le encargó a la fiduciaria vender el inmueble fideicomitado a Makro de Colombia S.A., una vez cumplidas las condiciones estipuladas en la escritura.

El avalúo comercial que se le dio al inmueble fue de \$ 8'030.755.800 m/cte.

Makro de Colombia S.A., quien se reservaba el derecho de adquirir o no el inmueble, manifestó a Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., que las condiciones pactadas en el contrato de fiducia se habían cumplido, por lo que debería proceder a correr la escritura de compraventa respectiva, en la que además se dijo que el saldo de la compraventa, de \$ 1'596.918.600, sería pagado por Makro de Colombia S.A., a los fideicomitentes aportantes a la entrega del inmueble.

Sufiducia, hoy Fiducolombia S.A., extralimitó el encargo otorgado por los fideicomitentes, si bien se estableció que la entrega del dinero solo lo haría por la fiduciaria a los fideicomitentes aportantes a la entrega física del inmueble, Makro de Colombia S.A., debió hacer el pago a la firma de la escritura pública que perfeccionó la compraventa.

Sufiducia, hoy Fiducolombia S.A., recibió de Makro de Colombia S.A. la totalidad de los recursos para pagar el saldo del precio a la firma de la escritura pública de compraventa, pero con posterioridad se los devolvió. Estos recursos, se debieron haber invertido en el fondo común ordinario, tal y como se dispuso en el contrato de fiducia.

Instituto de Salud Royal Center S.A., en liquidación, quien era el único de los fideicomitentes que detentaba la tenencia sobre la totalidad del inmueble, no hizo entrega oportuna del mismo a Makro de Colombia S.A.

Makro de Colombia S.A., ante la no entrega del inmueble, inició proceso de entrega del tradente al adquirente, proceso que terminó al declararse la prosperidad de la excepción previa relacionada con la existencia de cláusula compromisoria.

Sufiducia, hoy Fiducolombia S.A., por solicitud de Makro de Colombia S.A., entregó la totalidad de los recursos

necesarios que dicha Sociedad tenía invertidos en la fiduciaria, y que hubieran servido para el pago del saldo adeudado a la convocante.

La Sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A. en liquidación, a raíz de la intervención y toma de posesión, previo concepto del Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, hizo entrega del inmueble a su propietaria Makro de Colombia S.A., el 18 de octubre de 2001.

Previa a la entrega del inmueble, el Juez 33 Civil del Circuito de Bogotá, que conoce de la liquidación, exigió a la Sociedad Makro de Colombia S.A. que pagara al Instituto de Salud Royal Center S.A. en liquidación, la suma de \$ 392'841.976, correspondiente a su porcentaje del saldo del precio, suma que fue consignada.

Sufiducia, hoy Fiducolombia S.A., se ha negado reiteradamente a pagar el saldo a los demás fideicomitentes.

Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, cedieron a Comerintegral Ltda., los derechos fiduciarios que tenían en el contrato de fiducia mercantil aludido.

El 29 de enero de 2003, se profirió laudo arbitral en el tribunal de arbitramento convocado por Comerintegral Ltda., contra Fiducolombia S.A., mediante el que se condenó a Fiducolombia S.A., a entregar a la convocante unos dineros depositados en el fondo común ordinario, con destinación específica.

La cesión de derechos fiduciarios, realizada mediante documento de fecha 30 de junio de 2000, correspondiente a los derechos fiduciarios derivados del encargo fiduciaria que dio origen a la controversia que fue materia de dicho tribunal, se perfeccionó en su totalidad, antecedente que debe ser tenido en cuenta en el momento de proferirse el laudo que dirima la presente controversia.

Comerintegral Ltda., no ha recibido nunca rendición de cuentas de los dineros que debió recibir por concepto de la compraventa, y que debieron estar invertidos en el fondo común ordinario de Fiducolombia S.A. Tal situación genera un claro incumplimiento al contrato de fiducia y de las obligaciones que tenía y tiene Fiducolombia S.A., con lo cual le han ocasionado graves perjuicios.

4. Contestación de la demanda y excepciones.

En escrito de contestación a la demanda, el apoderado especial de la parte convocada se opuso a todas las pretensiones del convocante, por las razones que expuso, y solicitó se condene en costas y perjuicios a la parte actora. Con respecto a los hechos la convocante aceptó algunos total o parcialmente; otros los negó; algunos manifestó que no le constan, y con relación a otros manifestó que se deben probar.

En cuanto a excepciones, el apoderado de la convocada propuso las siguientes: inexistencia del incumplimiento imputado a la fiduciaria; excepción de contrato no cumplido; inexistencia del derecho pretendido por el actor, y excepción genérica cuya declaración sea oficiosa.

5. Pruebas decretadas y practicadas.

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas a instancia de las partes y las que de oficio consideró necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

El tribunal considera útil, para el sustento de la decisión que se adopta en esta providencia, relacionar los medios de prueba que obran en el proceso y se incorporaron al expediente así:

Pruebas solicitadas por Comerintegral Ltda.:

Los documentos citados en la demanda.

Las testimoniales, el interrogatorio de parte y la actuación procesal surtida dentro del proceso arbitral de Comerintegral Ltda. contra Fiducolombia S.A.

Las documentales allegadas por las partes dentro del proceso arbitral de Makro de Colombia S.A. contra

Fiducolombia S.A., Comerintegral Ltda., Héctor Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz.

El interrogatorio de parte al representante legal de la convocada Fiducolombia S.A.

Los testimonios solicitados en el escrito de demanda.

La exhibición de documentos por Fiducolombia S.A. que se mencionan en la respectiva solicitud.

Pruebas solicitadas por Fiducolombia S.A.:

Los documentos citados en el escrito de contestación de la demanda y allegados con dicho escrito.

El interrogatorio de parte al representante legal de la convocante Comerintegral Ltda.

Los testimonios solicitados en el escrito de contestación de la demanda.

Los oficios al Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, al tribunal de arbitramento de Makro de Colombia S.A. contra Comerintegral Ltda., Fiducolombia S.A. y otros, y a la (*) Superintendencia Bancaria, en los términos solicitados en el escrito de contestación de la demanda.

El tribunal hace propicia la ocasión para dejar sentado que no obstante los dos requerimientos adicionales enviados al Juzgado Treinta y Tres Civil del Circuito de Bogotá, solicitando el envío de las pruebas decretadas, tales requerimientos no fueron atendidos.

La inspección judicial con exhibición de documentos sobre los libros y papeles de Comerintegral Ltda., con la intervención de un perito experto en contabilidad, con el objeto de determinar los puntos solicitados en la contestación de la demanda.

Pruebas de oficio:

El certificado de existencia y representación legal de Fiducolombia S.A. expedido por la (*) Superintendencia Bancaria, que obra a folio 15 del cuaderno principal 1, que acredita que Fiducolombia S.A. absorbe a Fiduciaria Suramericana y Bic S.A.

Copia auténtica de la escritura pública 1959 del 19 de julio de 1994, otorgada en la Notaría 40 del Círculo de Bogotá, que contiene la cesión del contrato de fiducia mercantil de Selfiducia S.A. a Sufiducia, para que sea aportada por la convocada.

6. Alegatos de conclusión.

En la audiencia celebrada el 13 de mayo de 2004 los apoderados de las partes presentaron al tribunal sus respectivos alegatos de conclusión, y presentaron un resumen escrito de los mismos.

El tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en dicho alegato por cada uno de los apoderados y el resultado de este estudio se encuentra reflejado en las conclusiones a las cuales el mismo tribunal llegó en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este laudo más adelante deja consignadas.

II. Consideraciones

1. Estudio legal, doctrinario y jurisprudencial.

Es pertinente efectuar algunas consideraciones sobre los aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinarios de los temas que inciden directamente en el caso que nos ocupa, a saber:

1.1. Definiciones, elementos y clases del contrato de fiducia.

Existen dos clases de negocios fiduciarios, que son: la fiducia mercantil y el encargo fiduciario.

El artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia mercantil en los siguientes términos:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1233 del mismo código, los bienes fideicomitidos pasan a ser propiedad de la sociedad fiduciaria, pero sin embargo permanecen separados de sus propios activos mediante la constitución de un patrimonio autónomo, afectado exclusivamente a la realización de la finalidad determinada en el acto de constitución del negocio.

La (*) Superintendencia Bancaria, en su Circular Básica Jurídica, divulgada mediante Circular Externa 7 de 1996, define los negocios fiduciarios como,

“... aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes, determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos con el propósito de que esta cumpla con ello una finalidad específica, bien sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero”.

Por su parte, Sergio Rodríguez Azuero, en su libro La responsabilidad del fiduciario, afirma que,

“... el negocio fiduciario se caracteriza por la existencia de un fin seriamente querido por las partes, para cuya obtención se dota a una de ella de poderes excepcionales y que, de suyo, no requeriría jurídicamente para obtener la finalidad económica buscada”⁽¹⁾.

El autor anteriormente citado destaca los tres aspectos que se configuran como fundamentales en los llamados negocios fiduciarios. Ellos son:

Un elemento real, el cual se refiere a la transmisión plena de derechos, bien sea de carácter real —como la tenencia o la propiedad— o de carácter personal —como la titularidad de un crédito—, por parte del fideicomitente a la sociedad fiduciaria, para constituirlo frente a terceros como el dueño o titular de los bienes o derechos transmitidos.

Un elemento personal u obligacional, en virtud del cual la titularidad del fiduciario se ve limitada o constreñida por la finalidad indicada por el fideicomitente.

Un elemento de riesgo, de que el fiduciario abuse de sus facultades, el cual se presenta a raíz de la gran cantidad de poderes jurídicos que le son conferidos por parte del fideicomitente al convertirlo en titular de un derecho o en el propietario de un bien que, en principio, le pertenecían.

Por su parte, Carlos E. Manrique Nieto afirma que el contrato en cuestión,

“... consiste básicamente en asignarle una o más actividades específicas a una sociedad fiduciaria (finalidad del contrato) y transferirle la propiedad de uno o más bienes, como medio o instrumento para que pueda actuar en el mundo del derecho y cumplir dichas finalidades”⁽²⁾.

El encargo fiduciario puede definirse como aquel negocio mediante el cual una persona entrega o transfiere ciertos bienes a una sociedad fiduciaria, sin que estos entren a conformar un patrimonio autónomo, para que con ellos esta última se encargue de cumplir un fin establecido por la primera.

El artículo 29 del estatuto orgánico del sistema financiero, (D. 663/93), al establecer las operaciones autorizadas realizar por las sociedades fiduciarias, dispone en el literal b) lo siguiente:

“... celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece”.

Con respecto al régimen legal aplicable al encargo fiduciario, el artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero (EOSF) dispone lo siguiente:

“En relación con los encargos fiduciarios se aplicarán las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil, y subsidiariamente las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de mandato, en cuanto unas y otras sean compatibles con la naturaleza propia de estos negocios y no se opongan a las reglas especiales previstas en el presente estatuto”.

A pesar de la posibilidad de regirse por una normatividad común, la fiducia mercantil y el encargo fiduciario se configuran como negocios jurídicos independientes, cuya diferencia puede ser resumida en los siguientes puntos. En la fiducia mercantil la transferencia de propiedad se configura como un elemento de la esencia del negocio, mientras que en el encargo fiduciario esta se configura tan solo como elemento de su naturaleza. Además, la constitución de un patrimonio autónomo es esencial a la fiducia mercantil, mientras que dicho fenómeno jamás se presenta en el encargo fiduciario, aun si en virtud de este se ha transferido la propiedad de ciertos bienes⁽³⁾.

Por lo que hace a los elementos del contrato de fiducia ya definido, en un laudo sobre el tema fiduciario, una vez transcrita la definición legal del artículo 1226 del Código de Comercio, se dice:

“En la norma transcrita aparecen claramente relacionados los elementos del contrato de fiducia, a saber: las partes: el fiduciante o fideicomitente; el fiduciario, o fideicomisario como lo llama también la doctrina, y el beneficiario, que puede ser el mismo fiduciante. El objeto: uno o más bienes que se transfieren al fiduciario. La finalidad: que es administrar o enajenar el o los bienes materia del contrato, para cumplir las instrucciones determinadas por el fiduciante. Además, por tratarse de un contrato comercial, es esencialmente remunerado”⁽⁴⁾.

Tanto en las definiciones transcritas como en los elementos enumerados es preciso destacar la ineludible presencia de un factor de confianza —rasgo fundamental de su antecedente anglosajón—, el cual se deriva del carácter profesional de la sociedad que acomete el cumplimiento de la finalidad deseada por el fideicomitente. Son precisamente la confianza que subyace esta relación contractual y el carácter profesional del fiduciario los elementos que habrán de determinar el régimen de responsabilidad a este último aplicable.

Además de la clasificación legal hasta ahora estudiada, existen diferentes clases de los que comúnmente se han denominado productos fiduciarios, los cuales se pueden instrumentar a través de contratos de fiducia mercantil o de encargo fiduciario, y que se determinan por la finalidad que persiga el fideicomitente. Entre los principales productos fiduciarios encontramos: la fiducia de garantía; la de administración y pagos; la de inversión; la inmobiliaria; la de emisión de bonos o papeles comerciales; la de liquidación de sociedades comerciales; la de herencias o legados, y la de seguros de vida. Nos ocupan aquí tan solo los dos primeros.

La (*) Superintendencia Bancaria define el contrato de fiducia en garantía en los siguientes términos:

“Entiéndese por fideicomiso de garantía aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato”⁽⁵⁾.

De la definición transcrita es necesario destacar los siguientes aspectos, relacionados con la estructuración del negocio en cuestión.

Los intervinientes, que son: un fideicomitente, una sociedad fiduciaria y unos beneficiarios. El primero de ellos es normalmente el mismo deudor, y es quien transfiere a la segunda ciertos bienes, materiales o inmateriales, para asegurar sus obligaciones; los últimos son, por lo general los acreedores en cuyo favor se constituye la garantía, quienes intervienen en el contrato pero no se configuran como parte del mismo.

La clase de contrato, que puede ser: un contrato de fiducia mercantil o un encargo fiduciario; constituyendo un

patrimonio autónomo en el primer caso, o con o sin transferencia de propiedad en el segundo. Al respecto, afirma Pilar Salazar Camacho:

“Lo más usual para garantizar la finalidad de seguridad pretendida, es que se utilice la fiducia mercantil de manera que la titularidad salga de cabeza del deudor y pase a una fiduciaria. Sin embargo hay caso en que no se justifica esa transmisión de dominio y basta un simple encargo de gestión, como ocurría en los manejos concordatarios (sic) o preconcordatarios”⁽⁶⁾.

Por último, es de fundamental importancia que en el contrato se especifique con la mayor exactitud posible el procedimiento para la ejecución de la garantía, para lo cual se deben tener en cuenta aspectos como el avalúo del bien, el precio de venta al momento de su realización, el plazo máximo para llevarla a cabo, las reglas sobre la tenencia del bien, etc.⁽⁷⁾.

La (*) Superintendencia Bancaria define el contrato de fiducia de administración en los siguientes términos:

“Para estos efectos, se entiende por negocios fiduciarios de administración aquellos en los cuales se entregan bienes a una institución fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada”⁽⁸⁾.

Al referirse al la fiducia de administración, Ernesto Rengifo García, en su libro La fiducia mercantil y pública en Colombia, afirma que: “... esta modalidad de fiducia consiste en la transferencia de unos bienes para que una entidad fiduciaria los administre en beneficio del constituyente o del fideicomisario”⁽⁹⁾.

La asociación de fiduciarias define la fiducia de administración y pagos, como el negocio fiduciario en el que,

“... el fideicomitente entrega a la fiduciaria una suma de dinero con el fin de que efectúe una serie de pagos y con el fin de que, mientras se efectúan dichos pagos, la invierta productivamente, en la forma en que el fideicomitente determine”⁽¹⁰⁾.

En virtud de este contrato, es “usual que la fiduciaria también se encargue de realizar los trámites previos a la celebración de los contratos que dan origen a los pagos”⁽¹¹⁾.

Es esta la estructuración básica del negocio, sin embargo, y atendiendo al principio de autonomía de la voluntad que rige nuestro derecho privado, es posible afirmar que esa admite variaciones. Así, y dependiendo del proyecto o negocio de que se trate, puede ser el beneficiario quien entregue a la sociedad fiduciaria una determinada suma de dinero para le sea pagada al fideicomitente.

1.2. La responsabilidad civil contractual del fiduciario.

Estudiado el contrato de fiducia, es necesario ahora referirnos al tema de la responsabilidad contractual del fiduciario.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se acepta de manera prácticamente unánime que los elementos de la responsabilidad contractual son: El dolo o culpa, el daño y el vínculo de causalidad entre ambos. El tribunal de arbitramento de Leasing Mundial S.A. contra fiduciaria FES S.A. los sintetizó de la siguiente forma:

“Tratándose, 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 el incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a este, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse la mora del deudor, si la obligación es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil”⁽¹²⁾ (el resaltado no es del texto).

Así, y como primer paso para determinar la responsabilidad contractual, es necesario establecer la existencia tanto de un contrato como de una obligación que de él se derive y sea, a su vez, susceptible de ser incumplida. Al respecto, afirma la jurisprudencia nacional:

“Antes que todo se requiere la existencia de una obligación que goce plena eficacia jurídica y que por lo mismo esté protegida por la ley y deba ser cumplida por el deudor. No ofrecen esta característica las obligaciones naturales ni las que nacen de un contrato afectado de invalidez”⁽¹³⁾.

Según lo anterior, es necesario precisar que en tratándose de un contrato de fiducia mercantil de garantía que versa sobre bienes inmuebles es necesario que este se perfeccione mediante el otorgamiento de una escritura pública.

Una vez probada la efectiva existencia de una relación contractual entre el demandante y el demandado, se deberá proceder a probar el incumplimiento o cumplimiento deficiente de la misma. Para hacerlo es necesario, determinar el objeto de las obligaciones cuyo incumplimiento se alega, es decir, las prestaciones que de ellas se derivan.

Tratándose del contrato de fiducia, cuya definición carece de cualquier especificación acerca del papel que debe desempeñar la fiduciaria, es necesario acudir, a las reglas generales de la fiducia mercantil y a las cláusulas contractuales que especifiquen la conducta que habrá de asumir el profesional fiduciario⁽¹⁴⁾. Estas últimas se analizarán más adelante en este laudo. Por lo que hace a las primeras, el artículo 1234 del Código de Comercio establece los deberes indelegables de las sociedades fiduciarias en los siguientes términos:

“Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1. Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;
2. Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;
3. Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;
4. Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;
5. Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;
6. Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;
7. Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y
8. Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

La jurisprudencia arbitral ha establecido la existencia de ciertas obligaciones que se imponen a las sociedades fiduciarias en virtud del carácter profesional que marca su actividad⁽¹⁵⁾. En el presente caso es necesario hacer alusión a las siguientes:

La más importante de las denominadas obligaciones de lealtad, cual es la obligación de ejecutar el contrato. En efecto, corresponde al profesional fiduciario,

“... actuar con los medios y el propósito necesarios para que su cliente alcance la finalidad social, económica o jurídica que persigue. Por ende el profesional debe prestar los servicios a que se comprometió en la forma y en la oportunidad estipuladas o usuales”⁽¹⁶⁾.

El deber de vigilancia, en virtud del cual la sociedad fiduciaria debe adoptar, ante la ejecución del contrato, una posición dinámica y activa, y no simplemente aguardar el desarrollo de los acontecimientos:

“Este deber le exige al profesional estar atento o vigilante, lo que significa que ha de anticipar razonablemente, de

acuerdo con su experiencia, la ocurrencia de situaciones nocivas o el cambio de tendencia en los negocios”⁽¹⁷⁾.

El deber de facilitar la ejecución del contrato, en virtud del cual “el profesional debe suministrar a su cocontratante las instrucciones, documentos, objetos y demás elementos necesarios con el fin de permitirle la ejecución de sus tareas contractuales”⁽¹⁸⁾.

Por último, y como parte esencial de las denominadas obligaciones de eficacia, el deber de “reaccionar con prontitud, de manera que el profesional debe cumplir las gestiones y actividades que le corresponden oportunamente, esto es, en tiempo útil”⁽¹⁹⁾.

Es preciso determinar si las obligaciones de la fiduciaria son de medio o de resultado, dadas las implicaciones que en uno u otro caso tiene su incumplimiento.

De acuerdo con lo expuesto por el colombiano Guillermo Ospina Fernández, en su obra Régimen general de las obligaciones, “dícese de las obligaciones de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización el no garantiza”⁽²⁰⁾. Así mismo, “la obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella”⁽²¹⁾. En la mayoría de los casos en que existen obligaciones a cargo de gestores de intereses ajenos las obligaciones son esencialmente de medio y no de resultado; este es el caso de los regímenes de responsabilidad de las actividades profesionales de médicos y abogados.

El numeral 3º del artículo 29 del EOSF dispone:

“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”.

Por su parte, el numeral 5º del artículo 151 del mismo estatuto establece:

“Dentro de los contratos mediante los cuales se vincule a los constituyentes o adherentes con los fondos o proyectos específicos de inversión deberá destacarse la circunstancia de que las obligaciones que asume el fiduciario tienen el carácter de obligaciones de medio y no de resultado. En consecuencia, las sociedades fiduciarias se abstendrán de garantizar, por cualquier medio, una tasa fija para los recursos recibidos, así como de asegurar rendimientos por valorización de los activos que integran los fondos”.

La (*) Superintendencia Bancaria ha sostenido⁽²²⁾, con relación a las obligaciones asumidas por las sociedades fiduciarias, que estas han de emplear todos los medios que la técnica y su profesionalismo pongan a su alcance para la consecución de la finalidad del contrato, sin garantizar resultado alguno como culminación de sus esfuerzos.

Sin embargo, como señala Sergio Rodríguez Azuero, “a la luz de la doctrina actual no hay actividades que, de manera absoluta, determinen obligaciones de medio y no de resultado”⁽²³⁾. Las operaciones fiduciarias por lo general son complejas e implican una diversidad de obligaciones que se pueden denominar como instrumentales o accesorias, tales como las que aparecen enumeradas en el artículo 1234 del Código de Comercio, las cuales por su naturaleza se configuran evidentemente como obligaciones de resultado. Adicionalmente, existen varias hipótesis en las cuales una sociedad fiduciaria se podría comprometer a obtener determinados resultados, tal y como sucede en la práctica con la fiducia de administración.

El tribunal comparte el anterior criterio y en consecuencia en el presente litigio deben tratarse las obligaciones de la fiduciaria emanadas del contrato de fiducia de administración, como obligaciones de resultado, con la consecuencia lógica que ello conlleva en cuanto a la culpa o el dolo por incumplimiento o ejecución defectuosa, pues en las obligaciones de resultado la culpa o el dolo se presumen, debiendo demostrar la demandada, para su exoneración, la existencia de una causa extraña que le impidió el cumplimiento de la obligación, tema al que nos referiremos mas adelante.

Como segundo elemento de la responsabilidad contractual, es necesario probar el efectivo acaecimiento de un daño provocado por el incumplimiento, daño que debe reunir ciertas cualidades para ser indemnizado.

Según el doctrinante colombiano Javier Tamayo Jaramillo, el daño civil se define como “el menoscabo a las facultades que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”⁽²⁴⁾, causado de forma ilícita por una persona diferente de la víctima. El daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, en los casos de responsabilidad contractual solo los primeros son susceptibles de ser indemnizados, excepto en los casos del contrato de transporte al que se refiere el Código de Comercio.

El artículo 1614 del Código Civil, los daños patrimoniales se dividen en lucro cesante y daño emergente. De acuerdo con la jurisprudencia nacional,

“el daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de decirse la responsabilidad”⁽²⁵⁾.

Así mismo, el lucro cesante “está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”⁽²⁶⁾.

Para que se le impute cualquier responsabilidad al deudor, el acreedor debe demostrar que el daño alegado, tanto lucro cesante como daño emergente, reúne las características necesarias para ser indemnizado. Así, el daño alegado deberá ser cierto, directo y, en el caso específico de la responsabilidad contractual y cuando no haya dolo, previsible.

Una vez determinada la ocurrencia de los elementos ya señalados, es necesario comprobar la existencia de una relación de causa a efecto entre la culpa o el dolo del deudor y el daño alegado por el acreedor⁽²⁷⁾. Esto se desprende de lo establecido por el artículo 1613 del Código Civil, el cual dispone que los perjuicios hayan de provenir del incumplimiento, cumplimiento imperfecto o retardado de una obligación. Es, pues, necesario que la parte demandante pruebe la existencia de esta relación de causalidad entre el hecho demandado, es decir aquellos relacionados con el incumplimiento de la sociedad fiduciaria, y el daño que se pretende sea indemnizado, es decir aquellos de carácter patrimonial que se causaron con ocasión de dicho hecho; si la parte demandada logra destruir dicha relación será imposible imputarle a esta responsabilidad alguna.

1.3. El contrato de compraventa de inmuebles, la dación o entrega del bien materia del mismo, y el contrato de comodato.

“La compraventa —dice el artículo 1849— del Código Civil colombiano es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y esta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio”.

En la definición transcrita quedan contenidos, de una parte, los elementos esenciales de este tipo de contrato y, de otra, las características fundamentales del mismo.

En cuanto hace a los elementos esenciales, de un lado se requiere la existencia de dos partes, como es apenas lógico, tratándose de un contrato de carácter bilateral, de otro la existencia de una cosa, sea ella corporal o incorporeal, cuya enajenación no esté prohibida por la ley, que es la materia sobre la cual recae el contrato y, finalmente, la de una suma determinada de dinero, llamada precio. El vínculo que liga tales elementos es la obligación recíproca que asumen las partes, esto es, la de dar la cosa, por parte del vendedor, y la de pagar el precio, por parte del comprador. Reunidos todos los elementos mencionados, queda automáticamente configurado el contrato de compraventa.

Ahora bien. Como lo anotan diversos autores, el elemento de la definición transcrita que más controversias ha generado a través del tiempo es la palabra “dar”, en razón de las posibilidades de interpretación que ella genera: De un lado, la más elemental, que sostiene que se trata únicamente de la simple entrega física que garantice al comprador la posesión pacífica de la cosa vendida; de otro, la que sostiene que el sentido real de la palabra empleada por el código no es solamente el de entregar físicamente la cosa sino que incluye, además, el de transmitir el dominio del bien, puesto que ambas cosas son las que constituyen la intención de quien celebra un contrato de compraventa, sea como comprador, sea como vendedor. Por lo demás, si con la sola entrega física del bien se consolidara el contrato de compraventa, difícilmente podría establecerse una diferenciación clara con el

contrato de arrendamiento, por ejemplo, en el cual también hay dos partes, una suma de dinero que una de las partes entrega a la otra y un bien que quien recibe el dinero entrega, a su turno, como contraprestación a quien lo da. La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 15 de septiembre de 1955, con ponencia de Alberto Zuleta Ángel, definió con toda precisión cuál de las dos interpretaciones es la que resulta más acorde con la disposición, cuando dijo:

“La obligación de dar contiene la obligación de entregar, pero no se confunde con ella (C.C., art. 1605). Ciertamente es que el artículo 1880 del mencionado código, al señalar las obligaciones del vendedor, no habla de dar sino de entregar pero cierto es también que la citada disposición es clara en el sentido de expresar que el vendedor debe hacer la tradición de la cosa vendida conforme a las reglas contenidas en los artículos 740 y siguientes del Código Civil. A este respecto ha dicho la Corte que la obligación de entregar a que se refiere la disposición citada tiene, en su cumplimiento, dos efectos necesarios: transferir la propiedad al comprador y procurarle la libre posesión no solo civil sino física, exenta de todo obstáculo”⁽²⁸⁾.

En lo que se refiere a las características fundamentales, el de compraventa es un contrato bilateral, por lo general consensual, salvo aquellos casos en los que, como en la compraventa de inmuebles, se requiere la solemnidad de la escritura pública debidamente registrada, oneroso, conmutativo, de ejecución instantánea y de libre discusión entre las partes.

En cuanto a la conmutatividad, que es de importancia para los efectos que interesan, y para reforzar lo expuesto en lo que se ha expresado hasta acá, dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 20 de 1948:

“El contrato de venta, oneroso por esencia, es generalmente conmutativo y hasta puede tenerse como tipo de los de esta clase, porque las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde su celebración en forma que las partes pueden determinar el beneficio o la pérdida que van a reportar: comúnmente, se estima que la cosa vale lo que por ella se paga...”⁽²⁹⁾ (el resaltado no es del original).

Y de conformidad con el artículo 1857 del Código Civil, “La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes: La venta de bienes raíces... no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública...”, disposición esta complementada por el artículo 756 del mismo código en cuanto dispone: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos...”, respecto de todo lo cual la misma Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 30 de mayo de 1930, precisó lo siguiente: “El contrato de venta de una finca raíz no adquiere plena existencia jurídica mientras la escritura respectiva no se haya registrado en el lugar correspondiente; es decir, mientras no se haya efectuado la tradición”⁽³⁰⁾, de manera que, tratándose de esta última especie de bienes, una vez efectuado el registro mencionado, el contrato genera la totalidad de los efectos previstos por la ley.

Obviamente, no todas las operaciones de compraventa reúnen siempre las mismas características, como quiera que las circunstancias o la simple voluntad de los contratantes hagan que estos tengan o quieran optar por diferentes modalidades. Por eso, el artículo 1863 del Código Civil establece, entre otras cosas, que “La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Puede hacerse a plazo para la entrega de las cosas o del precio...” (las negrillas no son del texto), y que, en estos casos, “se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no fueren modificadas por las de este título”. Ahora bien: el artículo 1880 del Código Civil establece que, “Las obligaciones del vendedor se reducen a dos: la entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida...”, respecto de lo cual ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“Si el vendedor no ha satisfecho las obligaciones que como a tal le corresponden, y entre las que ciertamente se hallan las fundamentales de entregar la cosa vendida y la de sanear la venta, el comprador no está en mora de cumplir con las suyas —entre ellas, la primordial de pagar el precio— ni puede, por consiguiente, demandársele válidamente su ejecución”⁽³¹⁾.

Pero, retomando el punto tratado en un comienzo, para complementarlo, ¿qué es entregar? Si bien ya quedó claro que, para la Corte, por la palabra dar que emplea el artículo 1849 del Código Civil debe entenderse la tradición de la propiedad, no lo es menos que la simple tradición jurídica carece de contenido material en tanto y en cuanto no

esté debidamente complementada por la realidad fáctica que permita, como lo dicen los comentaristas, “la posesión útil o provechosa del bien por parte del comprador”. Tanto es así, que la misma Corte ha dicho lo siguiente:

“Si con el solo registro de la escritura de venta de un inmueble quedara cumplida la obligación del vendedor de entregar la cosa que vende, resultaría irrisorio el derecho de propiedad del comprador, puesto que si el vendedor retiene la posesión material de la finca aprovechándose de sus utilidades, y el comprador ejercitare la acción *ex empto* para la entrega, el vendedor podría oponerle la excepción de estar cumplida aquella obligación con el registro”⁽³²⁾.

Por eso, además, en la generalidad de los contratos de compraventa se especifica expresamente si el comprador ha recibido ya el inmueble por él adquirido o, en caso contrario, se estipula el plazo para que tal entrega se haga efectiva por parte del vendedor.

A este último propósito, es del caso anotar que, según el artículo 1882 del Código Civil,

“El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la época prefijada en él... Si el vendedor, por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él... Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo” (el resaltado no es del texto).

Si bien esta disposición podría considerarse como una la reiteración de la denominada condición resolutoria tácita, contenida en el artículo 1546 del mismo código, lo cierto es que su contenido es de mucho mayor alcance, sobre todo desde el punto de vista procesal, toda vez que, como bien lo ha sostenido la Corte en más de una oportunidad, mientras la cláusula resolutoria, para ser efectiva, requiere de sentencia judicial en la que se decrete la resolución del contrato,

“el derecho de desistir de la compraventa, en caso de que el vendedor por hecho o culpa suya haya retardado la entrega de la cosa vendida, es un derecho potestativo del comprador, que no requiere pronunciamiento alguno del juez. Puede el comprador desistir por sí y ante sí ante el mero hecho de haber incurrido el vendedor en mora...”⁽³³⁾.

En otras palabras, la ley considera de tal gravedad el incumplimiento culposo del vendedor en hacer entrega de la cosa vendida, que estima que es causal suficiente para que el comprador desista del contrato y que ese desistimiento esté amparado jurídicamente.

¿Y cuándo se entiende que existe culpa del vendedor en el retardo de la entrega del bien vendido? La Corte Suprema de Justicia definió con toda precisión el punto cuando, en Sentencia de Casación de 9 de octubre de 1951, dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

“Hay presunción de culpa en el vendedor que no hace la entrega oportunamente. Para exonerarse de responsabilidad debe destruir esa presunción, probando caso fortuito sobrevenido sin su culpa antes de estar constituido en mora (art. 1882, inc. 2°)... Por lo demás, la culpa es el resultado de una omisión, en tesis general. El deudor que quiera destruirla ha de probar el hecho contrario al negativo, en la medida que la ley determine, según la clase de contrato: el cuidado o diligencia que puso para cumplir su obligación. Y desde luego la diligencia y cuidado han de emplearse oportunamente, antes de que la obligación se haga exigible ya que la mora, por sí, implica culpabilidad. La prueba de la diligencia incumbe al que debió emplearla. La del caso fortuito al que lo alega (C.C., arts. 63 y 1604 y L. 95/890, art. 1°)”⁽³⁴⁾.

Valga la pena recordar que, según la última de las normas que aparecen en la cita de la Corte, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁽³⁵⁾.

Precisando el alcance de la disposición legal, y haciendo referencia a una motivación específica aducida en el caso en estudio por los fideicomitentes, que transfirieron el inmueble a la fiduciaria con el encargo específico de venderlo por cuenta de aquellos, para no hacer entrega oportuna de la cosa vendida, dijo la Corte en Sentencia del 20 de enero de 1951:

“No sería razón para desechar la demanda en que se exige la entrega del bien material de la compraventa, como obligación dependiente del contrato, el hecho de que el vendedor no tenga la tenencia de la cosa, por hallarse esta en posesión de terceros, porque bien pudo el vendedor ejercitar contra ellos las acciones correspondientes, o entenderse personalmente con los mismos, y desembarazar la propiedad de los inconvenientes que le impiden cumplir con su obligación de entregar...”⁽³⁶⁾.

Es pertinente para la decisión de la litis que nos ocupa, tratar el tema del comodato, contrato también celebrado por las partes y título en ejercicio del cual los fideicomitentes tenían el inmueble materia del contrato de compraventa.

El artículo 2200 del Código Civil define el contrato en estudio en los siguientes términos:

“El comodato o préstamo de uso es un contrato en que la una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella y con cargo de restituir la misma especie después de terminar el uso”.

En consecuencia, sus características son: es un contrato bilateral, esencialmente gratuito y real, o sea requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa prestada.

Según la disposición del artículo 2203 del Código Civil el comodatario es responsable hasta de la culpa levísima y solo se exonera de responsabilidad por fuerza mayor, salvo las excepciones que la misma norma señala.

A su vez, el artículo 2205 *ibídem* establece la obligación para el comodatario de restituir la cosa prestada en el tiempo convenido, obligación de la cual solo se puede exonerar alegando el derecho de retención para el pago de las expensas necesarias y urgentes hechas en la cosa, (art. 2208 *ibídem*), y que no pertenezca al comodante la cosa prestada o se embargue judicialmente (art. 2208 *ibídem*).

Por último debemos resaltar la gran importancia que tiene para el caso que nos ocupa, la clara disposición del artículo 2214 de Código Civil que establece: “Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables” (el resaltado es nuestro).

1.4. El valor probatorio de los libros de contabilidad. Su reconstrucción.

La clara disposición del artículo 271 del Código de Procedimiento Civil establece que en los procesos entre comerciantes, los libros de comercio hacen fe, siempre que estén llevados en legal forma. Agrega la norma que cuando una de las partes no los lleve en legal forma, se estará a los de la contraparte.

A su vez, el artículo 135 del Decreto 2694 de 1993, regula el caso de la reconstrucción de los libros de comercio en los siguientes términos:

“El ente económico debe denunciar ante las autoridades competentes la pérdida, extravío o destrucción de sus libros y papeles. Tal circunstancia debe acreditarse en caso de exhibición de los libros, junto con la constancia de que los mismos se hallaban registrados, si fuere el caso.

Los registros en los libros deben reconstruirse dentro de los seis (6) meses siguientes a su pérdida, extravío o destrucción, tomando como base los comprobantes de contabilidad, las declaraciones tributarias, los estados financieros certificados, informes de terceros y los demás documentos que se consideren pertinentes” (el resaltado no es del texto).

De acuerdo con la norma antes transcrita, la sola denuncia sobre la pérdida o destrucción de los libros, no exonera de su exhibición, si han transcurrido más de seis meses de ella, pues han debido reconstruirse.

2. Análisis probatorio.

2.1. Asuntos probatorios de resolución previa.

2.1.1. La tacha de sospecha de un testigo.

El apoderado de Comerintegral Ltda. durante la audiencia del 19 de febrero de 2004, en que se recibió el testimonio de la señora Claudia Marcela Estrada Montoya, formuló tacha de sospecha del citado testimonio, con base en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, por estar vinculada a Bancolombia, entidad que es accionista de la parte convocada, (fl. 307 del cdno. ppal. 1).

El tribunal no encuentra fundados los motivos invocados para tener como sospechoso el testimonio de la señora Claudia Marcela Estrada Montoya, toda vez que del análisis cuidadoso de su declaración, se establece la objetividad y espontaneidad en sus dichos.

2.1.2. Objeción al dictamen pericial.

El apoderado de Comerintegral Ltda., mediante memorial que obra a folios 324 a 326 del cuaderno principal 1, objetó por error grave el dictamen pericial rendido por el perito doctor Luis María Guijo Roa, que obra en el expediente a folios 103 y siguientes del cuaderno de pruebas 2.

El apoderado en el escrito de objeción no solicitó pruebas y entre otros señala los siguientes aspectos:

“... 6. Muchas de las preguntas que le fueron sometidas a su experticio, las pudo haber contestado con los documentos que le fueron entregados, balances y estados de resultados, si le hubiera dado el valor que les concede el artículo 52 del Código Civil, esto es, son documentos que permiten conocer de manera clara y completa la situación patrimonial de Comerintegral Ltda.”. 7. Finalmente objeto el dictamen, por error grave, ya que el representante legal de Fiducolombia S.A., Dr. Hernán Santacruz Guerrero, en diligencia de interrogatorio de parte, exhibió unos supuestos recibos y comprobantes de egreso y de pago que en su momento realizó Sufibic a Constructora Royal Ltda. hoy Comerintegral Ltda., correspondiente a las tres (3) primeras cuotas por la compraventa del lote Royal. Si tal documentación reposa en el expediente, bien pudo responder la pregunta 4, relacionada con los abonos que la convocante recibió como parte del precio”.

El perito en su dictamen, en las respuestas a las preguntas 1, 2, 3, 4, a), b), c) y d), de manera constante conceptúa:

“Teniendo en cuenta que la empresa Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda. no presentó libros de contabilidad ni soportes contables debido a que, según sus representantes, estos se perdieron y destruyeron de acuerdo con la denuncia presentada por el representante legal y el contador mencionados anteriormente, no es posible precisar si en la contabilidad aparecen...”.

El perito en virtud de la solicitud del apoderado de la convocada en las aclaraciones y complementación a su dictamen pericial, en la respuesta a las preguntas 1 y 2, concluye: “Los balances o estados financieros sin soportes, no suplen los libros de contabilidad, por cuanto, según el artículo 125 del Decreto Reglamentario 2649 de 1993 diciembre 29, que rige las disposiciones y normas sobre contabilidad “... los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes...”, lo mismo lo establecen los artículos 772 y 773 del estatuto tributario”.

El auto que decretó la prueba según acta 10 de fecha 5 de diciembre de 2003, dispuso:

“B. Pruebas solicitadas por Fiducolombia S.A.: ... 5. Decrétase la inspección judicial con exhibición de documentos sobre los libros y papeles de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., en su sede de la Transversal 13B N. 127^a-75 de esta ciudad, tales como libros de actas de junta de socios y/o directiva, libros de contabilidad con sus auxiliares y notas explicativas, informes de gerencia y revisoría fiscal, correspondencia enviada y recibida relacionada con el contrato de fiducia, con la intervención de un perito experto en contabilidad, con el objeto de determinar, ...”.

Es decir, que el objeto del dictamen pericial eran, los libros de contabilidad y papeles de comercio de la sociedad Comerintegral Ltda., experticio que según lo manifestado por el perito no se pudo cumplir porque los libros de contabilidad y la correspondencia de dicha compañía se extraviaron según hechos ocurridos desde el 18 de mayo de 2003, constando en denuncia presentada el 13 de diciembre de 2003 y para la fecha del dictamen no habían sido reconstruidos a pesar de que la ley señala un término de seis meses para el efecto, y los nuevos libros registrados el 5 de enero de 2004 en la Cámara de Comercio de Bogotá se encontraban en blanco.

El tribunal considera que la objeción presentada por el apoderado de la convocante al dictamen pericial, en el sentido de que los libros de contabilidad de Comerintegral Ltda. pueden ser reemplazados, con los balances presentados por la misma compañía dentro de la diligencia de inspección judicial o con los documentos aportados por el representante legal de Fiducolombia S.A., en la diligencia de interrogatorio de parte, no configura el error endilgado al dictamen y mucho menos con la entidad de grave como lo tienen señalado la doctrina y la jurisprudencia para que se abra paso la objeción.

El tribunal en consecuencia, rechaza por infundada la objeción por error grave al dictamen pericial rendido por el perito Luis María Guijo Roa, presentada por el apoderado de la convocante Comerintegral Ltda.

Corresponde ahora efectuar el análisis del acervo probatorio allegado al expediente, el cual por razones metodológicas se hará refiriéndose a los hechos de la demanda, agrupados por temas.

2.2. Pruebas atinentes a los hechos relacionados con la celebración de los contratos entre las partes.

Los hechos 1 a 13 de la demanda, hacen relación a la existencia, englobe y transferencia de un inmueble, así como a la celebración de unos contratos de fiducia, que denominamos de garantía y de administración, una hipoteca y el contrato de comodato. Igualmente se afirma la cesión del contrato de fiducia de garantía, la fusión de Fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia por Fiducolombia S.A. Por último se refieren tales hechos al contrato de compraventa de un inmueble celebrado entre los fideicomitentes y propietarios del inmueble aludido, Fiducolombia S.A. en su representación como vendedora y Makro de Colombia S.A., como compradora. El tratamiento probatorio de estos hechos fue el siguiente:

Hecho 1. La propiedad de los inmuebles, radicada en su oportunidad en cabeza de la convocante y sus cedentes, está probada en forma directa dentro del expediente con la copia auténtica del folio de matrícula 50C-1369062 expedido por la oficina de registro de instrumentos públicos de Bogotá, zona centro (fls. 281 y 282 del cdno. de pbas. 2).

Hecho 2. El englobe afirmado igualmente se prueba con el folio de matrícula antes mencionado.

Hecho 3. En el expediente obra, a folios 00045 a 00062 del cuaderno de pruebas 1, copia de la escritura 815, del 25 de marzo de 1994, de la Notaría 41 (no 25, como afirma la demanda) de Bogotá, que prueba las afirmaciones de la convocante sobre la celebración del contrato de fiducia mercantil con Selfiducia. El hecho fue aceptado como cierto por la convocada en su contestación de la demanda.

Hecho 4. La cesión del contrato por Selfiducia a Sufiducia, que se afirma se efectuó por la escritura 1959 del 19 de julio de 1994 de la Notaría 40 Bogotá, no fue probada con copia de la citada escritura. Sin embargo, el hecho fue aceptado como cierto por el apoderado de la convocada en su contestación de la demanda.

Hecho 5. Evidentemente, como lo afirma el apoderado de la convocada, en la presentación de este hecho el apoderado de la convocante incurrió en el error que anota en su contestación el apoderado de la convocada, respecto de la fecha de la escritura. La fecha correcta de la escritura 3020 de 1994, corrida en la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, es 25 de julio y no 24 de julio, tal como inclusive aparece en el punto 10 de la relación de anexos y pruebas documentales que al final de su escrito de demanda hizo el apoderado de la convocante, y tal y como aparece en la copia de la escritura que él mismo anexó (fls. 00019 a 00044 del cdno. de pbas. 1). Con esta escritura se prueban las afirmaciones de la convocante sobre la celebración de los contratos entre Sufiducia y la convocante y sus cedentes.

Hecho 6. Efectivamente, en la primera parte de la misma escritura 3.020 los fideicomitentes constituyeron una hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor de Makro de Colombia S.A. para garantizarle cualquier suma que llegaran a deberle por cualquier concepto. La apreciación del apoderado de la convocada, respecto del carácter subsidiario que el apoderado de la convocante presuntamente habría atribuido a tal hipoteca, no está sustentada en forma alguna. El representante de la convocada aceptó que también se celebró un contrato de comodato el cual, por lo demás, aparece debidamente probado con la escritura 3.020.

Hecho 7. Quedó probado que la escritura 3.020 fue el título de transferencia del dominio en virtud del cual la

fiduciaria, obrando en su carácter de tal dentro del negocio de que se trata, adquirió para el patrimonio autónomo la propiedad del inmueble. Incidentalmente, si bien es cierto que la expresión “se trasladó”, empleada por el apoderado de la convocante no tiene la precisión jurídica suficiente, la celebración del contrato no es tampoco, por sí sola, el “modo de adquirir el dominio denominado tradición”, como en su contestación de la demanda lo afirma el apoderado de la convocada. Con todo, es evidente que, al margen de esas diferencias puramente formales, para ambas partes quedó claro que, como se dijo al comienzo del presente comentario, la mencionada escritura 3020 fue el título traslativo de dominio del inmueble y que sobre este aspecto, que es el fundamental, no hay entre ellas diferencia alguna de fondo.

En cambio, no quedó probado que el encargo de vender el inmueble a Makro de Colombia S.A. quedara indefectiblemente ligado a que se hubieran cumplido las condiciones estipuladas en el contrato toda vez que, como bien lo afirma (aun cuando incurriendo en error al citar la cláusula respectiva) el apoderado de la convocada, Makro se reservó “el derecho de adquirir el inmueble aún en el evento en que las condiciones previstas en esta cláusula no se cumplan”, según se lee en la parte final del párrafo cuarto de la cláusula octava del contrato de fiducia.

Sea esta la oportunidad para precisar que la tantas veces citada escritura pública 3020, contiene varios contratos, a saber: un contrato de hipoteca; la constitución de un patrimonio autónomo; un contrato de fiducia de garantía; un contrato que denominamos de fiducia de administración para la venta de un inmueble y un contrato de comodato. Igualmente los comparecientes y partes en los contratos son tres: Fiducolombia como fiduciaria, los fideicomitentes y el beneficiario.

Hecho 8. Quedó probado con el texto del párrafo primero de la cláusula primera del contrato de fiducia contenido en la escritura 3.020, que las partes convinieron tener como avalúo comercial la suma indicada en este hecho de la demanda. No precisaron si lo hicieron con base en un concepto de evaluador o evaluadores, ni cómo llegaron a esa suma, pero sí manifestaron expresamente que ella “se tendrá como avalúo comercial”, lo cual difícilmente podría considerarse como cosa distinta a un mutuo acuerdo sobre esa materia.

Hecho 9. En este hecho el apoderado de la convocante afirma que el objeto del contrato contenido en la escritura 3.020 tantas veces citada, era el que él afirma y que analizaremos a continuación en cada uno de sus literales:

“a) Garantizar a Makro de Colombia S.A., el pago de las obligaciones que los fideicomitentes aportantes asumieran con esta, debidamente respaldadas por certificados de beneficio fiduciario. Tales obligaciones surgían del pago de obligaciones contraídas por los fideicomitentes aportantes con terceros y con anterioridad a la celebración del contrato de fiducia, algunas de ellas garantizadas con hipoteca y otras con certificados de beneficio fiduciario. Adicionalmente los fideicomitentes aportantes debían otorgar pagarés por los pagos que realizara Makro de Colombia S.A., y en todo caso los desembolsos correspondientes a tales pagos se imputarían al precio de adquisición del inmueble. De esta manera Makro de Colombia S.A., era beneficiario del fideicomiso, tal y como efectivamente lo señala la cláusula sexta del contrato de fiducia.

b) La venta de manera irrevocable del predio el inmueble denominado Royal, ubicado en la carrera 71 N° 81-88 de esta ciudad de Bogotá a favor de Makro de Colombia S.A., para que con el producto de la venta se pagaran a Makro de Colombia S.A., los valores adeudados por los fideicomitentes aportantes, siempre y cuando se diera cumplimiento a las condiciones pactadas en la cláusula octava del contrato de fiducia”.

Al estudiar la citada escritura encontramos evidentes diferencias con lo afirmado por el señor apoderado de la parte convocante en el hecho transcrito, así:

Se pactó que el inmueble se constituía en patrimonio autónomo para garantizar “las obligaciones que los mismos (los fideicomitentes) han contraído con Makro de Colombia S.A. y las que llegaren a constituirse en el futuro con esta compañía, no pudiéndose extender certificado de garantía por acreencias diferentes a las de Makro de Colombia S.A.” (cláusula cuarto [sic]).

Y más adelante se estableció que el objeto del contrato de fiducia de garantía era, “Garantizar a Makro de Colombia S.A. el pago oportuno de las obligaciones contraídas con este” por los fideicomitentes (numeral 5.1. de

la cláusula quinta).

Las obligaciones en referencia surgían, entre otros, de “la cancelación de las hipotecas de que tratan las escrituras públicas números..., al igual que los desembolsos efectuados para cancelar las obligaciones garantizadas en el contrato de fiducia mercantil de garantía celebrado mediante escritura 815 del 25 de marzo de 1994 de la Notaría 41 del Círculo de Santafé de Bogotá, D.C., cedida a la fiduciaria” (numeral 5.4 de la cláusula quinta). En ese mismo numeral, los fideicomitentes se comprometieron “a expedir pagarés de manera solidaria a favor de Makro de Colombia S.A. por todas las sumas que esta compañía desembolse a cualquier título”. Y se convino, igualmente, que “todos los desembolsos que efectúe Makro de Colombia S.A. se considerarán para efectos contractuales como anticipos de la misma” compraventa a la que se hace referencia a continuación.

Respecto de que Makro de Colombia S.A. fuese el beneficiario del contrato de fiducia, quedó probado, toda vez que así lo dispusieron las partes en tal contrato, según aparece en la cláusula sexta del mismo.

“c) Por su parte Makro de Colombia S.A. solo compraría el inmueble, una vez se cumplieran las condiciones pactadas en la cláusula séptima y octava del mismo” (el resaltado no es del texto).

También se consigna en la escritura contentiva del contrato, como objeto del mismo, “Que la fiduciaria cumpla con el encargo que señalan los constituyentes de vender de manera irrevocable a Makro de Colombia S.A. el inmueble fideicomitado previo el cumplimiento de las condiciones que se expresan en la cláusula octava de este contrato, para que con el producto de la venta sean canceladas las obligaciones contraídas a favor de Makro de Colombia S.A.” (cláusula quinta, numeral 5.2).

La afirmación que hace dentro de este mismo hecho el apoderado de la convocante, en el sentido de que solo se compraría el inmueble por Makro de Colombia S.A., una vez se cumplieran las condiciones pactadas en la cláusula séptima y octava del contrato, en la forma excluyente en que lo expresa tal apoderado no es cierta, como se desprende de la simple lectura. En efecto: de un lado, la cláusula séptima, que él cita como soporte de su afirmación, se ocupa del contrato de comodato, y no contiene condicionamiento alguno sobre la materia de que se trata. Y, de otro lado, si bien es cierto que, como acaba de transcribirse en el literal c, la venta quedaba condicionada al “cumplimiento de las condiciones que se expresan en la cláusula octava de este contrato”, no lo es menos que en el párrafo cuarto de la misma cláusula octava, “Makro de Colombia S.A. se reserva el derecho de adquirir el inmueble aún en el evento en que las condiciones previstas en esta cláusula no se cumplan” (el resaltado no es del original).

En resumen, el hecho número nueve es cierto con las salvedades que resultan evidentes de la lectura de los apartes de la escritura que acaban de transcribirse.

Hecho 10. Como este hecho es básicamente una repetición del tema del hecho 9 del que antes nos ocupamos, es válido igualmente lo que allí se dijo. En resumen, lo expuesto en este hecho solo es cierto de manera parcial, en cuanto omite precisar que Makro se reservó el derecho de comprar aún si las condiciones establecidas no se cumplieran.

Hecho 11. El hecho relacionado con la comunicación dirigida por Makro a Sufiducia fue plenamente acreditado con la copia de la comunicación mencionada que, como anexo, forma parte de la escritura 4090 (fl. 00069, cdno. de pbas. 1); adicionalmente, fue aceptado por la parte convocada en su respuesta a la demanda.

Hecho 12. En este hecho el apoderado de la convocante afirma que, “... el saldo de la compraventa, esto es la suma de \$ 1'596.918.600 m/cte., sería pagado por Makro de Colombia S.A., a los fideicomitentes aportantes a la entrega del inmueble...”. Tal afirmación, en la forma en que está presentada, no se probó ni es cierta. En efecto, la cláusula quinta de la escritura de compraventa, la 4090, dice textualmente en lo pertinente: “...y el saldo, es decir la suma de mil quinientos noventa y seis millones novecientos diez y ocho mil seiscientos pesos moneda legal colombiana (\$ 1.596.918.600), que será pagado por la compradora contra la entrega material del inmueble objeto de la presente venta a manos de la compradora y que La Fiduciaria Suramericana S.A. “Sufiducia” entregará a los mencionados fideicomitentes en los siguientes porcentajes: ...”. Como resulta evidente de la simple lectura de lo transcrito, en ningún momento la cláusula citada por el apoderado de la convocante dice —como él lo afirma—

que el pago sería hecho “por Makro de Colombia S.A. a los fideicomitentes aportantes”, toda vez que, si bien expresa simplemente que “será pagado por la compradora”, sin especificar a quién, el punto se aclara cuando, a continuación, expresa: “y que la fiduciaria Suramericana S.A. “Sufiducia” entregará a los mencionados fideicomitentes...”, lo cual pone de presente que, según esta escritura, el referido pago debía hacerse por Makro de Colombia S.A. a la fiduciaria; no directamente a los fideicomitentes aportantes.

Hecho 13. Lo afirmado por el apoderado de la parte convocante respecto al contenido de la parte final del numeral 10.7 (que cita erradamente como 10.4) de la cláusula décima de la escritura pública 3020 es cierto. Para mayor claridad, se transcribe a continuación:

“El saldo de la última cuota de la compraventa, equivalente a mil quinientos noventa y seis millones novecientos diez y ocho mil seiscientos pesos moneda corriente (\$ 1.596.918.600) pagadera el 30 de enero de 1995, solo podrá, ser entregada a los fideicomitentes cuando se realice la entrega física del inmueble. Los gastos notariales que ocasione la mencionada transferencia, serán cancelados por partes iguales por los fideicomitentes y Makro de Colombia S.A. Los de beneficencia y registro de la compraventa correrán por cuenta de Makro de Colombia S.A.”.

Y, como consecuencia, también resulta probado que existe una diferencia en los textos entre lo que se dispuso en esta materia en la escritura 3020 y lo que posteriormente se pactó en la 4090, a la que se hizo referencia en el hecho anterior.

En cuanto a lo expresado respecto de este hecho por el señor apoderado de la convocada en su contestación, es claro que el apoderado de la convocante incurrió en un error en cuanto al numeral que cita. Pero sí es del caso observar que el “parágrafo 5 de la cláusula 8 del contrato de fiducia” no habla en ningún momento de una fecha específica en la cual “debía serle pagada a los fideicomitentes el saldo del precio de la venta”, toda vez que, según la escritura, esa suma, según se vio ya, era “pagadera el 30 de enero de 1995” pero “solo podrá ser entregada a los fideicomitentes cuando se realice la entrega física del inmueble”. En cuanto a la sanción que en el contrato de fiducia se previó para los fideicomitentes por la no restitución oportuna del inmueble, evidentemente está contemplada en tal contrato.

2.3. Pruebas relacionadas con los hechos sobre el pago del precio del contrato de compraventa, la constitución de un depósito en el fondo común ordinario, y la tenencia y entrega del inmueble vendido.

Los hechos 14 a 23 de la demanda se refieren a los temas mencionados en el subtítulo que antecede, los cuales tuvieron el material probatorio que a continuación se analiza.

Hecho 14. El apoderado de la convocante parte de un hecho que da por probado, esto es, que “la fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., recibió de Makro de Colombia S.A. la totalidad de los recursos para pagar el saldo del precio por la venta a la firma de la escritura pública mediante la que se perfeccionó la compraventa del citado inmueble”.

A este respecto, es del caso anotar que, a folio 183 del cuaderno principal del expediente, obra una comunicación, de fecha 16 de enero de 1994 (sic), mediante la cual la Dra. Laura María Cifuentes M., gerente de la sucursal Bogotá de Sufiducia informa a los fideicomitentes que “Makro de Colombia S.A. ha depositado en nuestra fiduciaria la suma correspondiente a la última cuota de la compra-venta del inmueble denominado Royal, suma que será cancelada a los vendedores, una vez se efectúe la entrega material del inmueble, de acuerdo con lo contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, se deberá efectuar el próximo 30 de enero de 1995”. Hecha la aclaración en cuanto a la fecha real de la comunicación, que es 16 de enero de 1995, según lo precisó en su declaración la autora de la misma, es del caso anotar, como resulta evidente, que fue la misma fiduciaria, a través de uno de sus representantes legales, quien manifestó por escrito a los fideicomitentes haber recibido la suma correspondiente al último contado del precio de la compraventa —aun cuando teniendo el cuidado de precisar que se trataba de un depósito— y señalando, además, que tal suma se entregaría a los vendedores a la entrega material del inmueble. Dado que la vendedora había sido la misma fiduciaria, el apoderado de los convocantes buscó concretar el punto relativo a la utilización de la expresión “será cancelada a los vendedores”, empleada en la referida comunicación, durante el testimonio rendido por la Dra. Cifuentes la cual depuso al respecto:

“La vendedora era la fiduciaria porque ya tenía el patrimonio autónomo, realmente pudo haber un error en la palabra como tal pero la verdad de los hechos es que la vendedora fue la fiduciaria, el beneficiario o el comprador fue Makro y la fiduciaria cumplió con eso, yo creo que es un formalismo, uno podría decir que efectivamente pudo haber un error en la redacción de esa carta, la vendedora fue la fiduciaria porque era una fiducia mercantil” (fl 29, cdno. de pbas. 2).

De la precisión hecha por la Dra. Cifuentes, que aclara el alcance de la carta del 16 de enero de 1995 (erradamente fechada como 16 de enero de 1994) resulta claro que la fiduciaria, como vendedora que era, recibió, en depósito, la suma correspondiente a la última cuota del precio.

Y para ratificar lo transcrito, en el mismo testimonio (pág. 34 del cdno. de pbas. 2), aparece lo siguiente:

“Dr. Bejarano: Era claro para la fiduciaria que a pesar de que el encargo fiduciario por los 1.600 millones de pesos quedaba constituido como beneficiario Makro, era claro para la fiduciaria cuál era el destino de ese específico dinero, cuál era la finalidad?”

Dra. Cifuentes: Absolutamente claro, la finalidad era pagar la última cuota a los señores fideicomitentes una vez ellos cumplieran con su obligación de entregar el inmueble.

Dr. Bejarano: Y para los fideicomitentes fue claro también en su conocimiento que esa suma de dinero a la que se hacía referencia era la que correspondía a la última cuota del saldo?

Dra. Cifuentes: Absolutamente claro.

(...).

Dr. Bejarano: Era claro para los fideicomitentes que ellos solamente podrían recibir el saldo si entregaban efectivamente el inmueble?

Dra. Cifuentes: Sí señor”.

Quedó entonces probado que, tanto para la fiduciaria, como para los fideicomitentes a quienes el depósito le fue informado por aquella, había dos elementos claros: de un lado, que la suma necesaria para pagar la última cuota del precio fue recibida, en depósito, por la fiduciaria; y de otro, que solamente se le entregaría a los fideicomitentes cuando estos hicieran entrega del inmueble, obligación que en los contratos estaba fijada para el 30 de enero de 1995, esto es, 14 días después de la fecha de la carta en la que la fiduciaria informó a estos haber recibido esa parte del precio.

Lo que no quedó probado fue que el solo hecho de recibir tal suma en depósito —sobre todo con anticipación a la fecha fijada en los contratos para la materialización de la compraventa mediante la entrega del inmueble y del saldo del precio— obligara, ni mucho menos permitiera a la fiduciaria, sin tener instrucciones en tal sentido del depositante, a abrir un depósito con beneficiario distinto a este último. Tampoco se probó que el depositante hubiera impartido tales instrucciones a la fiduciaria, ni que la hubiera autorizado a retener indefinidamente la suma respectiva por concepto de pago del saldo del precio del inmueble.

Hecho 15. En este hecho se afirma que los recursos debieron estar invertidos en el fondo común ordinario.

Este hecho presentado como obligación contractual, no es cierto ni se probó, como se explica a continuación.

En efecto, tal como lo afirma el apoderado de la parte convocada, el numeral 9.4 de la cláusula novena del contrato de fiducia, citado por el apoderado de la convocante como parte de este hecho 15, contempla una situación diferente de la estudiada, toda vez que tal numeral forma parte, como lo enuncia el título de la cláusula, del procedimiento para la enajenación del bien en caso de incumplimiento de los fideicomitentes y/o de las condiciones pactadas en la cláusula octava de este contrato, toda vez que las obligaciones de los fideicomitentes a cuyo incumplimiento se refiere la cláusula son, como su parte inicial lo precisa, las “garantizadas mediante este contrato”, que eran todas obligaciones monetarias, de carácter crediticio, distintas de las originadas en la compraventa del inmueble, y las “condiciones pactadas en la cláusula octava”, eran aquellas de las que pendía la

celebración o no del contrato de compraventa. De manera que el numeral 9.4. no resultaba aplicable a la situación de mora en la entrega del inmueble, que fue la que en la realidad se presentó. En otras palabras, esta parte del hecho no fue debidamente probada.

Adicionalmente el apoderado de la convocante, para apoyar su punto de vista, hace referencia en este hecho a lo que “ordena la ley”. A este efecto, debe tenerse en cuenta lo que establece el parágrafo del artículo 151 del EOSF. que, en lo pertinente, dice:

“... tratándose de fideicomisos diferentes a los de inversión en que se requiera un tiempo para cumplir la finalidad señalada en los encargos o negocios fiduciarios y no se haya indicado la destinación específica que deba dársele a los dineros durante ese lapso, los recursos recibidos deberán destinarse al fondo común ordinario de que tratan los incisos 2º y 3º del numeral 2º del artículo 29 de este estatuto”.

Hecho 16. En este hecho se sostiene que el Instituto de Salud Royal Raquet Center S.A. en liquidación era el único tenedor del inmueble y no hizo entrega del mismo por cuanto, entre otras cosas no se habían verificado las condiciones pactadas en la cláusula octava del contrato.

En cuanto a la no entrega oportuna del inmueble, es un hecho aceptado por las dos partes. Por lo que hace a la justificación que pretende dar el apoderado de la convocante, tiene razón el representante de la convocada en que no es válida “cuando todos estaban obligados” a la entrega, independientemente de quien hubiera tenido la tenencia del inmueble, como lo estudiamos anteriormente.

Hecho 17. El hecho sobre el proceso de entrega es aceptado por las dos partes.

Hecho 18. Es cierto que el 5 de agosto de 1997 Makro solicitó a la fiduciaria —por entonces Sufibic—, según comunicación 01897 que, en fotocopia obra al folio 170 del cuaderno de pruebas número 1, la cancelación, entre otros, del encargo “2222 196” y que, en esa misma fecha, la fiduciaria trasladó la suma correspondiente a una cuenta en el Banco Industrial Colombiano, por concepto de “Cancelación del encargo 222200000196”, según fotocopia que obra al folio 169 del mismo cuaderno de pruebas 1. Eran esos los recursos que integraban en ese momento el depósito constituido con los dineros que, según manifestación expresa y escrita hecha por aquella a los fideicomitentes en su oportunidad, constituían “la suma correspondiente a la última cuota de la compra-venta del inmueble denominado Royal, suma que será cancelada a los vendedores, una vez se efectúe la entrega material del inmueble, de acuerdo con lo contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994, se deberá efectuar el próximo 30 de enero de 1995”.

Hecho 19. Este hecho relacionado con la disolución y liquidación del Instituto de Salud Royal Center S.A. fue tratado probatoriamente así: En relación con la existencia de la Resolución 0736 del 18 de mayo de 1999 de la (*) Superintendencia Bancaria de Colombia, mediante la cual se ordenó la disolución de la sociedad Instituto de Salud Royal Center S.A. se probó en el proceso así: Con la copia de la disposición que obra a los folios 174 a 184 del cuaderno de pruebas 1, trasladadas del proceso arbitral de Makro v. Comerintegral Ltda. y otros. Igualmente se probó con el certificado especial de fecha 3 de febrero de 2004, que obra a folios 386 a 388, inclusive, del cuaderno de pruebas 1, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual aparece una anotación en el registro público de comercio de tal resolución y de su contenido general. Con el mismo certificado se probó que en la Cámara de Comercio de Bogotá aparece una anotación en el registro público de comercio en el sentido de que el Juzgado 33 Civil del Circuito, mediante providencia número 4077 del 25 de mayo de 2000 decretó la apertura del trámite de la liquidación obligatoria de tal sociedad. En lo que se refiere a la afirmación del apoderado de la convocada en el sentido de que para la fecha en que se produjo la citada resolución de la (*) Superintendencia Bancaria “ya estaba también vencida la obligación de los fideicomitentes de entregar a Makro S.A. el inmueble vendido”, es cierta, como queda probado con las cláusulas pertinentes tanto de la escritura 3020 como de la 4090.

Hecho 20. La entrega del inmueble en la fecha indicada es un hecho cierto, probado con el acta que, en fotocopia, aparece a folios 0002 a 0005 del cuaderno de pruebas 1 y aceptado por ambas partes. En cuanto a la afirmación del apoderado de la convocada en lo que se refiere a que “la entrega del inmueble a Makro S.A. se realizó 5 años y 9 meses después de la fecha en que debió realizarse” amerita la observación de que en realidad la demora en relación con la fecha pactada fue de 5 años, 8 meses y 19 días.

Hecho 21. Sobre pago parcial del saldo del precio, fue probado dentro del expediente, en sus distintos aspectos, con el acta de entrega del inmueble a la que se hace referencia en el análisis del hecho 20, que acaba de efectuarse.

Hecho 22. Con base en las respuestas dadas por el representante legal de Fiducolombia dentro del interrogatorio de parte que obra a folios 86 a 90, inclusive, del cuaderno de pruebas 2, queda probado que la fiduciaria no ha pagado el saldo al que se refiere este hecho, después de restituido el inmueble. En cuanto a solicitudes de pago anteriores a la restitución, no aparece prueba alguna en el expediente.

Hecho 23. El hecho sobre la proporción en que debe distribuirse el saldo del precio entre los diferentes fideicomitentes, fue probado, en lo que hace al valor y al porcentaje del saldo adeudado, con una simple operación de resta entre lo que fue pagado, conforme al hecho 21 y el total adeudado previamente, tal como aparece probado en otros documentos. En lo demás, el hecho fue igualmente probado, toda vez que así está dispuesto en la cláusula quinta de la escritura 4090. El apoderado de la convocada tiene razón en cuanto a que no se hace referencia alguna a eventuales contraprestaciones a cargo de las mismas personas y a favor de Makro.

2.4. Pruebas atinentes a los hechos relacionados con la cesión de sus derechos por algunos de los fideicomitentes originales y al laudo arbitral por un arbitraje entre las partes.

La cesión antes aludida está contenida en los hechos 24 y 25 de la demanda.

Hecho 24. Se afirma que mediante documento de fecha 30 de junio de 2000, los señores Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, le cedieron a la sociedad Comerintegral Ltda. (antes con la razón social de Constructora Royal Ltda.), los derechos fiduciarios que tenían en el contrato de fiducia mercantil celebrado el 18 de agosto de 1994. El apoderado de la convocante incurre en un error en cuanto a la fecha del contrato de fiducia, teniendo en cuenta que el contrato de fiducia mercantil objeto de dicha cesión es el contenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá. La mencionada cesión aparece acreditada en el expediente, con el documento que obra a folios 15 a 18 del cuaderno de pruebas 1, y además el hecho fue aceptado como cierto por el apoderado de la convocada en la contestación de la demanda.

Hecho 25. El apoderado de la convocante afirma que la cesión del contrato de fiducia, le fue notificada a Fiducolombia S.A., en el mes de julio de 2000. En efecto, en el expediente a folio 14 del cuaderno de pruebas 1, con fecha 6 de julio de 2000, aparece la notificación a Fiducolombia de la citada cesión. El apoderado de la convocada manifestó en la contestación de la demanda que se atenía a lo que se probara, hecho que en consecuencia resultó probado.

Hecho 26. En la demanda se afirma la existencia de un laudo arbitral proferido en un proceso entre Comerintegral Ltda., como convocante y Fiducolombia S.A., como convocada, mediante el que se condenó a la Sociedad Fiducolombia S.A., a entregar a la Sociedad convocante, los dineros que se encontraban en un fondo común ordinario de destinación específica, en su calidad de fideicomitente y cesionaria de los derechos fiduciarios de los señores Héctor Herrera Díaz, Germán Herrera Díaz y Francisco Herrera Díaz. Este hecho fue probado, con la copia del citado laudo arbitral que obra dentro del expediente a folios 83 a 128 del cuaderno de pruebas 1.

Hecho 27. En la demanda se afirma que,

“Para el tribunal la cesión de derechos fiduciarios, realizada mediante documento de fecha 30 de junio de 2000, por parte de Héctor Ignacio Herrera Díaz, Hugo Germán Herrera Díaz y Francisco Javier Herrera Díaz, a Constructora Royal Ltda., hoy Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., correspondiente a los derechos fiduciarios derivados del encargo fiduciaria que dio origen a la controversia que fue materia de dicho tribunal, se perfecciono en su totalidad, antecedente que debe ser tenido en cuenta en el momento de proferirse el laudo que dirima la presente controversia” (el resaltado no es del texto).

La prueba de la notificación de la cesión del contrato de fiducia, por Comerintegral Ltda. a Fiducolombia S.A., como se indicó en el punto anterior, se encuentra acreditada dentro del expediente; además el apoderado de la convocada no propuso la excepción de no habersele notificado dicha cesión a su mandante y aceptó la litis contestación con la convocante, por lo que debe tenerse por aceptada la cesión del contrato, sin tener que acudirse

al laudo que se acompañó como prueba al proceso.

2.5. Pruebas relacionadas con los hechos sobre incumplimiento del contrato, falta de rendición de cuentas y perjuicios ocasionados.

Los hechos 28 a 30 de la demanda, que se relacionan con este tema, fueron tratados probatoriamente así:

Hecho 28. El apoderado de la convocante afirma que Fiducolombia S.A. no ha rendido cuentas a Comerintegral Ltda., por los dineros que debió recibir por concepto de la compraventa del lote Royal, los que debieron estar invertidos en el fondo común ordinario de Sufiducia hoy Fiducolombia S.A., incumpliendo en forma grave el contrato de fiducia mercantil. El apoderado de la convocada niega el hecho e indica que mientras estuvo vigente el contrato de fiducia contenido en la escritura pública 3.020 de 1994, Fiducolombia les rindió las cuentas a los fideicomitentes, por este motivo se tramitó una queja ante la (*) Superintendencia Bancaria, entidad que aceptó las explicaciones de la fiduciaria en el sentido que las cuentas se rindieron hasta la terminación del contrato. Agrega el apoderado de la convocada que para el pago del saldo del precio de la compraventa Makro de Colombia S.A., abrió un encargo fiduciario en Fiducolombia S.A. y era a dicho constituyente a quien se tenían que rendir las cuentas y no a la convocante persona ajena a dicho negocio jurídico. El tribunal como lo expuso al analizar el hecho 15 de la demanda, encontró demostrado que Makro de Colombia S.A., abrió un encargo fiduciario a su propio nombre y sin señalar beneficiario diferente al mismo titular, con los recursos que estaban destinados para cancelar el saldo del precio de la compraventa. En consecuencia Fiducolombia S.A., no tenía que rendir cuentas a la convocante por no ser la constituyente, ni tampoco la beneficiaria de dicho encargo fiduciario y mucho menos mantener los dineros invertidos en el fondo común ordinario contra la voluntad de la constituyente. Además se demostró dentro del proceso que Fiducolombia S.A. rindió las cuentas a los fideicomitentes respecto del contrato de fiducia contenido en la escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 de Bogotá, hasta el 31 de diciembre de 1994, según los documentos que obran a folios 376 a 384 del cuaderno de pruebas 1., y por tanto el convocante no probó el incumplimiento que se le endilga a la convocada.

Hecho 29. El apoderado de la convocante señala que el incumplimiento de Fiducolombia S.A., en la ejecución del fideicomiso le ha ocasionado graves perjuicios a su representada Comerintegral Ltda., compañía que se ha visto privada de los dineros que debió recibir como consecuencia de la entrega del inmueble Royal a Makro de Colombia S.A. El apoderado de la convocada niega el hecho, afirma que Fiducolombia no ha causado perjuicio a la entidad demandante y que quienes incumplieron el contrato fueron los fideicomitentes al no hacer entrega del inmueble en la fecha convenida, esto es el 30 de enero de 1995. El tribunal al estudiar los hechos anteriores tuvo oportunidad de analizar lo relacionado con la obligación que tenían los fideicomitentes de hacer entrega del inmueble Royal a Makro de Colombia S.A. En cuanto a los perjuicios ocasionados a la convocante por Fiducolombia S.A., por la no entrega del saldo del precio de la compraventa, dentro del expediente no aparece prueba alguna que los acredite, aclarando sí que en las pretensiones la convocante sobre las sumas de dinero que afirma le adeuda Fiducolombia S.A., solicita el pago de intereses y la corrección monetaria.

Hecho 30. El apoderado de la convocante afirma que Fiducolombia incumplió el contrato de fiducia mercantil, al haberse extralimitado en sus funciones y omitir el pago de sus obligaciones. El apoderado de la convocada, por su parte, señala que Fiducolombia cumplió cabalmente sus prestaciones como sociedad fiduciaria. El tribunal teniendo en cuenta que el apoderado de la convocante en el hecho no determina las obligaciones incumplidas por la fiduciaria o la extralimitación de sus funciones, sino que por el contrario se mencionan en forma general, se remite al análisis de los hechos y las pruebas que se hacen en los puntos anteriores donde tales aspectos fueron especificados por la parte convocante.

2.6. Los incumplimientos imputados a la fiduciaria.

Estudiado como está todo el material probatorio, el tribunal considera oportuno ahondar en el análisis de los incumplimientos contractuales aducidos por la convocante y a cargo de la convocada.

Tanto de la demanda como del alegato de conclusión del apoderado de la convocante, se deduce que son tres básicamente los incumplimientos que se imputan a la fiduciaria, los cuales se exponen a continuación, junto con el análisis del tribunal respecto de cada uno de ellos:

2.6.1. Incumplimiento de la obligación de exigir y percibir el precio.

El apoderado de la convocante parte de la base de que el comprador estaba obligado a efectuar el pago del saldo del precio el 30 de enero de 1995 y que, como consecuencia, era obligación de la fiduciaria la de exigir y percibir el precio en esa fecha y que, si así no lo hizo, incumplió con tal obligación. Es más: el apoderado de la convocante afirma que la fiduciaria ya lo había hecho en relación con los anticipos pactados en el contrato de fiducia, por lo que se pregunta cuál fue la razón por la cual la fiduciaria alegara no estar obligada a percibir el saldo final de tal precio.

Para apoyar su argumentación, la parte convocante se basa en la parte final del punto 7.10 de la escritura 3020, mediante la cual se constituyó la fiducia que, en lo pertinente, dice: “El saldo de la última cuota de la compraventa equivalente a mil quinientos noventa y seis millones novecientos diez y ocho mil seiscientos pesos moneda corriente (\$ 1.596.918.600.00) pagadera el 30 de enero de 1995, solo podrá, ser entregada a los fideicomitentes cuando se realice la entrega física del inmueble...” En otras palabras, según esta interpretación, en el proceso de pago de esa última cuota existían dos momentos diferentes: el primero, correspondiente al pago del precio a la fiduciaria por parte del beneficiario, que era el 30 de enero de 1995, día este que, en concepto de la convocante era para este efecto, así no lo dijera expresamente, una fecha fatal, esto es, sin ampliación ni prórroga posible, independientemente de que los fideicomitentes cumplieran o no con su obligación correlativa de entregar el inmueble materia de la compraventa al beneficiario de la fiducia; el segundo momento, también según esta interpretación, era el de la fecha efectiva de entrega del inmueble por parte de los fideicomitentes al beneficiario, en la cual la fiduciaria debía hacer entrega del saldo del precio, que habría estado en su poder desde el 30 de enero de 1995, a esos mismos fideicomitentes.

Complementariamente, argumenta el apoderado de los fideicomitentes que la fiduciaria ya había recibido efectivamente del beneficiario el mencionado saldo del precio, con el cual se constituyó el depósito 0020 000000196 pero que, al devolverlo como lo hizo, incumplió con sus deberes de fiduciario por haber transferido el inmueble al beneficiario mediante compraventa celebrada el 22 de diciembre de 1994, sin haber recibido simultáneamente el precio de tal compraventa. Para sustentar su tesis, se apoya básicamente en la carta enviada el 16 de enero de 1995 por la fiduciaria a los fideicomitentes, en la cual se afirma: “Makro de Colombia S.A. ha depositado en nuestra fiduciaria la suma correspondiente a la última cuota de la compraventa del inmueble denominado Royal, suma que será cancelada a los vendedores una vez se efectúe la entrega material del inmueble, de acuerdo con lo convenido en la escritura pública 3020 del 25 de julio de 1994 se deberá efectuar el próximo 30 de enero de 1995”.

Como parte del incumplimiento alegado, el apoderado de los fideicomitentes incluye los cargos de imprevisión e incumplimiento en el ejercicio del encargo conferido por falta de la debida diligencia para obtener la entrega de los recursos correspondientes al último contado del precio aun después de entregado el inmueble.

Y finalmente, aduce el apoderado de los fideicomitentes que la fiduciaria “extralimitó el encargo otorgado por los fideicomitentes” al haber firmado la escritura de compraventa incluyendo una modificación de la cláusula relativa al pago del saldo del precio en relación con lo establecido en el contrato de fiducia respecto del mismo punto, para pactar en aquella que tal pago se haría solamente contra la entrega física del inmueble por parte de los fideicomitentes al beneficiario.

Lo primero que considera del caso anotar el tribunal, es que el origen de la diferencia existente en esta materia específica entre las partes, radica en la confusa redacción de la parte final del punto 10.7 de la escritura 3020, que se transcribió atrás. En efecto: Hasta donde la disposición establece que la suma en cuestión era “pagadera el 30 de enero de 1995”, esto es que, de conformidad con la acepción pertinente que de la palabra “pagadero”, trae el DRAE, esa fecha era el “tiempo, ocasión o plazo en que uno ha de pagar lo que debe”, resultaba claro que lo que se estableció fue la natural correlación entre las obligaciones de ambas partes, de manera que esa era la fecha en que cada parte debía hacer efectivas las obligaciones contraídas por ella dentro del contrato mismo: los fideicomitentes, entregando el inmueble, tal como estaba previsto en el parágrafo de la cláusula séptima y en el parágrafo quinto de la cláusula octava del mismo contrato y el beneficiario entregando el saldo del precio. Era apenas una consecuencia obvia de la naturaleza conmutativa del contrato de compraventa de manera que, salvo

que se hubiese pactado un plazo adicional para la entrega del inmueble, no era necesario expresarlo.

El problema —real o supuesto— surge con el complemento de lo transcrito en el párrafo anterior cuando —anticipando aparentemente la mora de los fideicomitentes para cumplir con su obligación de entregar el inmueble— se dijo algo que también resultaba apenas obvio, en el sentido de que la suma referida “solo podrá ser entregada a los fideicomitentes cuando se realice la entrega física del inmueble”. Entregada por quién? La respuesta sería apenas obvia: por quien la tuviera en su poder. En la interpretación de los fideicomitentes, no por quien la tuviera efectivamente, sino por quien, según esa misma interpretación, debía tenerla desde el 30 de enero de 1995, esto es por la fiduciaria. Pero, es esa una interpretación válida? En razón de qué o por qué, estaba el beneficiario obligado a pagar a la fiduciaria en una fecha establecida para el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de fideicomitentes, fiduciaria y beneficiario si aquellos se abstendían de hacerlo, sin saber, además, cuándo lo cumplirían, si alguna vez lo hacían? Resulta válida legal y jurídicamente una interpretación como esta, que desnaturaliza por completo el contrato compraventa, oneroso y conmutativo por esencia?

El tribunal considera que en este análisis no puede olvidarse que la ley establece que contrato oneroso es el que “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro” (C.C., art. 1498) y que “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...” Y, de aceptarse la interpretación de los fideicomitentes, se estaría en presencia de una situación en que bien podría ocurrir que la utilidad fuese solamente para una de las partes, sin que esta, a su turno, se gravara en beneficio de la otra, ni que lo que una de ellas estuviera obligada a hacer fuera equivalente de lo que la otra debiera hacer a su vez. Por eso, no considera el tribunal que la interpretación de los fideicomitentes, que es solamente una entre las muchas que puede darse a esa parte de la cláusula en comento, pueda resultar aceptable en el proceso. Y no se diga que el contrato de compraventa había de celebrarse entre la fiduciaria y el beneficiario y que, por tanto, aquella era ajena a las incidencias que pudieran presentarse entre este último los fideicomitentes, toda vez que la fiduciaria actuó como vendedora no precisamente en su propio nombre ni para su propio beneficio, sino por cuenta y en beneficio de los fideicomitentes. Aceptar otra posición sería convertir el contrato de fiducia en una cómoda manera de incumplir obligaciones amparándose en la misma ley, lo cual resultaría a todas luces inaceptable.

Hay, adicionalmente, un aspecto que el tribunal no puede dejar pasar por alto. Si, en la interpretación del apoderado de los fideicomitentes, el beneficiario estaba obligado a pagar el saldo del precio el 30 de enero de 1995, aún sin haber recibido el inmueble por el que había pagado, la fiduciaria quedaba obligada a mantener tales recursos en su fondo común ordinario hasta el día en que finalmente se hiciera efectiva tal entrega, por expresa disposición legal. Quién sería el titular de tal depósito? Y tendría como beneficiario al mismo titular o a persona o personas diferentes? Cuáles? Sus rendimientos serían para quién? Nada de esto aparece en el contrato de fiducia, pero en su alegato de conclusión el apoderado de los fideicomitentes afirma que el titular del depósito debió ser el patrimonio autónomo y que sus beneficiarios debieron ser los fideicomitentes, pues, en sus propias palabras en el mencionado alegato, “si los beneficiarios de los encargos son partícipes de los rendimientos que genere el fondo común, los fideicomitentes tienen derecho a percibir tales rendimientos desde la fecha en que se constituyó el encargo fiduciario 0020 000000196, hasta la fecha en que se produjo la entrega del inmueble el 18 de octubre de 2001...”, sin citar, en apoyo de esta última afirmación, una sola disposición legal o contractual para sustentar su dicho, lo cual pone de presente, una vez más, que la interpretación a la que viene haciéndose alusión carece de adecuado fundamento. Guarda silencio sobre cuándo, cómo y por qué se habría designado a los fideicomitentes como beneficiarios de tal depósito. Porque lo que sí resultaría definitivamente absurdo sería que los titulares y beneficiarios del mismo fuesen, como lo prohíja la interpretación del apoderado de la convocante, precisamente los fideicomitentes incumplidos los cuales, como consecuencia, tendrían el premio de una mora remunerada, con base en unos recursos entregados precisamente por su cocontratante cumplido y, adicionalmente, tendrían con esos recursos debidamente financiada la multa que por su incumplimiento deberían pagar a aquel.

Pero aun si se aceptara, en gracia de discusión, la interpretación del apoderado de los fideicomitentes, quedaría por analizar lo que este afirma en el sentido de que la fiduciaria recibió el saldo del precio y que lo devolvió al beneficiario. De la comunicación enviada por la fiduciaria a los fideicomitentes a este respecto, que se transcribió atrás, es claro que la suma en mención fue recibida por aquella con el carácter de depósito. En ningún momento aceptó la entidad, ni se probó de ninguna otra manera, que ella hubiera recibido el pago efectivo del saldo del

precio, sino que el beneficiario había “depositado” “la suma correspondiente a la última cuota de la compraventa”, para los fines que allí se indican. En la misma medida, y por tratarse solamente de un depósito, la fiduciaria no podía, a riesgo de violar las normas que la rigen, tomar esa suma para fines diferentes de los indicados por el depositante, ni ponerlos a nombre de persona diferente, ni establecer un beneficiario que el depositante no había señalado, ni mucho menos negarse a efectuar su devolución en la medida en que el depositante lo solicitara. Todas estas eran conductas que le estaban definitivamente vedadas. Si bien, del material que obra en el expediente resulta claro que todos los interesados, incluido el beneficiario conocían que el destino final de esos recursos era el de servir para el pago del saldo del precio, tal destino no se hizo efectivo, como tampoco se hizo efectivo, mientras el depósito duró, la entrega del inmueble por parte de los fideicomitentes. Pero, qué pasó a partir del momento en que los fideicomitentes, atendiendo una orden judicial, hicieron finalmente entrega del inmueble? Quedaron cumplidas sus obligaciones contractuales y, por tanto, adquirieron el derecho correlativo a la entrega del saldo del precio por parte de la fiduciaria? La respuesta es igualmente negativa, por cuanto, considera el tribunal, que el cumplimiento tardío no sana el incumplimiento en que se incurrió y además quedaron pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago de la multa por mora, de pago del 50% de los derechos notariales de la escritura de compraventa y del costo del traslado de la tubería de 24” que, hasta donde el tribunal conoce por el expediente, siguen vigentes hasta la fecha.

Así, pues, el tribunal no encuentra probado que la fiduciaria hubiera recibido el pago efectivo del saldo del precio ni, tampoco, que después de haber recibido la suma respectiva con ese carácter, la hubiera devuelto al beneficiario.

En cuanto a que la fiduciaria hubiere actuado sin la debida diligencia para obtener el pago del saldo del precio aún después de efectuada la entrega del inmueble, es claro para el tribunal, con base en las consideraciones anteriores, que la falta de la conmutatividad necesaria en el cumplimiento del contrato, le vedaba hacerlo mientras no se entregó el inmueble por parte de los fideicomitentes. No puede olvidarse que legalmente la fiduciaria tiene deberes que cumplir tanto frente al fideicomitente como frente al beneficiario y que no puede, por tanto, hacer en provecho del uno y en perjuicio del otro nada que no le esté expresa y claramente autorizado por la ley o por las disposiciones contractuales. Y, una vez entregado el inmueble el 18 de octubre de 2001, habiéndose presentado los fideicomitentes ante la fiduciaria el 30 de ese mismo mes a reclamar tal saldo, esta última envió, a partir del 31 de octubre y hasta el 24 de diciembre del mismo año, cuatro comunicaciones diferentes al beneficiario, a las que el mismo apoderado de los fideicomitentes hace referencia en su alegato de conclusión, solicitándole la entrega de la suma correspondiente, cartas a las cuales este respondió negándose a hacerlo, en razón de que los fideicomitentes adeudaban todavía la multa por la mora en la entrega del inmueble en la que habían incurrido.

Tampoco ha quedado probada, entonces, la falta de diligencia de la fiduciaria en el cumplimiento de esta obligación específica.

En lo que respecta al incumplimiento consistente en haber firmado la escritura de compraventa sin haber recibido el precio, es de observar que la escritura se firmó el 22 de diciembre de 1994 y que la fecha que se había convenido para la entrega, tanto del inmueble como del saldo del precio era el 30 del mes siguiente.

Por este aspecto, entonces, tampoco aprecia el tribunal que se haya presentado incumplimiento por parte de la fiduciaria.

Y, finalmente, en lo que se refiere a la extralimitación del encargo en que habría incurrido la fiduciaria por la diferencia existente entre las escrituras 3020 y 4090 en lo que se refiere a la cláusula de pago del contado final del precio del inmueble, con base en todo lo dicho atrás encuentra el tribunal que, independientemente de que se hubiera mantenido o no el texto original, el resultado habría sido el mismo, toda vez que jurídicamente no resultaba posible exigir a una de las partes cumplir mientras la otra mantenía, *sine die*, una mora, remunerada además. En este caso, y dadas las circunstancias, el cambio en lo literal de las palabras no implicó modificación en el fondo de las cosas.

No resulta, entonces, probada la extralimitación imputada.

2.6.2. Incumplimiento de la obligación de mantener los recursos correspondientes al saldo del precio separados del resto de los activos de la fiduciaria.

Para aducir este incumplimiento el apoderado de los fideicomitentes parte necesariamente de la base de que la fiduciaria recibió efectivamente el pago de ese saldo del precio.

En razón de lo expuesto en el punto anterior en el sentido de que no se demostró que la fiduciaria hubiera recibido tal pago, sino solamente un depósito de los dineros que servirían para efectuarlo, que este se mantuvo con ese carácter hasta el día en que fue devuelto en su totalidad, atendiendo la solicitud del depositante, y que esos dineros solamente podrían haber pasado a formar parte del patrimonio autónomo originado en la escritura 3020 por instrucción del depositante, tampoco se demostró, por este aspecto, incumplimiento alguno de la fiduciaria.

No resulta, entonces, probado el incumplimiento imputado a la fiduciaria.

2.6.3. Incumplimiento de la obligación de rendir cuentas.

El apoderado de los fideicomitentes afirma que la fiduciaria incumplió la obligación impuesta por el numeral 6° del artículo 1234 del Código de Comercio “con relación a los dineros que recibió por concepto de la última cuota de la compraventa del lote Royal...”.

También en este caso, el incumplimiento imputado parte de la base de que la fiduciaria recibió dineros por concepto de la última cuota del precio. Como se dijo atrás, lo que quedó probado es que la mencionada entidad recibió unos dineros en depósito, que en principio estaban destinados al fin anotado, pero que nunca se aplicaron a esa finalidad por el depositante, que era el único que podía hacerlo y, por tanto, esa parte del precio nunca fue efectivamente pagada a la fiduciaria. En consecuencia, mal podía rendir cuentas a quien no tuvo nunca —hasta donde se demostró en el proceso— el carácter de beneficiario del depósito hecho por el beneficiario del contrato de fiducia.

En consecuencia, tampoco se demostró el incumplimiento de la fiduciaria por este aspecto.

2.7. Cronología de algunos hechos relevantes.

Para una mejor comprensión de las diferentes etapas del contrato de fiducia celebrado entre las partes y de los distintos cambios de la fiduciaria contratante, hacemos a continuación una síntesis:

Hecho	Fecha	Prueba
Celebración inicial del contrato entre Inst. de Salud Royal Raquet Center S.A. y Selfiducia S.A.	25 de marzo de 1994	Escritura pública 815, Not. 25 Circ. Bogotá. Cuaderno pruebas 1, folios 45 y ss.
Cesión del contrato de Selfiducia a fiduciaria Suramericana S.A. Sufiducia	19 de julio de 1994	Escritura pública 1959, Not. 40 Circ. Bogotá. No obra en el expediente.
Contrato de fiducia entre Héctor I. Herrera y otros y Sufiducia	24 de julio de 1994	Escritura pública 3020, Not. 35 Circ. Bogotá. Cuaderno pruebas 1, folios 21 y ss.
Venta a Macro de Colombia S.A.	22 de diciembre de 1994	Escritura pública 4090, Not.30 Circ. Bogotá. Cuaderno pruebas 1, folios 63 y ss.
Fusión entre Sufiducia y Sufibic		No obra prueba documental en el expediente.
Fusión Sufibic y Fiducolombia	30 de diciembre de 1998	Certificado Superbancaria. Cuaderno principal. Folio 15 .
Disolución y liquidación de Instituto de Salud Royal Center S.A.	18 de mayo de 1999	Resolución 0736 de Superbancaria Prueba trasladada, cuaderno pruebas 1 trasladadas. Folios 174 a 184

Entrega del inmueble	18 de octubre de 2001	Acta de entrega de 18 de octubre de 2001, cuaderno pruebas 1, folio 2 a 5.
----------------------	-----------------------	--

No obra prueba documental en el expediente de la fusión entre Sufiducia y Subibic, pero la aceptación de la subrogación por Fiducolombia de la posición de Sufibic, se deduce de la litis contestación entre Comerintegral Ltda. y Fiducolombia S.A. en este proceso (C.C., art. 1962).

III. Conclusiones

Para completar el estudio previo a la decisión, una vez analizada la ley aplicable, junto con sus interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales y la probanza de los diferentes hechos afirmados en la demanda, procedemos a sacar las correspondientes conclusiones, las cuales para una fácil comprensión, las referiremos a las pretensiones de la demanda.

Las conclusiones son las mismas para las pretensiones principales y secundarias.

1. Relacionadas con la primera pretensión de la demanda.

1.1. Fiducolombia no incumplió las instrucciones y obligaciones contenidas en los contratos suscritos por las partes y a que se refieren la escritura 3.020 tantas veces citada.

1.2. Fiducolombia no entregó el precio en la fecha pactada para la entrega del inmueble, por cuanto los fideicomitentes no entregaron el inmueble materia de la compraventa en la fecha máxima pactada, lo cual era requisito necesario para el pago.

1.3. Las tres partes, fiduciaria, fideicomitentes y beneficiarios, pactaron en la escritura 3020, citada reiteradamente, obligaciones a su cargo y derechos a su favor, pero especialmente es de resaltar que así como tenía obligaciones a favor de los fideicomitentes, la fiduciaria tenía a su cargo determinadas obligaciones por cuenta y a favor del beneficiario, como el pago del saldo del precio a los fideicomitentes contra entrega del inmueble vendido, a más tardar el 30 de enero de 1995.

1.4. La fiduciaria estaba en la obligación, por cuenta del beneficiario, de no pagar el saldo del precio ante el incumplimiento por los fideicomitentes del pago de la multa por la demora en la entrega del inmueble, de la porción que les correspondía de los gastos de escrituración y registro y de los costos de traslado de la tubería de 24”.

2. Relacionadas con las pretensiones segunda y tercera de la demanda.

Por cuanto no hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales, tampoco son procedentes las pretensiones consecuenciales de pagar el saldo del precio, sus rendimientos, intereses moratorios, actualizaciones ni perjuicios.

IV. Excepciones

Por cuanto, como ya quedó suficientemente explicado, no se probaron todos los hechos materia de la demanda, especialmente los relacionados con el pretendido incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Fiducolombia, y no se encontró pertinente acceder a las pretensiones de la actora, no es del caso entrar a estudiar los medios exceptivos propuestos por la convocada.

V. Costas

Habida cuenta que las pretensiones de la convocante Comerintegral Ltda. no prosperaron, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil se le condena en costas y agencias en derecho a favor de Fiducolombia S.A. y en los términos de la siguiente liquidación:

a) Honorarios de los árbitros y secretario más IVA	\$89.320.000.00
--	-----------------

b) Gastos de funcionamiento y administración más IVA (Cámara de Comercio)	\$5.800.000.00
c) Protocolización, registro y gastos	\$12.000.000.00
d) Gastos varios Secretaría y estimación gastos protocolización	\$800.000.00
Subtotal gastos	\$107.920.000.00
50% pagado por cada parte	\$53.960.000.00
Honorarios y gastos del Perito cancelados por Fiducolombia S.A.	\$2.600.000.00
Por concepto de agencias en derecho el tribunal fija el valor de	\$22.000.000.00
100% a cargo de la convocante	\$78.560.000.00

Descontados los gastos requeridos para la protocolización del laudo y el funcionamiento de la Secretaría, el remanente de la partida de \$ 12.000.000, por tal concepto, le será entregado a las partes.

En consecuencia por concepto de costas y agencias en derecho Comerintegral Ltda. deberá pagar a Fiducolombia S.A. la suma de setenta y ocho millones quinientos sesenta mil pesos (78.560.000) .

Como consecuencia de las anteriores consideraciones y conclusiones, el tribunal de arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., por una parte, y Fiducolombia S.A., por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas por la parte convocante al dictamen pericial.

Segundo. Negar la declaración de incumplimiento del contrato de fiducia mercantil, contenido en la escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, solicitada en la pretensión primera de las pretensiones principales de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Negar, como consecuencia de lo resuelto en el punto segundo de este laudo, las pretensiones segunda, tercera y cuarta de las pretensiones principales de la demanda.

Cuarto. Negar la declaración de incumplimiento del contrato de fiducia mercantil, contenido en la escritura pública 3.020 del 25 de julio de 1994 de la Notaría 35 del Círculo de Bogotá, solicitada en la pretensión primera de las pretensiones secundarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto. Negar, como consecuencia de lo resuelto en el punto cuarto de este laudo, las pretensiones segunda, tercera y cuarta de las pretensiones secundarias de la demanda.

Sexto. Negar todas las pretensiones de la demanda de Comercializadora y Constructora Integral Ltda. Comerintegral Ltda., contra Fiducolombia S.A.

Séptimo. Abstenerse de considerar y decidir las excepciones de fondo propuestas por Fiducolombia S.A., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. Condenar a la parte convocante a pagar el total de las costas del proceso, según la liquidación efectuada en la parte motiva de esta providencia.

Noveno. Ordenar la expedición por la secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Décimo. Ordenar el envío por la secretaría de copia de esta providencia, a la Procuraduría General de la Nación.

Décimo primero. Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y devolver a las partes las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso.

Notifíquese y cúmplase.

Enrique Cala Botero, Presidente—Gilberto Arango Londoño, árbitro—Germán Tabares Cardona, árbitro

Carlos Gilberto Peláez Arango, Secretario.

La anterior providencia queda notificada en estrados.

Acto seguido, el tribunal profirió el siguiente

Auto 28

Si hubiere lugar a aclaraciones, complementaciones o correcciones del laudo, las mismas se decidirán en audiencia que se llevará a cabo el próximo quince (15) de julio del dos mil cuatro (2004) a las nueve y media de la mañana (9.30 a.m.).

Notifíquese.

De la providencia anterior quedaron notificados en estrados los señores apoderados de las partes.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada y se suscribe por quienes en ella intervinieron.

Enrique Cala Botero, Presidente—Gilberto Arango Londoño, árbitro—Germán Tabares Cardona, árbitro—Andrés Gouffray Nieto, apoderado—Ramiro Bejarano Guzmán, apoderado

Carlos Gilberto Peláez Arango, Secretario.
